

## **UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE BIOÉTICA: LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE.**

**RESUMEN:** La bioética es la disciplina responsable de responder a las cuestiones derivadas de los avances tecnológicos y científicos en el ámbito de la biomedicina y de las ciencias de la salud desde la ética. La aparición de nuevos derechos nacidos de los avances en el campo de la medicina conforma una expresión nueva de los derechos ya existentes. El paciente es cada vez más consciente de sus derechos y prueba de ello es el reciente amparo en materia de consentimiento informado resuelto por la Sentencia 37/2011, que abre una puerta al particular para luchar por sus derechos en el ámbito médico hasta llegar a la vía constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** Bioética, derechos, autonomía de la voluntad, paciente, tratamientos médicos, consentimiento informado, Tribunal Constitucional, Sentencia.

**SUMMARY:** Bioethics is the discipline that solves, from an ethical perspective, the issues related to technological and scientific advances in the field of biomedicine and health sciences. The emergence of new rights brought out advances in the field of medicine forms a new expression of the previous rights. The patient is increasingly aware of his rights and there is an evidence in the constitutional judgment 37/2011, about the informed consent, which opens the patients a door to fight for their rights in the medical field until he constitutional level.

**KEY WORDS:** Bioethics, rights, autonomy, patient, medical treatment, informed consent, Constitutional Court, Judgment.

### **I.- LOS NUEVOS DERECHOS A LA LUZ DE LA BIOÉTICA.**

I.1 Breves referencias sobre Bioética.

I.2 Nuevos derechos nacidos de la bioética.

### **II.- EL PACIENTE COMO SUJETO DE DERECHOS.**

II.1.-La autonomía de la voluntad del paciente: el consentimiento informado.

II.2.- Derecho a consentir y a rechazar tratamientos médicos.

### **III.- UN PRIMER PRONUNCIAMIENTO CONSTITUCIONAL SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO: STC 37/2011, DE 28 DE MARZO DE 2011.**

III. 1.- El supuesto de hecho.

III.2.- La resolución del Tribunal Constitucional.

III.3.- Los aspectos de la Ley 41/2002 que determinan el sentido de la Sentencia.

III.4.- Los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

III.5.- La novedad de la Sentencia.

### **IV.- CONCLUSIONES**

### **I.- LOS NUEVOS DERECHOS A LA LUZ DE LA BIOÉTICA.**

#### **I.1 Breves referencias sobre Bioética.**

La bioética es la disciplina responsable de responder a las cuestiones derivadas de los avances tecnológicos y científicos en el ámbito de la biomedicina y de las ciencias de la salud desde la ética. Su origen se debe a los principios que, con ocasión de limitar éticamente la experimentación en seres humanos, crearon los bioeticistas Beauchamp y Childress en lo que se ha denominado “Informe Belmont”<sup>1</sup>. Se trata de un informe creado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, titulado “Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación”, y se ha constituido como un importante documento histórico en el campo de la ética médica<sup>2</sup>. El primero de los principios es el respeto a las personas, que exige reconocer la autonomía de los individuos y proteger a aquellos con autonomía disminuida debido a una enfermedad o a una incapacidad mental. La protección suministrada al individuo dependerá del riesgo de daño y la probabilidad de beneficio. El segundo es la beneficencia: procurar el bienestar considerándolo una obligación que incluye la propia del juramento hipocrático de “no hacer daño”, lo que cobra especial importancia en la investigación que afecta a niños. El último es el de justicia, que atiende al criterio de igualdad, que, por un lado se ha reflejado a lo largo de la historia en que los sujetos manipulados eran los prisioneros que no tenían opción; y por otro en que el acceso a los avances beneficiosos no está al alcance de todos, por lo que los investigadores deben mostrar imparcialidad a

---

<sup>1</sup> En fecha 12 de julio de 1974 se convierte en ley el Decreto sobre Investigación Nacional, dando lugar a la creación de la Comisión Nacional para la protección de Investigación Biomédica y de Comportamiento que nació para determinar los principios éticos que deben presidir la investigación biomédica y de comportamiento que incluya sujetos humanos. Los crímenes de Guerra en Nuremberg dieron lugar a un Código que posteriormente sería modelo de otros posteriores. En ellos constan las reglas que deben guiar a los científicos e inspectores en su trabajo. El Informe Belmont distingue entre la investigación biomédica, en cuanto a hipótesis, conclusiones y aumento del conocimiento; y la práctica de la terapia, en lo que se refiere a intervenciones destinadas a acentuar el bienestar de un paciente.

<sup>2</sup> El reporte fue creado el 18 de abril de 1979, y toma el nombre del Centro de Conferencias Belmont (California, Estados Unidos), donde el documento fue elaborado.

la hora de ofrecer investigaciones beneficiosas y se deberá evitar el someter a investigaciones no deseadas a grupos como minorías raciales, enfermos o gente con escasos recursos económicos por la mera conveniencia administrativa o económica.

Los principios del Informe Belmont se aplicaron y se aplican aún hoy a la reproducción asistida; a la genética, a las decisiones individuales y a la prohibición de las armas biológicas, etc. Todo lo que conduce, entre otras implicaciones, a destacar la importancia del derecho a la intimidad y a la dignidad<sup>3</sup>. La bioética cobra particularmente un especial sentido por cuanto para el derecho representa -pese a ciertas limitaciones que el uso del lenguaje jurídico en este ámbito puede suponer- dada la estrecha relación que existe entre la vida, ética y derecho. Autores como Vidal establecen una diferenciación desde un punto de vista formal y material<sup>4</sup>. Según el autor, la bioética es formalmente una rama o subdisciplina del saber ético, del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora orientadora. Los contenidos materiales le son proporcionados a la bioética por la realidad del “cuidado de la salud” y por los datos de las “ciencias de la vida” como la biología, la medicina, la antropología, la sociología. El análisis de los temas, aunque tiene una omnipresente referencia a la ética, tiene que ser llevado a cabo mediante una metodología interdisciplinar: ciencia, derecho, política, son magnitudes imprescindibles para configurar la bioética<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> JUNQUERA ESTEFANI, R. *Reproducción asistida, Filosofía ética y Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 25 a 31.

<sup>4</sup> MARCOS DEL CANO, A.M., “La biojurídica en España”, en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1, 1994, pág. 130.

<sup>5</sup> VIDAL, M., *Bioética. Estudios de bioética racional*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 20.

