

EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO O AUTORIZACIÓN DEL PACIENTE INFERIDA DE OTRAS INTERVENCIONES ANTERIORES

ANA LAURA CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Recepción: 20/05/2013
Aceptación después de revisión: 02/09/2013
Publicación: 20/11/2013

I. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: LA STC 37/2011, DE 28 DE MARZO. II. LA OCULTACIÓN DELIBERADA POR PARTE DEL FACULTATIVO DE DATOS QUE CONDICIONARÍAN LA DECISIÓN DE LOS PARTICULARES: 1. *Contenido de la información.* 2. *Problemática derivada de las diferencias ideológicas existentes entre el médico y el paciente.* 3. *¿Se guarda silencio acerca de pruebas más certeras aunque de mayor coste para los servicios sanitarios?* III. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO: CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DOBLE GARANTÍA. IV. *¿SE ARREBATABA EL PROTAGONISMO A LOS PACIENTES DESDE PRESUNCIONES CIMENTADAS EN ADELANTOS CIENTÍFICOS?* V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El derecho a emitir un consentimiento informado forma parte de la protección del derecho a la integridad corporal consagrado en el art. 15 de nuestra Constitución. Los pacientes tienen derecho a conocer los riesgos y efectos de las intervenciones, con vistas a adoptar una decisión verdaderamente autónoma. Dicho derecho no puede ser limitado por presunciones que se fundamentan en las elecciones que realizarían personas razonables, de haber sido informadas; como tampoco la presunción que se basa en otras elecciones tomadas en el pasado por el paciente, ante intervenciones similares, legitima una actuación médica incontestada.

PALABRAS CLAVE: presunciones; consentimiento informado; protección de la integridad física.

ABSTRACT

In the health setting patients may exercise an autonomous choice to receive information about risks and side effects. The right of given an informed consent forms part of the protection of person's physical

integrity. This right can not be limited by presumptions of consent based on the choices than reasonable people want to make or other choices taken in the past by the patient who was not informed. Valued informed consent as a manifestation of the right of self determination, based on respect for autonomy.

KEY WORDS: presumptions; informed consent; protection of person's physical integrity.

I. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: LA STC 37/2011, DE 28 DE MARZO

La STC 37/2011, de 28 de marzo, estimó el recurso de amparo interpuesto por un particular que no fue debidamente informado sobre las consecuencias que tendría un cateterismo cardiaco, a resultas del cual perdió la funcionalidad de la mano derecha. Estamos ante un individuo mayor de edad, maduro, que no se encuentra incapacitado y que acude por su propio pie a un servicio de urgencias, y al que no se le interviene hasta el día siguiente al del ingreso. Para el máximo intérprete de la Constitución, las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la integridad física del actor, al desestimar su pretensión basándose en restricciones no previstas en la Ley 41/ 2002. Tanto el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao, como la Audiencia Provincial de Vizcaya, otorgaron especial relevancia al dato de que, con anterioridad, el actor ya se había sometido a otro cateterismo, aunque se utilizara entonces una vía distinta. La sentencia del Juzgado declaró que, con tales antecedentes, y «*sin dejar de lado su edad*»¹, no había lugar a indemnización alguna, al no haberse privado al deman-

¹ Ninguna repercusión poseía la edad del recurrente, y era ociosa una mención a la misma en el caso de una persona mayor de edad en plenitud de facultades. Diremos más. Estando en juego derechos de la personalidad, la Ley 41/2002 ha sido extraordinariamente respetuosa con el margen decisorio que ha de ser respetado a los menores. Tan sólo la constatación de que no alcanzan a comprender el significado o la trascendencia del acto privará al menor de la facultad de decidir por sí mismo, de prestar el consentimiento para que se ejecute una actuación médica que le concierne. Y es entonces, y sólo entonces, cuando está llamado a intervenir el representante legal. El art. 9.3.c) es diáfano al respecto. Establece que el consentimiento se otorgará por representación: «*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...*». Repárese, asimismo, en la parcela que le viene reservada por el Convenio de Oviedo, conforme al cual «*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*» (art. 6.2).

dante de «una información esclarecedora previa al consentimiento». Se haría hincapié en que estaba juzgándose la adecuación de un acto médico cuya repercusión ya era conocida por el actor, quien se sometió años atrás a otro (un cateterismo) de análogas características al que después constituyó el objeto de esta controversia, aunque de menor envergadura, como se resaltaba en apelación². A ello se anudaría la presunción de que habría consentido el segundo de todos modos.

Cuando los médicos no informan sobre los riesgos que entrañan sus actuaciones, han de responder ante sus pacientes si aquéllos acaben. Procesos como éste demuestran que la defensa de los médicos se ha centrado, en muchos casos, en probar que, a pesar de que el paciente no fue debidamente informado, se hubiera plegado, con absoluta certidumbre, a dicha intervención de haber tenido cabal conocimiento de los extremos omitidos. Y esto es lo que pretendió demostrar el médico, y aquello que las resoluciones impugnadas valoraron.

Esta sentencia concibe el consentimiento informado como una garantía al servicio de la efectividad del derecho a la integridad física. Impone, pues, el abandono de una hermenéutica de los textos legales que, aunque llegaría ser patrocinada por ciertos sectores, entra en pugna con el respeto de derechos elevados al rango de fundamentales en nuestra Carta Magna (art. 15 CE). Derechos que están llamados a tener eficacia no sólo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones *inter privatos*, como es la instaurada entre un médico y aquellos pacientes que conciertan sus servicios³. Tanto la interpretación realizada por la sentencia de instancia como la efectuada después en apelación vulneraron el derecho a la integridad física del recurrente, al no ceñirse al marco de excepciones estrictamente diseñadas por el legislador, que se imponía acatar.

Nos centraremos en este trabajo no tanto en el contenido de la información que se debe dispensar, o en las excepciones al consentimiento informado —temas tratados profusamente por la doctrina y sobre los que nada hay ya que añadir—, sino en la trascendencia que

² La vía escogida entonces para practicarle entrañaba riesgos menores. La sentencia quiso restar importancia, con esta observación, a que no se dispensara en la segunda ocasión la preceptiva información, en atención a que potencialmente los riesgos que se asumirían no eran tan elevados.

³ Aunque se parta de la ficción, en el recurso de amparo, de que ha sido el tribunal ordinario, y no el particular —en nuestro caso, los médicos que no informan y presumen lo que harían sus pacientes—, quien lesiona el derecho fundamental. Consúltese sobre este punto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1991), «Eficacia y garantía de los derechos fundamentales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría (II)*, Madrid, Cívitas, pág. 622.

tiene que el Tribunal Constitucional haya proscrito que el consentimiento prestado en otras ocasiones para actos médicos similares legitime, a modo de causa de justificación, la actividad de un médico que se decidió a intervenir sin haber informado una vez más y recabado la oportuna conformidad del paciente. Esto despierta nuestra curiosidad acerca de la existencia de otras vías a través de las cuales puede producirse, *de facto*, una lesión en el derecho a la integridad física de los pacientes, manipulándose la información que reciben o gobernando su voluntad, de modo más o menos velado. Y es que, a pesar de que el art. 44 LOTC reserve el recurso de amparo a lesiones que tuvieran su origen directo e inmediato en un acto u omisión de un órgano judicial, la sentencia que ha concedido el amparo contra estos actos judiciales garantiza una unidad interpretativa de los derechos fundamentales que también ha de vincular a los particulares en sus relaciones⁴. Los médicos, a partir de ahora, no podrán imponer arbitrariamente su criterio a través de mecanismos presuntivos que antes fueron comúnmente aceptados por nuestros jueces. Ni podrán ocultar información, como se expondrá, llevando la objeción de conciencia a unos extremos que los tribunales han juzgado incompatibles con el art. 15 CE.