Son varios los factores que han influido en la aparición de la bioética<sup>6</sup>. Por una parte, el rápido avance de las ciencias biológicas y médicas que ha traído novedades tales como la ingeniería genética, las técnicas de reproducción humana, los trasplantes de órganos, el progreso en las técnicas de reanimación y mantenimiento de la vida. Los cambios en el concepto de salud y práctica médica que caracterizaron a la segunda mitad del siglo XX se basaban en una extrema tecnificación instrumental, una creciente colectivización de la asistencia médica en todos los países del globo, la personalización del enfermo, la prevención de la enfermedad, la extensión del concepto de salud al identificarla no solo con bienestar sino también con calidad de vida y realización integral de la persona.

Una vez examinados los factores que influyen en la bioética, podemos concluir que el denominador común en las situaciones que son susceptibles de su estudio se puede cifrar en tres puntos: 1) Tener una específica e intensa relación con momentos críticos de la vida humana (concepción, nacimiento, salud, muerte). 2) La dificultad de adoptar criterios de decisión válidos y universalizables, debido a las graves implicaciones éticas, morales, jurídicas y sociales. 3) Ser consecuencia de los avances técnico-médicos<sup>7</sup>.

Dicho lo anterior, no podemos obviar que el objeto material de la bioética es una realidad cambiante que influye notablemente en su concepto y desarrollo. Los sistemas jurídicos se transforman en relación con lo que podríamos denominar ciencias de la vida y de la salud. Si los problemas derivados de los conocimientos biomédicos hicieron necesaria la bioética, esos problemas demandaron una regulación jurídica que hoy se denomina

---

<sup>6</sup> JUNQUERA ESTEFANI, R. "Los Derechos Humanos: criterios referenciales para la Bioética", *Moralia*, núm. 28, 2005, págs. 7 a 32.

<sup>7</sup> MARCOS DEL CANO, A.M., *op. cit.* nota 4, pág. 133.

bioderecho<sup>8</sup>. La ciencia del derecho, carente en este punto de una norma objetiva a la cual referirse, busca el modo de elaborar unas directrices generales, unas líneas o criterios de orientación en el complejo espacio de las ciencias de la vida<sup>9</sup>.

Por su parte, entre los factores que han contribuido a la emergencia de un cuerpo normativo relativo al derecho a la vida, debe destacarse el progresivo reconocimiento de la libertad del sujeto en orden a adoptar autónomamente las decisiones que le afecten en su salud, integridad física o bienestar. La bioética nació como un método profesional del que debía adoptar decisiones; lo que requiere una redefinición que permita integrar la voluntad de la persona y reubicar las esferas de decisión de cada uno de los sujetos que intervienen en las relaciones bioéticas. Cada vez en más países la persona afectada tiene la capacidad de decisión, frente a la anterior facultad de los profesionales. Al ampliar el campo de acción del derecho, la autorregulación de la bioética pierde importancia a favor de la configuración de un cuerpo normativo que aspira a una regulación vinculante y coercitiva de aspectos antes discrecionales. De este modo, representa ahora objeto de nuestro estudio la figura del consentimiento informado, por cuanto constituye una expresión de la autonomía de la voluntad del paciente y de los principios en los que el Informe Belmont inspirara la bioética: respeto a las personas, beneficencia y justicia.

## **I.2 Nuevos derechos nacidos de la bioética.**

---

<sup>8</sup> El bioderecho es un conjunto de normas de cualquier naturaleza, jerarquía, competencia y procedencia relativas a la incidencia de los avances científicos y tecnológicos en el ámbito de las ciencias de la vida y de la biomedicina y a las condiciones de su desarrollo, pudiendo diferenciar, incluso, bioderecho de producción interna y bioderecho Internacional; y también algunos autores hablan de biollegislación y biojurisprudencia.

<sup>9</sup> MARCOS DEL CANO, A.M., *op. cit.* nota 4, pág. 124.

Para hablar de derechos en el ámbito de la bioética consideramos necesario partir de la Constitución, ya que su contenido es la base fundamental para establecer un auténtico marco normativo en el ordenamiento jurídico español. Es la Carta Magna de 1978 la que constituye el marco jurídico en el que se deben encuadrar los problemas derivados de la bioética a nivel nacional, ya que sus preceptos afectados son además reflejo de los Derechos Humanos regulados a nivel universal. Pero cabe la duda de si el catálogo tradicional de derechos constitucionales que debe hacer frente a los nuevos retos dispensa la garantía necesaria a las nuevas necesidades o facultades que requieren su protección. Pero veamos primero cómo se ha planteado esta cuestión en el ámbito de los Derechos Humanos.

En el siglo XXI se están produciendo numerosos avances en el campo de la biología y en las ciencias de la vida en general que han obligado al ser humano a una adaptación de la reflexión ética y, más en concreto, de la ética médica, a las nuevas situaciones creadas. Estos avances científicos y tecnológicos tienen claras implicaciones en los Derechos Humanos y, con ello, en el Derecho constitucional. Sin embargo, los derechos recogidos en la Constitución no son capaces de abarcar, en ciertos casos, los nuevos supuestos que se derivan de estos avances médico-tecnológicos. Y es lógico, ya que cuando un texto constitucional pasa tiempo sin ser reformado, resulta imprescindible al menos una adaptación interpretativa del mismo que incorpore, aunque sea por vía jurisprudencial, los nuevos derechos cuya garantía se va haciendo necesaria con el paso del tiempo.

Si realizamos una breve referencia a la evolución de los Derechos Humanos y a las generaciones de derechos que se han ido configurando debemos mencionar

los siguientes: los derechos de libertad; los derechos de participación política y su universalización; los derechos sociales<sup>10</sup> vinculados con la idea de “Estado social” y una nueva generación de derechos relacionados con la protección medioambiental y la calidad de vida, como el derecho al medioambiente, al ocio, la cultura, la educación física y el deporte.