II. LA OCULTACIÓN DELIBERADA POR PARTE DEL FACULTATIVO DE DATOS QUE CONDICIONARÍAN LA DECISIÓN DE LOS PARTICULARES

1. *Contenido de la información*

La STC, Sala 2.^a, de 28 de marzo de 2011 ha señalado que «*la regulación legal —que obedece a las exigencias constitucionales— implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar*»⁵.

⁴ Así lo defendía Pérez Tremps cuando se refería a la *Drittwirkung* y hablaba de un doble efecto de las sentencias de amparo. PÉREZ TREMPs, P. (2004), *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 131.

⁵ Ciertamente es, y así lo ha expuesto antes de esta sentencia Domínguez Luelmo, que la ley permite al paciente renunciar a ese derecho a recibir información. Pero ni aun en el supuesto de que quisiera acogerse al mismo y no tener conocimiento sobre algunos aspectos, aclara este autor, puede prescindirse de su consentimiento. «*Por el hecho de que*

Si nos ceñimos a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 41/2002 y lo relacionamos con el art. 8.2, tendríamos que la regla general de que el consentimiento se preste de forma oral conoce ciertas excepciones, que serían de aplicación al cateterismo practicado al recurrente. Estando en presencia de intervenciones quirúrgicas o procesos invasores⁶, el consentimiento ha de constar por escrito. Debiéndose facilitar al paciente información sobre los siguientes extremos:

- 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.*

En el ámbito de los actos curativos, la jurisprudencia viene insistiendo en que no es preceptiva una información detallada referida a riesgos que no se reputan típicos. Éstos ni están asociados, según el estado actual de la ciencia médica, a ese tipo específico de tratamientos o intervenciones ni revisten extraordinaria gravedad (SSTS, Sala 1.^a, de 23 de octubre de 2008, RJ 2008/5789; 17 de abril de 2007, RJ 2007/232, y 22 de noviembre de 2007, RJ 2007/2397). En cambio, niega terminantemente que el médico pueda quedar exculpado cuando no informó de complicaciones consustanciales a cada tipo de intervención, descritas en la literatura científica, simplemente porque consideró que eran escasos los índices o porcentajes estadísticos referidos a su producción. Las SSTS, Sala 1.^a, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4323) y 22 de junio 2004 (RJ 2004/3958), entre otras muchas, advierten del

un paciente renuncie a ser informado —puntualiza— no cabe presumir en ningún caso su consentimiento». DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2003), *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova, pág. 277. Del art. 9.1 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, así se colige. En él se dispone que quede constancia documental de la renuncia al derecho a ser informado, pero se añade que ello será así «sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención».

⁶ Art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: «*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*».

error en que se incurre cuando se confunde la tipicidad con la previsibilidad del riesgo.

De ahí que la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Consentimiento informado de Galicia, cuando enumera los extremos sobre los que tiene que recaer el consentimiento, incluya también los riesgos poco frecuentes «*cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la Ciencia*».

De hecho, en los prospectos de los medicamentos no sólo se incluyen aquellos efectos secundarios que suelen acusarse con mayor frecuencia entre los que habitualmente los consumen, sino también otros que rara vez se han manifestado en estos últimos⁷, pero que comprometen igualmente la salud de los que se someten a ese tratamiento⁸. Además, «*constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica y en general al personal sanitario el de 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*»⁹. Afirmación que es plenamente coherente con otras hechas por la Sala 1.^a del Alto Tribunal en las que se estima que incumple el deber de información aquel médico que confía, sin más, a la lectura del prospecto la comprensión por el paciente de los efectos secundarios¹⁰.

El requisito de la completitud y veracidad de la información no se

⁷ Sobre la obligación de los laboratorios de exponer todos los efectos adversos derivados de la ingesta de un medicamento al comercializarlo, y el deber de resarcir si se produjeran omisiones que impidieran al consumidor calibrar los riesgos, consúltese la STS, Sala 1.^a, de 18 de junio de 2013 (JUR 2013/216269).

⁸ Y para garantizar que el mensaje llega con suficiente claridad al paciente, el art. 15.3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Medicamento, impone que se vean reducidos a la mínima expresión «*los términos de naturaleza técnica*» que se empleen en la elaboración del prospecto.

⁹ STS, Sala 3.^a, de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8844).

¹⁰ STS de 8 de febrero de 2006 (RJ 2006/544): «*El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la Ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente. El médico es por tanto el encargado de señalar el tratamiento terapéutico individualizado en función de la respuesta del paciente y de prescribir el uso o consumo de un medicamento y su control, proporcionando una adecuada información sobre su utilización, al margen de la que pueda contener el prospecto*».

rellena mediante el empleo de modelos o formularios tipo, en los que no se particularizaron, además, los riesgos personalizados. Por más que se mencionaran otros de carácter puramente genérico, limitar la información tan sólo a estos últimos, omitiendo toda referencia a las peculiaridades y antecedentes del paciente, impide a éste emitir un consentimiento válido y libre, al carecer de una base idónea para calibrar las consecuencias que tendrá para su salud el alcance de su decisión. Una complicación inherente al legrado practicado, que no era evitable con el estado de conocimientos de la técnica al tiempo de ocurrir los hechos, no es daño antijurídico, explica la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2008 (RJCA 2008/247). Pero he aquí que la firma de un documento genérico, válido para cualquier tipo de intervención, impide apreciar que mediara un consentimiento informado¹¹. Por lo mismo, a una paciente intervenida antes de una cesárea, indica la SAP Orense de 11 de abril de 2012 (AC 2012/395), se le debió alertar de que esta incidencia incrementaba para ella el riesgo, que finalmente acaeció, de sufrir una perforación intestinal al practicarse una colonoscopia.

No estando caracterizado el deber de informar por una vocación de omnicomprensividad, ya que todo no se puede ni se debe abarcar, confundiendo además al paciente, convendremos que la observancia de aquél es exigida con mayor rigor cuando no hay necesidad de someterse a una intervención. Se ha de poner, entonces, en antecedentes al paciente de cualquier complicación que pudiera surgir, porque está en su mano paralizar todo el proceso, al no actuar angustiado por el miedo a perder la vida y la salud, que no se hallan comprometidas en modo alguno.

Si ya Galán Cortés se adelantó a los acontecimientos y preconizó que no había cabida para el consentimiento presunto en la medicina voluntaria¹², después de la sentencia del Tribunal Constitucional de la

¹¹ Con anterioridad, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica ya habían alertado acerca del carácter abusivo y, por ende, de la nulidad de estas denominadas «cláusulas ómnibus». En su virtud, como alecciona Galán Cortés, «*el paciente otorga "carta blanca" al cirujano para proceder a cualquier tipo de intervención que considere necesaria*». En lugar de incluir cláusulas de estilo en las que se confiara al criterio del médico la pertinencia de realizar un acto médico, se instaba a especificar qué actuaciones quedaban avaladas por el consentimiento del paciente, tras tener conocimiento sobre la eventualidad de que llegara a surgir la necesidad de llevarlas a cabo. GALÁN CORTÉS, J. C. (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Cívitas, 1.ª ed., pág. 148.

¹² Donde «*dado que se actúa sobre un cuerpo "sano", en principio, la presunción sería que nadie consentiría empeorar su situación de salud a no ser que conste expresamente la asunción de riesgo por el paciente*». GALÁN CORTÉS, J. C. (2001), *Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 267.

que hemos partido en este trabajo huelga decir que tampoco habrá lugar para estas presunciones en la medicina necesaria.

Para eludir responsabilidades está comúnmente extendido otro recurso: intentar dotar de otro ropaje a aquellas actuaciones médicas que no estuvieron avaladas por una adecuada y preceptiva información.

La intensificación del deber de información en la medicina satisfactiva trajo consigo, como fácilmente se comprenderá, que se sucedieran intentos por reconducir la situación al otro terreno, para excusar, surgida una reclamación, la parquedad de datos que fueron facilitados al demandante. Al médico no le quedaba otro camino, siempre que ello presentase, claro está, un cierto grado de credibilidad, que aferrarse a una inexistente finalidad terapéutica, para intentar presentar como un tratamiento curativo lo que, en puridad, no fue sino una intervención puramente estética. Intento que en algunos casos sería burdo, por supuesto, pero en otros podía tener ciertas perspectivas de éxito, a las que el demandado se aferraba desesperadamente, como quiera que no siempre nos movemos entre posiciones extremas. Se llegaba a falsear la realidad, ya no sólo ocultando que se robó protagonismo al demandante a la hora de tomar una decisión que sólo a él competía adoptar —porque no se le brindó una información suficientemente esclarecedora—, sino atribuyéndose el médico un papel diverso en la relación instaurada con aquél. En la SAP Las Palmas de 1 de junio de 2009 (AC 2009/1430) encontramos un intento infructuoso de alterar la naturaleza de la obligación protagonizado por un médico que practica a una paciente una reducción y elevación mamaria. No quedó constancia de que se le advirtiera de que uno de los riesgos más frecuentes era la pérdida por necrosis del pezón, que finalmente acaeció. Tampoco que se expusieran, como es natural, las múltiples causas que generaban aquél. Ante esta evidencia, el médico trató de derivar la cuestión hacia unas «molestias en la espalda» padecidas por la actora, de manera que la operación pareciera estar ligada más bien a esta afección —e impuesta entonces por la necesidad— y no guiada, como así estuvo, por motivaciones estrictamente estéticas, que exigirían mayor profusión de datos¹³. También la SAP Alicante de

¹³ SAP Las Palmas de 1 de junio de 2009 (AC 2009/1430): «*En el supuesto que nos ocupa en modo alguno se ha acreditado que la intervención practicada a la demandante de reducción y elevación de mamas tuviera finalidad terapéutica alguna y no persiguiera únicamente resultados de mejora estética. La simple mención en la Historia Clínica de que la paciente hubiera mencionado que tuviera "afección dorsal" o "molestias en la espalda", sin que conste que la demandante hubiera siquiera consultado nunca a otro médico por razón de tales "molestias" (mucho menos que se le hubiera aconsejado*

18 de junio de 2001 (AC 2002/41) combate el ardid de un médico que, tras realizar unos implantes en el pene de su cliente, quiso derivar la cuestión hacia la curación de la impotencia del actor, con vistas a negar una finalidad estética que imponía sobre él rigurosos deberes informativos. Estrategia que quedó desmontada desde el momento en que, para los juzgadores, «*la ausencia de una historia clínica completa y la falta de realización de las pruebas pertinentes en momento anterior a la operación de implante de pene que se efectuó al actor, [impidieron] tener por acreditado que el objetivo de la misma fuera la curación de la impotencia*».

2. Problemática derivada de las diferencias ideológicas existentes entre el médico y el paciente

Acabamos de mencionar la importancia de calibrar los riesgos, y cómo pasan a un segundo plano los datos estadísticos cuando consta que existen ciertas complicaciones que son inherentes al acto médico que se ha de consentir.

La obligación de informar existe aun cuando no hubiera diversidad de tratamientos entre los cuales pudiera elegir el paciente. Ello, declara la STS, Sala 1.^a, de 10 de mayo de 2006, «*no enerva la obligación de hacerlo y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan “consentimiento informado” (STS 8 de sept. 2003 [RJ 2003, 6065])*». Tener conciencia de todos estos extremos condicionará nuestra determinación, pues se hace posible «*que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su*

por especialista traumatólogo o reumatólogo la realización de esta concreta intervención para tratar dicha supuesta “afección dorsal”) en modo alguno varía esta conclusión. La prestación médica pactada entre demandante y demandado debe por tanto encuadrarse dentro de la medicina denominada por la jurisprudencia voluntaria o satisfactiva».

caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma»¹⁴.

Aunque si nos asiste un derecho a acudir a aquellos especialistas que nos merezcan más confianza para iniciar el tratamiento de una patología que ya ha sido diagnosticada por otros... ¿Sabemos en manos de quién estamos a la hora de exponernos a una potencial manipulación de la información que recibimos?¹⁵.

Porque a la hora de proyectar un alumbramiento, temiendo futuras complicaciones que pusieran en peligro su vida... ¿No sería decisivo para una gestante no sólo conocer si la clínica cuenta con los últimos adelantos con los que hacer frente a contratiempos que surgieran en el parto, sino también el ideario del centro donde va a dar a luz? En otras palabras: ¿quién nos asegura que la persona a la que nos confiamos no pondrá deliberadamente trabas al proyecto que nos hemos forjado? Si quiera empleando, como es natural, las dosis de sutileza que sean de rigor, para que lleguemos a asumir, finalmente, como propia una decisión de la que no estábamos originariamente convencidos.

El médico puede ejercer presiones, indagando, con tacto, en la psique de quien acude a él angustiado. Habida cuenta del conocimiento que llega a adquirir sobre los antecedentes de cualquier paciente y de la experiencia que ya le acompaña poseerá, entonces, un doble poder:

¹⁴ Es más, siempre cabe consultar una segunda opinión, al no ser la Medicina una ciencia exacta, para cerciorarnos de que realmente estamos ante un diagnóstico certero. Sobre la distinta valoración de la sintomatología del paciente y los errores de diagnóstico, consúltese JORGE BARREIRO, A. (1990), *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Madrid, Tecnos, pág. 55.

¹⁵ Algo parecido sugería Rovira, y lo compartimos plenamente, cuando alababa ciertos comentarios que atribuye a Soledad Gallego Díaz. Según éstos: «*Debería ser un derecho saber si el médico que te atiende profesionalmente pertenece a una organización religiosa determinada o si tiene unos "principios morales" que le impiden aliviarte las horas finales*». ROVIRA, A. (2007), *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pág. 157. Porque la transparencia que debe presidir la actuación del médico cuando informa sobre otros extremos que denuncia Rovira (logros alcanzados en intervenciones similares, experiencia de su equipo en las mismas...) no basta, creemos, en ciertas cuestiones para saber que se está en las manos adecuadas. Como más adelante veremos en el texto, teorizando acerca de cómo repercutirán las ideas del médico en nuestras decisiones, no expresamos temores imaginarios. La manera en que se concibe la objeción de conciencia por parte de algunos profesionales aboca a un desbordamiento de aquélla, en detrimento de los derechos de los pacientes. La religión profesada por un médico de atención primaria no puede excusarle de responder a las preguntas de los últimos, para que, estando en posesión de una serie de datos que tienen derecho a conocer, actúen en consecuencia. Y así se ha declarado por nuestros tribunales para impedir que el silencio y la ignorancia avasallen los derechos ajenos, imponiendo códigos de conducta propios a quienes no abanderan una ideología que les exija esas renunciaciones.

el que le confiere su conocimiento técnico y el que ahora adquiere con esa información personalizada, con esos datos que posee sobre el cuerpo y el espíritu de un individuo que resulta especialmente vulnerable en esos instantes críticos.