Y para finalizar el proceso histórico nos centramos en una última generación de derechos relacionados con los más recientes avances científicos y tecnológicos, que en buena medida son “derechos no escritos” en la mayor parte de los sistemas europeos, dado que solo en los textos del final del siglo XX e inicios del presente empiezan a encontrar reflejo escrito. Paradójicamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es pionera en este ámbito, conteniendo referencias al consentimiento libre e informado o a la prohibición de la clonación<sup>11</sup>. Los derechos a los que nos referimos son los nacidos de la nueva medicina y vinculados con la identidad genética, la integridad genética y la intimidad genética, el consentimiento informado en todas las intervenciones relacionadas con la salud, la protección de datos personales, el acceso universal a las nuevas tecnologías, la “intimidad informática”, entre otros. También empezamos a encontrar “escritos” estos derechos en declaraciones internacionales específicas, e

---

<sup>10</sup> Aquí se incluyen los derechos laborales (huelga, sindicación, condiciones dignas de trabajo), educativos, sanitarios, la seguridad social y otros similares, así como algunos derechos paradójicamente no universales sino de colectivos determinados, caracterizados por su histórica preterición y vinculados, por tanto, con la idea de igualdad real.

<sup>11</sup> Según el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre el derecho a la integridad de la persona: “1. 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, la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.”

incluso en algunos de los nuevos Estatutos de autonomía<sup>12</sup>, aunque se trata de derechos que principalmente son todavía “innominados”<sup>13</sup> en la mayor parte de los sistemas, de manera que la jurisprudencia ha de ir incorporándolos al acervo constitucional de cada país.

Por su parte, Benito de Castro Cid, utiliza un criterio de clasificación de los derechos que considera el más adecuado para lograr una clasificación sistemática técnicamente rigurosa: el que toma en consideración el bien o valor tutelado por cada derecho. Aplicando este criterio deberá constatarse la existencia de tres grupos de derechos: los que protegen la integridad física y moral, los que aseguran la libre actuación en los diferentes ámbitos de la existencia y los que garantizan unas condiciones de vida que hagan posible el ejercicio de otros derechos<sup>14</sup>.

En virtud de la anterior clasificación podríamos afirmar que los derechos que surgen de la nueva medicina se debieran dividir en esos tres grupos de derechos. Si bien deben surgir nuevos derechos que protegen la integridad física y moral ante los nuevos avances científicos y tecnológicos, cabe pensar que deban aparecer derechos que, conectados con los anteriores, permitan la “libre actuación en los diferentes ámbitos de la existencia”. Entendemos que podríamos estar en el caso de la autonomía de la voluntad, la libre disposición del propio cuerpo, como se da con las voluntades anticipadas. Por último, en cuanto a la tercera clasificación de derechos, nos referimos a aquellos que cumplen con una función inmediata de garantizar a los individuos la existencia

---

<sup>12</sup> El artículo 14.3 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón regula la obligación de los poderes públicos aragoneses para velar por el cumplimiento del consentimiento informado.

<sup>13</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., “La constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”, *Revista de Derecho Político*, UNED, Nº 71-72, enero-agosto 2008, págs. 87 a 110.

<sup>14</sup> DE CASTRO CID, B., *op.cit.*, nota 11, págs. 248 a 255.



de una ordenación o reglamentación del sistema social de vida en la que quede protegido el disfrute de otros derechos. En ese grupo hay que enumerar el derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos humanos se hagan plenamente efectivos. Por este motivo, los nuevos derechos surgidos de la medicina comienzan a verse plasmados en textos internacionales como 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<sup>15</sup>.

Visto lo anterior, cabe precisar que el propio contenido de cada derecho humano y la función específica que desempeña dentro del sistema general de organización de la vida social son un límite interno que acota el campo dentro del que debe mantenerse la libre actuación de los titulares de ese derecho.

De este modo, el ejercicio de un derecho humano no puede sobrepasar los límites que, en el marco de una sociedad democrática, establece el debido respeto a las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general. De ello derivan los numerosos conflictos éticos que surgen con los avances médicos tales como la reproducción asistida o las impresionantes posibilidades que surgen en el campo de la genética.

Una vez visto el ámbito de los derechos humanos, nos gustaría analizar la posición de los derechos fundamentales de la Constitución, pues son la plasmación en la normativa española de los derechos humanos, que rigen a nivel universal.

Existen expresiones nuevas que surgen en torno a este fenómeno, como puedan ser “nuevos derechos fundamentales”, “derechos innominados” o

---

<sup>15</sup> El también llamado Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina fue firmado en Oviedo en 1997 y entró en vigor en España el 1 de enero de 2000; fraguado en el marco de los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la entonces Comunidad Europea.

“derechos implícitos”<sup>16</sup>. Pero es la de “nuevos derechos constitucionales” la que engloba los nuevos ámbitos de protección jurídica, en el nivel constitucional, frente a nuevas necesidades, situaciones o valores que hay que satisfacer o proteger tanto en su dimensión subjetiva (el derecho en sentido propio) como objetiva (el valor digno de protección constitucional). Estos nuevos derechos pueden tener una plasmación directa en la Constitución en sentido jurídico-formal, mediante su reforma, o bien desarrollarse mediante la interpretación que del texto constitucional realizan los Tribunales, en especial a través de la jurisprudencia; y han dado protección jurídica y rango constitucional, en algunos sistemas, a la necesaria protección frente a nuevas amenazas a la persona y la Humanidad, muchas veces como consecuencia del propio progreso económico, científico y tecnológico.

Sin embargo, el reconocimiento de estos nuevos derechos y de los que puedan ser posteriormente necesarios ante los más que probables avances que vayan teniendo lugar, no están exentos de problemas, de entre los cuales podemos destacar los relativos a la titularidad, contenido y límites, fundamento jurídico y garantía. La titularidad de los nuevos derechos no parece poder contemplarse como individual, sino más bien difusa, relativa a la sociedad o a la Humanidad en su conjunto<sup>17</sup>. Es una labor compleja la delimitación de su contenido y límites: al no estar recogidos expresamente en la Constitución, habrá que crearlos, fundamentándolos en preceptos ya existentes. Dicha fundamentación jurídica justificará su protección a nivel constitucional a través de su conexión con esos preceptos. En cuanto a la garantía, dado que

---

<sup>16</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., *op. cit.* nota 15, págs. 87 a 110.

<sup>17</sup> Parece claro hablar de titularidad individual en los casos del derecho a la intimidad genética o a la protección de datos, pero no así cuando los derechos en cuestión surgen en torno a nuevas situaciones como la clonación.

en el sistema español los derechos cuentan con un sistema de protección que depende de su ubicación en la Constitución, la fundamentación concreta de los posibles “nuevos derechos” determinará en gran medida la garantía de los mismos<sup>18</sup>.

De este modo, podemos entender que la aparición de nuevos derechos nacidos de los avances en el campo de la medicina conforma una expresión nueva de los derechos ya existentes. En virtud de lo referido, los derechos que pudieran verse en entredicho conforme a los avances ya surgidos y aquellos que a día de hoy, ni siquiera se estén fraguando son, básicamente, los relativos al derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad humana. Las nuevas expresiones de derechos como puedan ser la intimidad genética, identidad genética, la integridad genética son, en definitiva, reflejo y actualización de los tradicionales derechos que hemos mencionado e irán completando el contenido de cada uno de ellos. Veamos cuáles son los preceptos constitucionales afectados por estos cambios en el ámbito de la ciencia.

## **II.- EL PACIENTE COMO SUJETO DE DERECHOS.**

Es evidente que la relevancia constitucional de las cuestiones debatidas por la bioética vendrá dada, principalmente, por su conexión con el derecho a la vida y a la integridad física y moral y, por consiguiente, con el derecho a la

---

<sup>18</sup> En este sentido, debemos añadir que el artículo 53 apartados 1 y 2 de la Constitución española dispone que “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II 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.

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

salud. Pero refiriéndonos ya concretamente al paciente como sujeto de derechos constitucionales, entendemos que los artículos a los que podemos hacer mención, en tanto en cuanto le afectan en alguna medida, son: el derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14); el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1); y en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica», el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1); el derecho a la organización y tutela de la salud pública por los poderes públicos (artículo 43.2); y el derecho a la educación sanitaria y a la educación física (artículo 43.3)<sup>19</sup>. Vamos a hacer unas referencias jurisprudenciales concretas sobre los derechos que, bajo nuestro punto de vista, tienen más clara trascendencia en la figura del consentimiento informado, teniendo en cuenta que éste constituye una expresión de las exigencias de los principios de la bioética en el sistema sanitario español. Nos referimos al derecho a la intimidad (art. 18.1), al derecho a la libertad<sup>20</sup> y la dignidad (art. 10).

El derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18.1<sup>21</sup>, no solo es la potestad de que un tercero conozca o no nuestra vida privada, sino que incluye la posibilidad de controlar lo que se conoce de nosotros mismos; constituyéndose a la vez como un derecho subjetivo y un derecho de defensa.

---

<sup>19</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I. “El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, Vol. 5, 2004, pág. 14.

<sup>20</sup> Nos referimos a la libertad entendida como principio, según recoge el artículo 1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 10: “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”. No hablamos por tanto, en este caso, del artículo 17, que se refiere a la libertad y a la seguridad.

<sup>21</sup> Según el artículo 18.1 de la Constitución española “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Es garantía institucional del pluralismo, de la democracia y de la libertad. Constituye una expresión de libertad y la concreción de uno de los fundamentos que el constituyente identifica para la correcta convivencia social: la dignidad humana, la garantía de los derechos que son inherentes a la persona y el libre desarrollo de la personalidad; posibilitando así el objetivo de toda comunidad social: la existencia pacífica del ser humano. El Tribunal Constitucional define la intimidad como *“un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana”*<sup>22</sup>.

Por su parte, la libertad, como valor superior del ordenamiento, también disputa su importancia como fuente generadora de nuevos derechos en el ámbito de la biomedicina. El reconocimiento generalizado del principio de autonomía ha sido el resultado de una larga lucha por reivindicar la libertad del individuo frente a un poder superior, bien teológico, bien estatal, bien social; bien específicamente jurídico. La autonomía exige, por tanto, el reconocimiento de la libre decisión individual sobre los propios intereses siempre que no afecte a los intereses de un tercero, o exige el respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones<sup>23</sup>.

De entre las muchas y relevantes dimensiones de la libertad tiene interés destacar lo que podría ser considerado como libertad-autonomía, aspecto casi coincidente con el “libre desarrollo de la personalidad” del artículo 10. Dentro de ese ámbito se reconoce la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales. Pero lo que no encuadra esa libertad es, como

---

<sup>22</sup> La primera vez que se enuncia esta afirmación es en la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, fj. jurídico 3. Ha sido objeto de reiterada doctrina.

<sup>23</sup> MARCOS DEL CANO, A.M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons- UNED, 1999, pág.130.

dice el Tribunal Constitucional, la disposición sobre la propia vida. En conclusión, los derechos basados en la libertad constitucionalmente protegida parten de la libertad considerada como principio del ordenamiento jurídico, y no como el derecho recogido en el artículo 17 de la Constitución. En este sentido, así como en el campo de la filosofía ética la defensa de la autonomía se configura como la reivindicación de sus derechos por parte del individuo frente al poder superior (religioso, estatal, social...), en el ámbito de la bioética y más concretamente en las relaciones médico-paciente, el ejercicio de la autonomía representa un autoafirmarse del enfermo frente al poder (en muchos casos desorbitado) del médico y de la técnica. De este modo, se ha establecido ya como norma general la imposibilidad de realizar cualquier intervención médica sin contar previamente con el consentimiento expreso del enfermo<sup>24</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha interpretado la dignidad desde dos puntos de vista. La STC 53/1985 entiende la dignidad desde un punto de vista positivo *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*<sup>25</sup>. Por otra parte, desde un punto de vista negativo, la dignidad humana constituye un límite a las injerencias ajenas, tal y como afirma la STC 57/1994<sup>26</sup>. Así, la Constitución Española reconoce la dignidad como fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Extraemos esta conclusión de la conexión de finalidad entre los artículos 1.1 (valores

---

<sup>24</sup> *Íbidem*, pág.135.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985, fj. jurídico 8.

<sup>26</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 24 de marzo estima el recurso de amparo presentado por vulneración del derecho a la intimidad: las medidas de registro personal de los recursos fueron lesivas del derecho.

superiores), 9.3 (principios) 24 y 10.1 (fundamentos del orden político y de la paz social), que tienen en común ser el pilar básico sobre el que se asientan las pretensiones constitucionales y manifiestan una pretensión de forma genérica del ordenamiento. Igual acontece con el propio contenido del artículo 10 de la Constitución, ya que de los cinco postulados, los tres primeros (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes y libre desarrollo de la personalidad), son el fundamento positivo de la libertad individual. Los otros dos (respeto a la ley y respeto a los derechos de los demás) tienen un contenido negativo, son límites a los derechos de los demás<sup>27</sup>.