Experimentaría, en ocasiones, la tentación de ejercer su dominio sobre el paciente. En teoría, las razones podrían ser de la más variada índole. Desde estrictamente económicas, hasta morales o incluso religiosas. Exageraría los efectos secundarios de ciertos tratamientos, presentándolos ante un profano como altamente desaconsejables. Magnificaría, asimismo, los riesgos de una técnica que el paciente deseaba emplear, sembrando así la duda en el mismo, hasta lograr que acabara por desterrar de su mente aquello que le impulsó a acudir a su consulta...

Los dilemas éticos o morales, como fácilmente se adivinará, encuentran con frecuencia un campo de cultivo en parcelas como la reproducción humana. Sin saberlo, se pueden contratar los servicios de alguien cuyo ideario está en frontal oposición con el nuestro. Interrogado un profesional acerca de técnicas de reproducción asistida, operaciones para provocar la infertilidad, métodos de control de la natalidad y, por supuesto, insinuada la idea de una interrupción voluntaria del embarazo, la decisión de la mujer puede repugnar a la conciencia del profesional e interviene ya el factor religioso.

El médico pisa, a veces, arenas movedizas. Dado que la información no tiene vocación de omnicomprensividad, podría exponer unos datos y ocultar otros, o al menos avanzar progresivamente en la información que necesariamente ha de dispensar, haciendo hincapié en materias que juzga de interés para conseguir sus propósitos.

Si el silencio afecta tan sólo a determinados extremos —no expone la pertinencia de realizar algunas pruebas—, no estamos ante una omisión absoluta del deber de informar. Aunque habremos de decidir entonces si el dato que se ocultó posee una importancia tal que llegue a viciar el consentimiento¹⁶.

Sólo desde aquella óptica se explicará que muchos profesionales dilaten en el tiempo la práctica de ciertas pruebas que confirmen las sospechas que arrojaban otras anteriores. O desaconsejen el sometimiento de la gestante a experimentos invasivos, ocultando quizá su preocupación de que, al conocer la verdad, la madre se decida a poner fin a una vida que anida en su interior. Escrúpulos religiosos o mora-

¹⁶ LÓPEZ CHAPA, S. (2007), *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona, Bosch, pág. 236.

les quizá inducirían a un ginecólogo a sembrar el miedo en sus pacientes acerca del peligro que encerraría para una criatura presumiblemente sana, que se está gestando en su seno, practicar técnicas como la amniocentesis. En pacientes de edad madura, en las que se apreciase una actitud dubitativa, se aprovecharía para imponer su voluntad. Por supuesto, se dejaría constancia por escrito de que la gestante había sido escrupulosamente informada sobre la posibilidad de someterse a las mencionadas exploraciones, pero que, en el uso de su libertad, rehusó finalmente. El médico logra su propósito de malograr que se realice un reconocimiento invasivo fiable, «culpabilizando» a una mujer indecisa de las posibles taras o sufrimiento que ello acarrearía a la criatura si se apartaba de su parecer. Pero lo hace al precio de presentar esta decisión como libre y voluntaria —aun cuando la coacción, por más que sutil, haya llegado a ejercerse— y con vistas a salvar cualquier futura reclamación en el ámbito de lo que conocemos como acciones *wrongful*.

La STS, Sala 1.^a, de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011/4000) ha sido tajante, declarando en otro contexto que **«la información errónea o incompleta equivale a falta de información y conforma una actuación médica deficiente que resulta especialmente grave no sólo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis o la biopsia corial, sino en aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto padece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura»**.

En consecuencia, conductas que para un amplio sector de nuestra sociedad serían loables desde el solo punto de vista de la defensa de su fe, resultan intolerables en un ordenamiento que tiene como dos de sus pilares básicos el pluralismo y el respeto a los derechos de los demás, y que apuesta por la convivencia armónica de individuos de las más diversas tendencias. Entrañan un desconocimiento de la libertad de la paciente, incurriéndose deliberadamente en mala praxis al despreciar y restar vigor a un ideario con el que no se comulga. La objeción de conciencia a la hora de practicar un aborto, a la que legítimamente puede acogerse el profesional al que repugne la práctica de esta intervención, no debe confundirse con un derecho a modular la información, falseando la verdad en las consultas, con vistas a vedar a terceros opciones que entran en pugna con el código ético del galeno pero que se hallan, sin embargo, en el marco de la legalidad. La STSJ Madrid de 6

de julio de 2012 (RJCA 2012/599)¹⁷ así lo ha entendido cuando niega a los médicos de atención primaria, que en absoluto están involucrados en la ejecución de este tipo de intervenciones, un derecho a acogerse a la objeción de conciencia en el que puedan basar su negativa a informar a sus pacientes¹⁸. El alcance general de la objeción, que se rechaza en esta sentencia, pivotaba sobre la idea de que «*la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias*». Concepción que, para el Tribunal, supondría hacer *tabula rasa* de los derechos fundamentales de otros sujetos con los que ha de coexistir la libertad religiosa del profesional de la medicina y pondría en peligro el mantenimiento del orden público. Además, «*el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho*». La sentencia recalca que la decisión de interrumpir el embarazo pertenece a la esfera personal e ín-

¹⁷ El recurso había sido interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Toledo. Se solicitaba que se declararan nulos, por contrarios a Derecho, dos artículos del Código Deontológico Médico, aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos en su reunión de 9 de julio de 2011. El tenor de aquéllos era el siguiente:

«1. El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión.

2. El médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia ni de resolver, por sí mismo o mediante la ayuda de otro médico, los problemas médicos que el aborto o sus consecuencias pudiesen plantear».

¹⁸ Rotundamente, se aclara sobre esto lo siguiente: «*Si observamos el precepto en cuestión para el caso de que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no se exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión. Resulta imposible que el Colegio de Toledo pueda predeterminar el alcance subjetivo que para cada médico supondrá en relación con sus creencias religiosas o ideológicas, por ejemplo, el hecho de tener que informar a una mujer que haya decidido abortar de los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión, y ello partiendo de la base de que en ningún caso se puede ofender a quien está en contra del aborto y debe informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho caso de seguir con su embarazo*».

tima de la mujer, en la que el médico no ha de interferir con su negativa a informar para que aquélla resuelva lo que crea pertinente. *«Debemos recordar —se sustenta— que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo (RCL 2010, 534), de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; el médico se sitúa frente a una decisión personal del individuo que afecta a su esfera personal en ejercicio de un derecho fundamental (art. 16.1 CE (RCL 1978, 2836)) y que la sociedad protege a través de un sistema de protección expresamente establecido (Ley Orgánica 2/2010) y ante la que solamente se le exige informar sobre unos derechos que anudados a otros configuran esa decisión personal».*

En síntesis: no se le puede imponer a un profesional que ejecute un acto médico que, aunque lícito, repugna a su código moral. Pero no estamos ante un derecho absoluto que prime, como recoge la sentencia, sobre el riesgo que afecte a la vida de la mujer. Cuando el médico no está comprometido en la ejecución de una interrupción voluntaria del embarazo, no queda liberado del cumplimiento de su obligación de exponer ante la gestante una serie de extremos, cuales son los riesgos que conlleva la práctica de una intervención como la que ahora consideramos. Dejando ya en manos de cada cual que obre según su conciencia, que no tiene que regirse por los mismos parámetros que quien asépticamente ha de limitarse a transmitir una serie de datos esclarecedores. Sólo así quedan plenamente respetados los derechos fundamentales del médico de atención primaria y de la mujer, respectivamente¹⁹.

Idéntico razonamiento —respeto a las creencias ajenas sin intentar ejercer una manipulación a través de la información que se facilita— sería aplicable, empero, cuando el punto de vista que adopta la paciente fuera inverso al anterior. Si, al ponerse en manos de un profesional, una mujer le confesara que su respeto por la vida humana goza de una trascendencia tal que está dispuesta a sacrificarse más allá de lo que sería exigible según las leyes humanas, aunque el médico no participe de

¹⁹ Como ha dicho Beltrán Aguirre al referirse a esta sentencia, el médico de atención primaria, informando, actúa desde la más absoluta neutralidad. BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2013), «La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11 (Tribuna), pág. 72.

esta opinión ni crea en una vida sobrenatural, no le es dable al último llevar a su propio terreno a la paciente. En lo que incurre, ciertamente, cuando magnifica la relevancia de las patologías observadas en el feto, con vistas a sembrar el pánico en ella, al juzgar un sinsentido que una mujer joven ponga en peligro su propia vida, en coherencia con unas creencias religiosas o unos valores férreamente arraigados, que estima poco menos que pueriles. El profesional debe limitarse a informar, no a llevar de la mano a quien tiene ante él. Su misión es depositar en poder del particular el material indispensable para que éste se autodetermine. Para que resuelva tras tener cabal conocimiento de cuanto le afecta. Pero no suprimir o cercenar este derecho, decidiendo por él. A lo que asistimos, como más adelante se expondrá, cuando se frustran las aspiraciones del paciente y se contravienen sus órdenes. Practicando una ligadura de trompas que torna estéril a una mujer, por ejemplo, por juzgar temerario, desde la posición de superioridad que el médico se arroga a sí mismo, la exposición a nuevas gestaciones que, para aquélla, por el contrario, eran retos que le ilusionaban y a los que ansiaba enfrentarse, una vez más, por dar sentido a su existencia.

No tenemos que ir muy lejos para darnos cuenta de que algunas decisiones serán completamente absurdas para otras personas que no comparten el credo o ideario de quienes las adoptan. La negativa a recibir transfusiones sanguíneas por parte de los Testigos de Jehová es un tema recurrente a la hora de abordar el derecho a la autodeterminación y la integridad física.

La STC 154/2002, de 18 de julio, otorga el amparo a unos padres que no convencieron a su hijo menor para que fuera transfundido ni otorgaron su consentimiento para la transfusión, aunque se mostraron dispuestos a acatar la decisión judicial favorable a la misma. No cabía esperar otro comportamiento de quienes habían inculcado a su hijo una serie de principios que traicionarían ahora, proponiéndole una solución completamente irreconciliable con lo que le inculcaron desde que nació o autorizando, si no lograban convencerle y la urgencia demandaba que se manifestaran, una práctica que repugnaba a sus conciencias.

El menor, titular del derecho a la libertad religiosa, se opuso radicalmente a la transfusión. Mas ejercitó un derecho atinente a su integridad física que el Tribunal valora de la siguiente forma, deslindando del anterior: *«lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del me-*

nor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)».

Desde luego, no faltarán quienes reputen insensato que alguien ponga en juego su propia vida, negándose a recibir un tratamiento que sería crucial para su salvación si surgieran complicaciones. Pero también habrá quien formule el mismo juicio cuando una joven decida no interrumpir su embarazo, siendo éste de alto riesgo, por motivos religiosos. O quienes se sorprendan cuando una mujer, amorosamente y dando testimonio vivo de su fe, acepta continuar la gestación de una criatura que presenta gravísimas malformaciones²⁰. Nosotros somos los protagonistas de nuestra propia vida. Y ese protagonismo se nos roba cuando, en la práctica, se vacía de contenido a unos derechos fundamentales, esperando que los particulares abdiquen, al fin, de sus «descabelladas» creencias llegado el momento de ponerlas a prueba. El médico, dice Romeo, no puede actuar como él crea conveniente,

²⁰ Ya decía Bajo que *«sólo una cierta insensibilidad a las opiniones no comunes mantenidas por sectores sociales minoritarios puede explicar que se califique de suicida al Testigo de Jehová que se niega a transfusiones de sangre y no a los participantes en competiciones o espectáculos peligrosos (encierros o corridas de toros, automovilismo, boxeo, circo, etc.)...»*. Y recogía estas contradicciones contraponiendo el juicio que merecían los anteriores con la alabanza que recibirían otros. En concreto, aseguraba que *«tampoco es suicida la mujer católica que prefiere morir antes que abortar, o a quien se niega a la intervención quirúrgica que le salvaría amputándole el miembro canceroso o colocando la válvula artificial»*. En este estudio expone bajo qué condiciones podría un médico excepcionalmente realizar una transfusión en contra de la voluntad del paciente, y cuándo no podría quedar justificado lo anterior apelando al estado de necesidad, ni al ejercicio del deber, por hallarse el paciente fuera de una institución hospitalaria. Este ilustre penalista, no obstante ahondar en los distintos supuestos que pueden generarse en la práctica, no desaprovecha la ocasión para criticar que todos estos conflictos acerca de si existe, o no, un deber de actuar o de garantizar que la muerte de un paciente no llegue a producirse no pasan por la mente de las personas cuando se trata de experiencias que en nuestra sociedad están bien vistas, por encajar en lo que una amplia mayoría predica como deseable o moralmente recto, según acabamos de ver. Como gráficamente llegará a sostener, se discutirá si hay responsabilidad por homicidio en el caso de médico que se negó a actuar y no realizó la transfusión, pero *«a nadie se le ha ocurrido procesar al empresario de la plaza o al organizador de una corrida por delito de auxilio omisivo al suicidio por el simple hecho de producirse la muerte del torero»*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (1985), «Agresión médica y consentimiento del paciente», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 25, pág. 134.

una vez haya perdido la conciencia el paciente. Tiene que respetar su voluntad, porque la resolución tomada por él *«responde a una trayectoria, a su propia concepción de la vida, de acuerdo con la cual hay valores que trascienden y no es imaginable presumir que la hubiera cambiado de hallarse consciente»*²¹.

3. *¿Se guarda silencio acerca de pruebas más certeras aunque de mayor coste para los servicios sanitarios?*

Quién duda, y menos en nuestros días, que la intención de escatimar en gastos también pueda viciar el consentimiento en este terreno, restando así oportunidades de decisión. La STS, Sala 3.^a, de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012/6781) reconoce abiertamente que el error de diagnóstico que se produce en la prueba prenatal es una infracción de la *lex artis*, pese a que se consintieran las pruebas de las que se derivaron los resultados. Aquéllas no se correspondían con los medios que, según el estado de la ciencia, podían haberse empleado para detectar ciertas anomalías fetales con mayor precisión. Estábamos ante una prestación médica inadecuada que impide a la paciente elegir con pleno conocimiento entre las alternativas entonces existentes. Y ello no tuvo otra explicación que el deseo de *ahorrar costes*. Se escogió no aquello que presentaba mayores garantías, sino lo que resultaba más barato. Para esta sentencia: *«el error no puede atribuirse, como pretenden las demandadas, a la limitación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en la fecha en la que ocurrieron los hechos. La pericial practicada, (...) determina (...) que **podieron utilizarse técnicas más fiables aunque más caras** y que en todo caso si el segundo análisis (que se hizo cuando ya había nacido la niña) se hubiera hecho a su debido tiempo, (...) la información a la madre hubiera podido ser correcta»*.