Desde un punto de vista más teórico, podemos decir que la dignidad de la persona ha constituido y constituye el pilar básico en el que se fundamenta todo ordenamiento social. El reconocimiento de derechos comienza por la declaración y convencimiento de que la persona es el objeto y fin último de cualquier regulación normativa<sup>28</sup>. La propia dignidad opera como límite de nuestros propios derechos, en cuanto que la renuncia a los mismos comportaría una ruptura de la adecuación de la propia vida a la dignidad inherente a nuestra condición de persona<sup>29</sup>. Es, además, límite al derecho de disposición sobre la propia vida, y ello se traduce en un deber genérico de

---

<sup>27</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. y REBOLLO DELGADO, L., *Biomedicina y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 30.

<sup>28</sup> Así se refleja en la Declaración de Independencia de los Estados americanos de 1776, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Declaración Universal de los derechos del hombre “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. También la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, tiene como pilar básico la dignidad y los Derechos Humanos. En definitiva, en la comunidad internacional, en el campo de la bioética, existe consenso respecto a que la dignidad humana constituye el principio superior que articula la comprensión del hombre como individuo en sociedad.

<sup>29</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, págs.81 a 86.

conservarla<sup>30</sup>. La dignidad de la persona se muestra como contenido esencial de nuestra Constitución. Quizás por ello el constituyente quiso incluirlo en el primer artículo del Título I pretendiendo con ello dar a entender que la dignidad de la persona es el objetivo, el fin último, la pretensión constante de nuestro ordenamiento jurídico<sup>31</sup>. Desde el punto de vista jurídico, la dignidad humana es, sin duda, el condicionante más importante de la normatividad jurídica y de ello dan fe diversos textos constitucionales y las declaraciones internacionales de derechos<sup>32</sup>.

### **II.1.-La autonomía de la voluntad del paciente: el consentimiento informado.**

En la regulación legal vigente, el principio de autonomía de la voluntad del paciente se traduce en el consentimiento informado, manifestación de la autonomía del sujeto que consiste en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad que le afecta directamente. La exigencia de la previa información y la prestación del consentimiento por parte del paciente en el ámbito asistencial se consideran un elemento integrante de la *lex artis* de los profesionales sanitarios. La Ley General de Sanidad 14/1986, antecedente directo de la actual 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, recoge la importancia de facilitar la información en términos comprensibles para el paciente y sus familiares, el derecho a recibir información y a que se le respete la decisión

---

<sup>30</sup> El Tribunal Constitucional en las Sentencias 120/1990 y 137/1990 reconoce que la disposición sobre la propia muerte, el suicidio, pertenece al ámbito de libertad de acción de la persona, pero que no es un derecho que conlleve las exigencias de actuación de personas ajenas ni de los poderes públicos. De ahí la licitud de la alimentación forzosa dispuesta por la Administración penitenciaria, suministrada a presos en huelga de hambre, cuando corran peligro sus vidas, cuyo cuidado es un deber de la Administración.

<sup>31</sup> GÓMEZ, Y. y REBOLLO, L., *op. cit.* nota 27, pág. 30.

<sup>32</sup> MARCOS DEL CANO, A.M., *op. cit.* nota 23, pág. 141.



de no ser informado; a que la información se le suministre de forma continuada y que incluya tanto las actuaciones médicas previstas como los medios y diagnóstico. La Ley 41/2002 viene a completar el derecho a la información del paciente no capacitado para tomar decisiones, a sus familiares o personas a él allegadas; y viene a corregir las deficiencias de la ley anterior, ofreciendo mayor seguridad a las intervenciones de los médicos, así como regula detalladamente nuevas instituciones como las voluntades anticipadas o la historia clínica. Dispone el artículo 8 de la Ley 41/2002 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 correspondiente, haya valorado las opciones propias del caso”*. Sin embargo, el consentimiento no puede darse con carácter general o indefinido, sino que es preciso para cada una de las actuaciones en las que se requiere que su constancia sea escrita. Como para emitir el consentimiento por parte del paciente se debe proceder con carácter previo a informar al mismo, el concepto de consentimiento informado está directamente afectado por la regulación legal de la información a suministrar al paciente. Esta idea está recogida como principio básico en el artículo 2.2 donde se señala que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, que debe obtener después de que hayan recibido la información adecuada. Además de ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 15.2 i) exige que el consentimiento informado conste en la historia clínica, formando parte del consentimiento mínimo de la misma.

En cuanto al contenido mínimo de la información<sup>33</sup> que se le debe proporcionar al paciente encontramos: la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Además, el facultativo ha de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: *“las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, 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 las contraindicaciones”*<sup>34</sup>. La información se proporcionará verbalmente como regla general, dejando constancia en la historia clínica, pero existen excepciones en las que el consentimiento debe figurar por escrito: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. En todos estos casos el deber de información del médico es más riguroso.

No obstante lo anterior, esta necesidad de información previa al consentimiento para el sometimiento a una intervención tiene una serie de excepciones, por ejemplo, la propia renuncia del paciente. Pero esta renuncia 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

---

<sup>33</sup> Según la definición contenida en el artículo 3 de la Ley 41/2002, la información clínica es 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>34</sup> Artículo 10 de 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.

informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

La Ley viene a regular los diversos supuestos en los que el consentimiento se puede otorgar por representación<sup>35</sup>. Se trata de supuestos muy heterogéneos, entre los que incluye aquellos en los que la persona carece de representante y su consentimiento viene a ser prestado por personas vinculadas con él; y en los que precisamente en atención a diversas circunstancias el consentimiento no lo presta directamente el paciente, como viene a ser la regla general prevista en el artículo 8; lo que no predetermina el que no deba recibir previamente información<sup>36</sup>.

Debemos recordar que el consentimiento informado está previsto además en el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina<sup>37</sup> y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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. Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. 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”.

<sup>36</sup> En este sentido, dispone el artículo 5.2 de la Ley 41/2002 “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.”

<sup>37</sup> El artículo 5. d) del Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina dispone que “una intervención en el ámbito de la sanidad solo 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”.

<sup>38</sup> El artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre el derecho a la integridad de la persona dispone que “en el marco de la medicina y la biología se respetará el consentimiento libre e informado de la persona libre, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

Por otra parte, para nuestro Tribunal Supremo el consentimiento informado encuentra su fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona, pero sobre todo en la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Afirma también el Tribunal que es consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha venido a pronunciarse, por primera vez, sobre materia de consentimiento informado el 28 de marzo de 2011, con la STC 37/2011. Si bien la Sentencia viene a aplicar, como veremos a continuación, la jurisprudencia constitucional ya asentada sobre el derecho a la integridad física; la novedad radica en la originalidad del pronunciamiento como veremos más adelante.