La STS, Sala 3.^a, de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012/6781) acaba de mencionar sin ambages que la obsesión por recortar gastos condujo a un resultado lesivo. Si esto ocurre en la medicina pública..., ¿qué diremos en el caso de profesionales adscritos a aseguradoras privadas? También aquí surgirán casos similares en los que se omitirá informar, o se hará de forma extemporánea, sobre procedimientos técnicos más

²¹ ROMEO CASABONA, C. M. (1996), «La objeción de conciencia en la praxis médica», en VV.AA. (dir. M. L. Maqueda), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, pág. 83.

fiables aunque menos asequibles. Cuando el grueso de los pacientes proviene para un médico de los asegurados de una compañía..., ¿no temerá aquél hacer oídos sordos de las recomendaciones de esta última? No sería extraño que dejara de prescribir, más de una vez, pruebas de elevado coste (TAC, resonancias...) para no jugarse su permanencia en el listado de profesionales seleccionado por esas aseguradoras. ¿No interfiere, con ello, en el derecho a la información del paciente, que tendría que conocer que existen otras alternativas, más costosas, para detectar precozmente alguna patología? ¿Qué decir cuando ésta se le llega a diagnosticar tal vez demasiado tarde, o exponiéndole a sufrimientos que pudieron haberse evitado de raíz?²². Ante la crisis pavorosa que padecemos, estos y otros muchos interrogantes anidan en nuestro interior. Aún más nos preocupa que se presenten como voluntarias muchas decisiones que realmente no fueron tales. La información, ahora más que nunca, es poder.

III. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO: CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DOBLE GARANTÍA

Las tentaciones experimentadas por algunos profesionales de imponer su parecer donde debía regir el criterio del paciente encontraron, así, un valioso aliado en el expediente del consentimiento presunto, que ahora ha desterrado el Tribunal Constitucional.

La responsabilidad nace para el médico por haber decidido en un marco en el que se imponía respetar y acatar los deseos expresados por el propio titular del derecho, al que se le debió instruir acerca de cuanto le afectaba para que emitiera un consentimiento válido.

Hemos de partir siempre de que el art. 4.2 de la Ley 41/2002 dispone 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»*.

Es ésta una información continuada, que no se agota en el instante de emitir un diagnóstico. Lo corrobora, además, la STSJ Cataluña de

²² En la STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013/582), no habiéndose realizado a tiempo determinadas pruebas que condujeron fatalmente a un diagnóstico erróneo, se estudió qué probabilidades existían de detectar, a través de otros procedimientos, la patología que presentaba el demandante, en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

17 de enero de 2011 (JUR 2011/136277). Consentida una laparoscopia para averiguar el origen de la infertilidad de la paciente, no quedó abarcada en la autorización la extirpación de las adherencias que se descubrieron en el curso de la intervención por el ginecólogo. La sentencia estima que se compromete la autodeterminación de la paciente cuando, no llegando a estar en peligro su vida, se le coloca ante hechos consumados, sin darle ocasión a que calibre por sí misma los riesgos y los beneficios de una intervención acometida por propia iniciativa del demandado.

Se vulnera el derecho del enfermo cuando se le interviene sin mediar comunicación alguna acerca de las novedades que se fueron descubriendo a lo largo de un tratamiento. Éstas requieren otras intervenciones que, aunque enmarcadas en el mismo proceso curativo, obligan al profesional a dispensar una información específica, acorde, claro está, con la gravedad que presenten esas distintas patologías, que fueron desconocidas en el momento de emitir el diagnóstico inicial. El enfermo habrá de conocer, entonces, en qué consisten cada uno de los actos que van demandando dichos hallazgos y acordar si asume sus riesgos. Analizada en la STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de enero de 2013 (JUR 2013/41803) una cadena de intervenciones quirúrgicas, se concluye que únicamente la primera fue consentida por el recurrente. Varios son los puntos controvertidos. En primer lugar, la extirpación del lipoma del cordón espermático formaba parte del proceso operatorio inicial que se consiente. No era, por tanto, otro proceso patológico distinto que demandara una nueva información y, con base en la misma, otra autorización del paciente. Respecto a las sucesivas intervenciones que se practicaron, no se probó, en cambio, que mediara consentimiento alguno del paciente. La sentencia reacciona contra interpretaciones que tienden a la representación de un consentimiento inexistente, exonerando a los médicos, y se aparta de la exégesis realizada, en esta línea, por la sentencia recurrida. El Tribunal entiende que una cosa es que en su día se le advirtiera al paciente, con motivo de la primera intervención, que su curación pudiera no ser definitiva, y otra concebir que esa simple prevención, relativa a la eventualidad de que se sucedieran otras operaciones, exonerase al médico del deber de informar cumplidamente, caso de que llegara a presentarse la ocasión, acerca de los riesgos que comportaban cada uno de los actos quirúrgicos. Máxime cuando, en este supuesto, con cada uno de ellos se iría multiplicando el riesgo de atrofia testicular surgido en la primera. Extremo que el paciente ignoraba por completo, dado que ningún dato se

le facilitó al respecto para instar su autorización. El daño quedó acreditado con esa agravación de las secuelas que no pudo salvar el actor por no haber recibido ulteriormente la información que sería de rigor²³. Para la sentencia: «*En el presente caso se privó al demandante de la posibilidad de conocer todas las consecuencias y riesgos de las intervenciones y, con ello, de elegir entre las distintas alternativas posibles, incluida la no intervención. Todo ello unido al hecho de que las actuaciones realizadas han resultado inútiles, al menos en algunos aspectos, pues los fuertes dolores han persistido*».

Para que esté verdaderamente legitimada la actuación del profesional no basta —nos dice la STC de 28 de marzo de 2011— «*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 gravedad*». Exigencia que no fue debidamente ponderada por los tribunales, que tendrían que haber reparado en el dato de que medió un tiempo considerable entre el ingreso en la clínica del demandante en amparo y la práctica de la intervención, realizada al día siguiente. Lapso que, como extraemos de la sentencia, «*permitiría perfectamente dar cumplimiento a las exigencias legales impuestas en garantía del derecho fundamental a la integridad física del actor*».

La STS, Sala 2.^a, de 10 de marzo de 1959 (RJ 831) condena por imprudencia temeraria a un médico que extirpa el miembro viril del enfermo bajo el pretexto de haber observado una masa tumoral que pudiera ser «*a su parecer, reveladora, de la existencia de un sarcoma de pene*».

Pese a que fue dictada, naturalmente, mucho antes de la entrada en vigor de los textos legales que ahora estamos analizando, esta sentencia guarda en común varios extremos con la que comentamos y que ha sido el punto de partida de este estudio.

De entrada, el actor, don Antonio, no sufrió molestia alguna en sus órganos genitales que justificara tal cercenación, pero sí había sido operado con anterioridad de una hernia inguinal. Ya encontramos, pues, una similitud con los antecedentes de hecho de la sentencia del Constitucional. En esta última estábamos ante un segundo cateterismo; aquí, ante una hernia inguinal que se reproduce y que es preciso operar de nuevo. Cuando se acude a la consulta del profesional se sabe en qué consiste el acto médico al que, desgraciadamente, debemos someternos una vez más.

²³ Y por ello dice la sentencia que «*la falta de consentimiento informado supone un daño moral susceptible de ser indemnizado*».