## **II.2.- Derecho a consentir y a rechazar tratamientos médicos.**

El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Según el artículo 2.4 de la Ley 41/2002, *“todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley”*, debiendo constar por escrito su negativa al tratamiento. Además, puede revocar libremente en cualquier momento, también por escrito, su consentimiento. Por su parte, el artículo 21 de la Ley regula el alta del paciente y dispone que *“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”*.

Dicho lo anterior, veamos lo que dice al respecto el Tribunal Constitucional. El derecho fundamental a la integridad física y moral posee una vertiente que proscribire cualquier intervención no consentida en el cuerpo en su doble dimensión física y psíquica. Con relación al ámbito médico-asistencial, es precisamente aquí donde encuentra anclaje iusfundamental la exigencia del previo consentimiento informado del paciente a cualquier intervención o tratamiento sanitario, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. Por tanto, el Tribunal ha consolidado su doctrina de que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física, que no solo se ha vulnerado por conductas perjudiciales para el organismo, sino por actuaciones que, aún dirigidas a restaurar o mejorar su salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado<sup>39</sup>. De este modo, cualquier intervención médica realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituirá, *prima facie*, su vulneración, amén de que la negativa a recibir o someterse a un tratamiento médico es, en sí misma considerada, ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. La STC 154/2002 otorga el amparo a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica<sup>40</sup>. Así, *“al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba*

---

<sup>39</sup> PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C, “Artículo 15” en CASAS BAAMONDE, M. E Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolter Kluwer España, Toledo, 2008, págs. 311 a 326.

<sup>40</sup> El menor había expresado con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico.

*ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”<sup>41</sup>.*

De este modo, el derecho a la integridad física no necesita estar cualificado como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente alguno de los consagrados en el artículo 16 de la Constitución, y todo ello con independencia, obviamente, de que además pueda estar amparada por cualquiera de ellos<sup>42</sup>. En definitiva, la pura y simple negativa del individuo a someterse a tratamientos libremente manifestada, tiene acomodo en el contenido normativo del artículo 15 CE, independientemente de las razones o motivos esgrimidos para ello. Como señala la STC 120/1990 *“este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”*<sup>43</sup>. La STC 48/1996, viene a concretar esta afirmación, de modo que la no concreción en el derecho a la integridad física de la imposición de asistencia médica en contra de la voluntad *“es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa*

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, fj. jurídico 10.

<sup>42</sup> En este sentido, y en conexión con el derecho a la libertad religiosa, tal y como ya dijera la STC 141/2000, *“el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”*

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, fj. jurídico 8.

*envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”<sup>44</sup>.*

De este modo, es posible concluir que no hay un derecho del individuo entendido como libre disposición del propio cuerpo, por cuanto afirmar lo sería proteger actuaciones que hoy en día se encuentran castigadas por nuestro ordenamiento jurídico. Sino que, más bien se trata de una consecuencia que deriva del contenido negativo del derecho fundamental. Por este motivo, el principio de autonomía no es resultado de una capacidad de autodeterminación vital, sino de una potestad defensiva que proscribiera toda intervención no consentida en la integridad física o moral y que requiere el previo consentimiento del individuo.

Por último, debemos señalar que la manifestación del derecho a la integridad física relativa al derecho a consentir o rechazar tratamientos médicos puede ser objeto de limitaciones. En este aspecto, las Sentencias que debemos destacar son la 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990 de 19 de julio, relativas a la huelga de hambre de unos reclusos del colectivo Grapo, en la que se aprecia la alimentación coercitiva de los presos terroristas. La doctrina jurisprudencial parecía inclinarse por el respeto de la libre voluntad del huelguista, mientras éste está consciente y su vida no revista peligro. Pero

---

<sup>44</sup> De la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede desprenderse que la imposición de un tratamiento médico en ausencia del consentimiento del enfermo adulto y capaz constituye una afeción de los derechos garantizados en el artículo 8.1 de la Convención, cuya legitimidad dependería del canon establecido en el apartado segundo de dicho precepto. Nos referimos a las Sentencias *Pretty c. Reino Unido* (2002) y *Glass c. Reino Unido* (2004). Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos “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. 2. 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 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.

con la pérdida de la consciencia o ante la gravedad del enfermo impone a los médicos la obligación de suministrar alimentos, incluso en contra de la voluntad del paciente<sup>45</sup>. El argumento esencial es el relativo a la afirmación de la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos, relación que *“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...”*. Los otros argumentos de las Sentencias para justificar la no vulneración del derecho a la integridad física se resumen en dos: la esencial importancia del bien jurídico vida y la ilegalidad de los fines perseguidos por la huelga de hambre. Así, *“con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985)”*<sup>46</sup>.

### **III.- UN PRIMER PRONUNCIAMIENTO CONSTITUCIONAL SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO: STC 37/2011, DE 28 DE MARZO DE 2011.**

#### **III. 1.- El supuesto de hecho.**

<sup>45</sup> MARTÍNEZ MORÁN, N., “¿Derecho a la vida o derecho a la muerte? (A propósito de la huelga de hambre)”, en AYLLÓN, J. y otros (coord.), *Homenaje al profesor Antonio Fernández-Galiano*, Ex Libris, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, pág. 523.

<sup>46</sup> Pronunciamento contenido en los fj. octavo y sexto, respectivamente de las SSTC 120/1990 y 137/1990.



La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 versa sobre el supuesto de un paciente que ingresa el 4 de septiembre de 2005 en el servicio de urgencias de una clínica de Bilbao por presentar dolor precordial. Al día siguiente es sometido a un cateterismo cardiaco, siendo la vía de abordaje el brazo derecho, y encontrándose una lesión severa en una coronaria. Tras la intervención, la mano derecha del recurrente sufrió inflamación y hematoma y, posteriormente, carencia de sensibilidad y movilidad, de lo que se derivó una incapacidad funcional total. Esta información se llevó a cabo sin que se le informara al paciente de los riesgos que pudieran derivarse y sin que se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma.

El 8 de septiembre de 2006, el paciente presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de los daños y perjuicios causados frente a la empresa aseguradora de los médicos que realizaron la intervención, en la que solicitaba ser indemnizado en la cantidad de 121.392 euros más los intereses legales, por la pérdida de funcionalidad en su mano derecha, los gastos de rehabilitación y la necesidad de ayuda de tercera persona para su vida cotidiana. A juicio del paciente, los daños que sufría se derivaban de una mala praxis en la intervención, y de la absoluta falta de información previa a la misma sobre sus posibles riesgos o sobre las vías alternativas para la práctica del cateterismo, ya que la única vía de información que obtuvo fue un documento con las instrucciones pertinentes para el alta.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao dictó Sentencia con fecha 23 de abril de 2007 desestimando totalmente la demanda pues entendió que de la prueba practicada no cabía apreciar culpa en los médicos que realizaron la intervención, sin que constara que la llevaran a cabo de manera negligente.

Lo que sí consideró probado es que ni los médicos que llevaron a cabo la intervención ni los que lo atendieron en la UVI informaron al paciente. Aún así, y a pesar de considerar incumplido el deber de informar, la Sentencia no estima las pretensiones del demandante puesto que *“el padecimiento que llevó a urgencias al demandante, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente no se ha privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento que dé lugar a la procedencia de ser indemnizado”*.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó el recurso de apelación interpuesto por el paciente contra la Sentencia anterior mediante Sentencia de 10 de abril de 2008, con argumentos coincidentes con los empleados en la Sentencia de instancia.

El paciente recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional basándose en que las resoluciones anteriores vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (artículos 15 y 17.1), dado que ambas le niegan el derecho a ser indemnizado pese a considerar probado que no le se dio ningún tipo de información médica previa a la intervención.

### **III.2.- La resolución del Tribunal Constitucional.**

A la hora de entrar a resolver, el Tribunal Constitucional delimita el ámbito del procedimiento al examen de si la concreta actuación que se encuentra en la base de la reclamación del actor produjo o no la vulneración de los derechos fundamentales invocados por éste, descartando cualquier pronunciamiento relativo a si procedía o no reconocerle la indemnización

reclamada, pues ésta es una cuestión de legalidad ordinaria cuya apreciación es labor exclusiva de los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución.

La Sentencia descarta la vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no cubre una libertad general de autodeterminación individual: *“según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la ‘libertad física’. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual”*.

El Tribunal concede el amparo por considerar vulnerado el derecho a la integridad física del demandante ya que la asistencia recibida no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado. La privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. Además, no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad, ninguna de las cuales se dieron en el procedimiento. Es más, en este caso, atendiendo al tiempo transcurrido entre el ingreso en la clínica del demandante de amparo y la realización de la intervención, se puede concluir que podría perfectamente haberse dado cumplimiento a las exigencias legales impuestas en garantía del derecho fundamental a la integridad física del actor. Se aprecia también la vulneración del derecho a la tutela judicial

efectiva por cuanto las resoluciones judiciales impugnadas no tutelaron el derecho a la integridad física. Dichas resoluciones rechazaron la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretaron y aplicaron las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho.

Finalmente, el Tribunal anula las resoluciones judiciales y ordena la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de su Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, para que éste pronuncie otra nueva que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

### **III.3.- Los aspectos de la Ley 41/2002 que determinan el sentido de la Sentencia.**

Para llegar a las conclusiones anteriores, el Tribunal Constitucional fundamenta su pronunciamiento, en cuanto a derechos del paciente se refieren, en la Ley 41/2002 que hemos visto, en concreto en su concreto en su capítulo IV sobre “El respeto a la autonomía del paciente”. Los artículos concretos de la Ley 41/2002 que orientan la solución del Tribunal son los siguientes: 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10. Veamos los principales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 *“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*". Este derecho del paciente se convierte, de forma instantánea, en un deber para el médico. El apartado tercero dispone que *"el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información"*.

No obstante lo anterior, según el artículo 5.3 *"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"*. No son estas las circunstancias del recurrente de la STC 37/2011, puesto que se encontraba en sus plenas capacidades psíquicas y físicas para entender la información relativa a su intervención que debía habersele proporcionado.

El eje de los preceptos vulnerados considero que pudiera ser el artículo 8 de la Ley (que es trasunto del art. 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina): *"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 pre vista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"*. Ni el paciente recibió información alguna ni, por consiguiente, valoró las opciones de su intervención. Pero la propia ley evidencia la gravedad de este asunto cuando exige, en el artículo 8.2 el consentimiento escrito (y no verbal como es la regla general) para 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”*. La de este paciente era una intervención consistente en un cateterismo cardíaco, es decir, una intervención que afecta a un órgano vital como es el corazón, lo que exige, en todo caso, su consentimiento por escrito.

El apartado segundo del artículo cuatro dice que *“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”*.

Por supuesto, tal y como hemos visto, en el caso de la STC 37/2011 no se cumplieron estos requisitos.

#### **III.4.- Los pronunciamientos del Tribunal Supremo.**

Aunque la STC 37/2011 sea pionera en la esfera constitucional y se constituya como Sentencia cabecera sobre consentimiento informado, ya existían numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia. En Sentencia de la Sala Primera de fecha 24 de mayo de 1999 determinó las obligaciones del médico tras reconocer que su obligación es de medios y no de resultados; y en Sentencia de la Sala Tercera de fecha 4 de abril de 2000 se concedió una indemnización a un paciente por la falta de información, aún tratándose de una asistencia prestada dentro de los parámetros de la técnica médica del caso. La Sentencia de la misma Sala de fecha 14 de octubre de 2002 reconoce la integración de la exigencia de información como un elemento del consentimiento informado.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de fecha 4 de abril de 2000 que mencionamos destaca la relevancia de la información al

paciente en el ámbito sanitario, y por supuesto que el consentimiento que se preste por parte de éste, o de la persona responsable de prestarlo en cada caso, sea respuesta de una información fiel y completa tanto de la intervención médica, como de las posibles secuelas a las que podría dar lugar la misma. Solo de esta manera podrá velarse por el respeto de la autodeterminación del paciente y del principio de la autonomía personal, esencia de nuestro Derecho. Esta Sentencia supone un antes y un después en la concreción de la falta de consentimiento informado como daño indemnizable debido a su consideración como daño autónomo e individualizado.