Pero en uno y otro caso la actuación del médico se desarrolla sin contar con la voluntad del enfermo, que tendría que haber sido respetada al no apreciarse una urgencia tal que demandara del médico una inmediata reacción que evitara un fatal desenlace. No existe riesgo de muerte y, por consiguiente, no estamos ante decisiones inaplazables. Había un margen para la reflexión en el que debió realizarse la consulta al interesado y obtener su autorización, tras aclararle la importancia que revestían esos hallazgos. La STS, Sala 2.^a, de 10 de marzo de 1959 (RJ 831) reprocha al cirujano condenado que cercenara el miembro viril de raíz por una simple sospecha que no confirmó practicando una biopsia previa. Sobre todo, partiendo de que el sarcoma de pene era una enfermedad sumamente rara, hasta el punto de que en su vida profesional jamás se había encontrado con caso alguno. Se argumenta que lo único que se encuentra consentido por la víctima era la segunda operación de hernia, pero no una mutilación que ni respondía a un «riesgo seguro», ni a un caso de gravedad extrema donde la intervención no pudiera demorarse sin poner en peligro la vida del paciente. Por consiguiente, debió posponerse la amputación, prosigue, hasta «efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal, e incluso recabar el concurso de otros facultativos en busca de garantía de acierto». Reprochándose, finalmente, que se llevara a cabo la amputación «sin que obtuviera del paciente o de sus familiares, mujer o hermano, que sabían que se encontraban en ese momento en la mencionada residencia, el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante del cuerpo humano, de resultados de la cual había de quedar impotente, tanto más cuanto, que como el propio procesado reconoció en el acto de la vista, pudo limitar su intervención quirúrgica a la práctica de la operación de hernia inguinal y dejar de acometer la del supuesto sarcoma de pene para un momento ulterior, por tratarse de campos operatorios distintos, aunque próximos, por no ser necesaria la del sarcoma de pene para verificar la operación diagnosticada y por no correr, de momento, peligro, la vida del enfermo (...)».

Estamos, en puridad, ante un problema de ampliación del consentimiento del paciente. Recae inicialmente autorización para un acto médico. Mas, indebidamente, aquélla se extiende después a otros supuestos no abarcados por ella.

En el supuesto descrito en la STC de 28 de marzo de 2011 la intervención ha llegado a consumarse, con resultado lesivo para el recu-

rente: la práctica del cateterismo ha desencadenado una serie de secuelas por las que el médico ha de responder²⁴. La conducta del cirujano, que introduce el riesgo en la esfera del recurrente, no estaba legitimada²⁵. Si no apreciamos urgencia ni gravedad alguna, como dice Romeo, el médico no está legitimado para actuar en otra dirección que no sea la de evitar un empeoramiento, o reanimando al paciente, pero no practicando una intervención quirúrgica sin obtener antes el consentimiento de aquél o de sus familiares²⁶.

Aunque, si obtuvo autorización, el médico queda blindado con ello frente a reclamaciones absolutamente infundadas de sus pacientes. Creemos oportuno detenernos en una afirmación que realiza la STC de 28 de marzo de 2011. En relación a estas prescripciones legales (obtención del consentimiento previa información, constancia por escrito en algunos casos...), no sólo las concibe, de modo unilateral, como una garantía para que no quede vulnerada la integridad física de los pacientes. Entiende, asimismo, que con su observancia queda reforzada la posición de los médicos. Y dice así: *«en todas estas normas, sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que básicamente, reflejan una doble garantía para aquél y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se*

²⁴ Esta STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37), remitiéndose a otros pronunciamientos anteriores, recuerda, empero, que aunque el recurso de amparo no tiene carácter puramente cautelar, ello no impide solicitarlo cuando el acto público es conminatorio y no se ha ejecutado, porque se trata de preservar la eficacia de un derecho fundamental. *«Estos derechos, destinados a proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207], F. 2), “han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”, orientada a su plena efectividad, razón por la que “se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (STC 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119], F. 5). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre [RTC 2002, 221])».*

²⁵ El carácter personalísimo del consentimiento que se emite en estos casos exigía para los penalistas abandonar la tesis del consentimiento presunto y sustituirla por atender a un estado de necesidad que legitimara la intervención del médico que no contó con la anuencia del paciente. JORGE BARREIRO, A. (1990), *La imprudencia...*, ob. cit., pág. 103.

²⁶ ROMEO CASABONA, C. M. (1981), *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Barcelona, Bosch, págs. 366-367.

desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho. Así pues, desde la perspectiva de los facultativos, esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional».

Es interesante, por tanto, que la cuestión se contemple en estas dos direcciones. Porque se debía encontrar un punto de equilibrio entre dos posiciones que han sido extremas y, por ende, indeseables y que describía gráficamente De Ángel: médicos cegados por la soberbia que consideraban que ninguna explicación habían de rendir ante ignorantes que tan sólo debían confiarse a ellos, y también, justo es reconocerlo, pacientes que necesitaban culpar a alguien cuando se negaban a aceptar la fatalidad²⁷.

Y por esa compensación apuesta la STC de 28 de marzo de 2011. Especificando que si el consentimiento informado constituye una garantía para el paciente, ello se compatibiliza perfectamente con la asignación de una segunda función: asegurando la indemnidad a aquellos médicos que demuestren que se ciñeron a lo preceptuado por la ley y acataron sus mandatos.

La jurisprudencia reaccionó, como no podía ser menos, contra una medicina defensiva que alimentaba constantes abusos. El temor a que se formularan reclamaciones llevó a muchos médicos incluso al extremo de falsificar la firma de algunos de sus pacientes al pie de formularios en los que se aceptaba, mediante el empleo de un clausulado estandarizado, haber recibido información sobre su padecimiento²⁸.

La creciente obsesión que se apoderaba de los médicos por autoprotegerse les llevaba a incluir cláusulas de exoneración de responsa-

²⁷ De Ángel Yague acusa una tendencia, fruto de la educación que recibimos actualmente, a culpar a otro de los males que nos afligen. «*Trasladar a otro la causa de las adversidades que la vida depara —asegura— es siempre para el hombre una gran tentación*». Que encuentra el terreno abonado en la despersonalización hospitalaria que describe este autor, donde ni elegimos al médico ni nos quedamos con los nombres de cuantos llegan a atendernos al cabo del día. Así, diría este autor que «*tan “anónimo” como el paciente es, en ocasiones, el propio profesional para el enfermo*». DE ÁNGEL YAGUE, R. (1993), «La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias. Actas del II Congreso «Derecho y Salud*», organizado por la Asociación Juristas de la Salud, Granada, noviembre, pág. 39.

²⁸ En su desesperación, y ante la imposibilidad de demostrar que se expusieron ante el paciente ciertos extremos sobre los que ineludiblemente se tendría que haber instruido a aquél, hubo quien llegó a fingir, patéticamente, que la documentación obraba en poder de quien contrató sus servicios y que, tras la intervención, fue el demandante quien se negó a aportarla (SAP Barcelona de 13 de marzo de 2007, AC 2007/732).

bilidad por negligencias médicas en los documentos que presentan a la firma del paciente. En este clima, los médicos optaron por extremar las precauciones y exigir del paciente una renuncia a reclamar incluso cuando le asistía todo el derecho a encausar al facultativo. Algunos, que no habían llegado a utilizar aún esas armas, intentaron defenderse cuando les fueron exigidas responsabilidades aduciendo que en todo momento respetaron el derecho del paciente a ser informado. Los tribunales, entonces, aprovecharon para recordar que informar al paciente no equivale a quedar exonerado si en el plano técnico se incurre en una negligencia. Son dos caras de la misma moneda. Se responde por daño moral, si no se informó, aunque no exista negligencia en el plano técnico²⁹. Pero si se incurre en aquélla, por más que efectivamente se advirtiera de los riesgos, no se va a pretender una exención al amparo de que se ha rellenado o cumplimentado un requisito exigible, en otro plano, ajeno, esta vez, a la pericia del acto médico³⁰.