Las sentencias más recientes insisten en la relevancia del consentimiento y en la posibilidad de su indemnizabilidad, pero vinculan generalmente ésta a la producción del resultado en relación a la salud del paciente. Por tanto, podemos decir que la jurisprudencia del Supremo considera que procede indemnizar la falta de consentimiento informado dependiendo de las consecuencias de la asistencia médica en la salud del paciente.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 8 de septiembre de 2003 (Recurso 3583/95) trata de una intervención quirúrgica respecto de la que la *lex artis* indicaba inexcusablemente su realización y se establece la relación causa-efecto que media entre la intervención quirúrgica practicada y la disfonía y debilidad vocal que sufrió posteriormente. Esta sentencia insiste en la exigencia del consentimiento, pero no recoge la valoración como daño independiente de su infracción ni argumenta si la omisión del consentimiento informado debe considerarse o no como daño autónomo indemnizable, independientemente de la infracción de la *lex artis*,

que además no se había acreditado. Dispone que *“se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado”* y además que *“la indemnización que se establezca como sanción civil por incumplimiento exclusivamente del estricto deber de información previa y consentimiento subsiguiente, no se debe relacionar, por inadecuación jurídica del nexo causal, con los costes y gastos de una segunda intervención quirúrgica correctora, practicada en el extranjero.”*

La sentencia de 26 de marzo de 2002 (Recurso 890/2001) viene a frenar el avance de la teoría de que la omisión del consentimiento es un daño indemnizable de modo diferente y separado de la producción de un daño corporal. Resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina y concluye que no hay identidad de supuestos, por cuanto la indemnización de la del año 2000 venía impuesta, no tanto por el incumplimiento de la exigencia de información, sino por la producción del resultado dañoso.

Por su parte, y en cuanto a sentencias que indemnizan la propia falta de información, podemos sumar la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 1996 (Recurso 4448/97) que condena al médico como responsable de la secuela de pérdida de la audición en el oído izquierdo del paciente en relación a la intervención quirúrgica que le practicó. Según el f.º segundo, *“al paciente no se le informó sobre las diversas opciones que había para realizar la intervención a la que se sometió no se transmitió información previa y en todo caso sería insuficiente sobre las alternativas, riesgos de la operación y ventajas e inconvenientes de cada tratamiento; es decir se privó al recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos*



*métodos, por lo que se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia quirúrgica”*. En este caso, la omisión de la exigencia de información hace que sea el médico el que asume los riesgos de la intervención, por el hecho de que se haya incumplido el deber de información; lo cual carece en principio de apoyo legal suficiente.

Diferente es la base del reconocimiento del derecho a la indemnización por la falta de información, de la sentencia de la Sala Primera, de fecha 7 de marzo de 2000 (Recurso 1694/95) sobre un trasplante de médula ósea en el que no consta que hubiera información para la paciente, a pesar de tratarse de un riesgo evidente, como se acreditó con la prueba pericial. Se condena al Servicio Andaluz de la Salud, pues como dice el fj. quinto de la sentencia *“no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, en contra de lo legalmente establecido”*.

Dicho lo anterior, debemos afirmar que la consideración por el Tribunal Supremo de la omisión del consentimiento como un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención es una posibilidad que se debe admitir con prudencia, pues solo de esta manera es posible no desnaturalizar los límites de la responsabilidad sanitaria. Si se entiende que la falta de información tiene las características que mencionamos no hay duda de que la producción del daño es independiente de que exista o no lesión física y sería indemnizable aún en el caso de ausencia de ésta<sup>47</sup>. En el caso de la STC 37/2011 no solo hubo ausencia de información, sino que además se produjo una lesión. No queremos decir que la información hubiera evitado la

---

<sup>47</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 173 a 226.

lesión, pero sí que le hubiera dado la posibilidad al paciente de haber elegido no someterse a la misma. El Tribunal Constitucional anula las sentencias recurridas y retrotrae actuaciones a efectos de que éste pronuncie otra nueva que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. No le compete delimitar la cuantía de indemnización al paciente, pero sí otorgar la protección al derecho a la integridad física que ha sido vulnerado por esas sentencias.

### **III.5.- La novedad de la Sentencia.**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 viene a aplicar la jurisprudencia constitucional ya asentada sobre el derecho a la integridad física (recogida en las SSTC 120/1990, 207/1996, 119/2001, 5/2002, 221/2002 o 220/2005); la novedad radica en la originalidad del pronunciamiento relativo a que la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. Si bien el Tribunal Supremo ya había delimitado tanto las obligaciones del médico, como la exigencia de información como un elemento del consentimiento informado o la indemnización por falta información y no solo por lesiones; hemos tenido que esperar al mes de marzo de 2011 para que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en materia de consentimiento informado.

### **IV.- CONCLUSIONES**

- La mejor solución a los conflictos que surjan relativos a los avances biomédicos es la garantía de una bioética que ayude a resolver las

circunstancias actuales, permita orientar las nuevas y contribuya a resolver los dilemas éticos que se le plantean en el campo de las ciencias de la vida y de sus aplicaciones tecnológicas. En definitiva, en una bioética que permita proteger los derechos humanos. Sin embargo, la imposibilidad de que esta bioética sea absolutamente completa e incluya todo tipo de supuestos y circunstancias va a determinar que sea el ámbito jurisdiccional el de la resolución de controversias y, en última instancia el Tribunal Constitucional.

- La aparición de nuevos derechos nacidos de los avances en el campo de la medicina conforma una expresión nueva de los derechos ya existentes. Los derechos que pudieran verse en entredicho conforme a los avances ya surgidos y aquellos que a día de hoy, ni siquiera se estén fraguando son, básicamente, los relativos al derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la intimidad y a la dignidad humana. Las nuevas expresiones de derechos como puedan ser la intimidad genética, identidad genética, la integridad genética son, en definitiva, reflejo y actualización de los tradicionales derechos que hemos mencionado e irán completando el contenido de cada uno de ellos.

- El reciente amparo en materia de consentimiento informado resuelto por la Sentencia 37/2011 abre una puerta al particular para luchar por sus derechos en el ámbito médico hasta llegar a la vía constitucional. El paciente es cada vez más consciente de sus derechos. La anterior concepción paternalista de la relación médico paciente (que lo situaba en una posición de inferioridad con respecto al médico), se ha superado, situándolo ahora en una posición de igualdad que le lleva a exigir sus derechos, como por ejemplo el derecho a la información, regulado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica

*Ana Ylenia Guerra Vaquero*

reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.