Ahora bien, al recaer sobre el médico la carga de la prueba, cuando aquél acredita que informó cumplidamente al paciente y que ha respetado fielmente sus instrucciones, ha de encontrar en ello la «garan-

²⁹ La SAP Castellón de 20 de julio de 2009 (AC 2009/1889) resume así los efectos que se derivarán del incumplimiento del deber de informar al paciente: *«La ausencia o deficiencia del consentimiento informado per se constituye título suficiente de imputación de responsabilidad, al lesionar y restringir el poder de la persona de autodeterminación, derivado del libre desarrollo de la personalidad.*

En ocasiones la condena del médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales, sino por falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico. Los Tribunales puntualizan que la mera prestación formal del consentimiento por parte del paciente no supone que éste hubiera sido informado suficientemente de las consecuencias derivadas de la intervención, así como de las posibles complicaciones “normales” que podrían ocurrir durante ella y con posterioridad a la misma; por lo que se hace posible la condena del médico por un defecto de información, a pesar de que su actuación profesional haya sido técnicamente irreprochable».

³⁰ STS, Sala 3.^a, de 7 de junio de 2001 (RJ 2001/4198): *«La Doctrina de esta Sala, entre otras Sentencias de 3 (RJ 2000, 8616) y 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9370), precisa que: “El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la ‘lex artis ad hoc’ o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”».*

ta de su propia actuación profesional», como ahora, en justicia, reconoce el Tribunal Constitucional. Por más que, con posterioridad, quienes contratan sus servicios se rebelen contra lo que les ha deparado el destino y traten de culpabilizar, absurdamente, a quien se limitó a llevar a la práctica el esquema que ellos trazaron.

Abundando en esta idea tendremos que puntualizar, en primer lugar, que para acertar en el diagnóstico y tratamiento de una enfermedad se requiere también la colaboración del paciente. La STS, Sala 1.^a, de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/3384) niega que pueda ponerse a cargo del facultativo otra prueba que no sea la que resulta de un documento que no ofrecía la menor complejidad para el paciente, que captó plenamente su contenido. Otra cosa es que aquél no siguiera, como era debido, las instrucciones del médico a lo largo de la convalecencia y quisiera después culparle, nada menos, que de los daños que se derivaron por haber desobedecido sus órdenes. Aunque no se recogían en el documento los riesgos personalizados, el Tribunal objeta que, constituyendo genéricamente el objeto de la reclamación la «falta de información», no puede entrarse en cómo ha influido en el daño un riesgo en particular. Pero aclara, además, reforzando la posición del médico, lo siguiente: *«una cosa son los riesgos específicos o personalizados del paciente, que son aquellos que sufre por sus características personales, y otra distinta la evolución de la enfermedad debido a sus características. Lo cierto es que las complicaciones sufridas estaban debidamente informadas y son las mismas que se pueden producir en cualquiera y, además, nada tienen que ver con su situación a la que se llegó a partir de una praxis médica correcta y de la influencia que en el caso tuvo un apoyo prematuro de la pierna por la desatención de las indicaciones recibidas tras del alta hospitalaria sobre deambulación, así por el comportamiento del propio paciente “que se levantaba y se iba al baño andando, obligando a recolocar la tracción y que seguía fumando y haciendo lo que quería”, conforme a la valoración de la prueba contenida en la sentencia del Juzgado, no desmentida en la de la Audiencia, lo que nada tiene que ver ni con la operación ni con el tratamiento que fue correcto, por lo que resulta civilmente intrascendente puesto que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SSTS, entre otras, 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396); 14 de mayo (RJ 2008, 3072) y 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789)), por cuanto los daños por los que reclama constan en dicho consentimiento y fueron aceptados por el mismo»*.

A mayor abundamiento, si el paciente no confesó graves antecedentes familiares relacionados con su dolencia u ocultó episodios presentados desde la infancia que guardaban conexión con aquéllas, «*la labor de investigación de los médicos no puede ir más allá de lo que el propio paciente quiere o manifiesta al médico*» (SAP Barcelona de 19 de diciembre de 2006, AC/2007/883). Al médico le interesará sobremanera, entonces, que quede constancia de cuáles fueron aquellas revelaciones sobre las que basó el diagnóstico, puesto que estaban sesgadas. Que el paciente era consciente de la gravedad de su mal lo coligió aquella sentencia barcelonesa de otros hechos (otorgar testamento inmediatamente, etc.). Mas ninguna responsabilidad cabría exigir a un profesional cuando se le escatiman, deliberadamente, los cimientos sobre los que ha de basar toda su actuación (diagnóstico, información, etc.). A los médicos «*no les corresponde indagar y han de presumir que son verdad las manifestaciones del paciente, so pena de incurrir en exceso de celo, salvo en supuestos excepcionales porque afectarían a la intimidad de las personas*» (SAP Barcelona de 19 de diciembre de 2006, AC/2007/883).

Y si al médico no le corresponde indagar, en el aspecto científico, para cerciorarse de que se ajusta a la verdad cuanto le quiere revelar el paciente acerca de sus antecedentes médicos, mucho menos le incumbe escudriñar en las conciencias ajenas y forzar, mediante presunciones, el curso de los acontecimientos. Cuando queda constancia de que se transmitieron de forma comprensible cuantos datos tenían derecho a conocer sus pacientes, y de que éstos obraron en consecuencia, el profesional ha de tener la garantía de que si amolda su conducta a la opción que han tomado aquéllos (la compartan o no en su fuero interno) será tutelado por nuestros jueces. Sustentar otra cosa es, para la STS, Sala 1.^a, de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011/938), «*convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada*». Indudablemente, porque los médicos nunca tendrían la certeza de estar obrando dentro de los márgenes de la legalidad: se les podría demandar por respetar la autodeterminación del paciente y justamente por lo contrario, a gusto y conveniencia de quien contrató sus servicios. Siempre tendrían las manos atadas. Insistimos, si queremos ser fieles a la doctrina del máximo intérprete de la Constitución, también el médico que ilustró a su paciente, y detalló cuantos extremos tenía que conocer, ha de tener la seguridad de que obtendrá la tutela del ordenamiento cuando se ha limitado a respetar la determinación de quien le contrató.

Aquella STS, Sala 1.^a, de 11 febrero de 2011 (RJ 2011/938), que nos llamaba la atención singularmente sobre la «trampa» en que quedarían atrapados los médicos si no tuvieran dicha seguridad tras observar la ley, resolvió en caso singular. El propósito de la actora había sido quedar estéril tras el alumbramiento proyectado. Embarazada de gemelos, expresó, sin más, su deseo de evitar futuras gestaciones. A tal efecto consintió verbalmente y por escrito una ligadura de trompas, que habría de ser realizada aprovechando la cesárea que se le practicaría. Los problemas surgieron al fallecer, en el curso de aquélla, una de las gemelas. Se adujo, entonces, por la demandante que ante un hecho de esa envergadura debió suspenderse la esterilización y consultar a sus familiares sobre la procedencia de dar curso a lo originariamente preceptuado por ella. En último extremo, se objetaba, la doctora incluso podría haber aguardado a su recuperación para, a la vista de los acontecimientos sobrevenidos, invitarla a reconsiderar su posición.

Sorprendentemente, la propia mujer demanda porque se ha dado cumplimiento a su voluntad, esto es, porque escrupulosamente se han seguido sus instrucciones, y no, como de ordinario ocurre, porque el médico hiciera caso omiso de las mismas.

Con independencia de que la ginecóloga nada pudo reconsiderar, pues el fallecimiento de una de las gemelas se le comunicó una vez consumada la ligadura, la argumentación del Tribunal, contraria a que la doctora debiera entrar en elucubraciones sobre lo que sería mejor o más deseable para la parturienta, es impecable. Si los términos fueron suficientemente claros, y se trataba de una autorización vigente..., ¿por qué forzar las cosas acudiendo a terceros (los familiares, el propio médico...) para que se representasen hipotéticamente qué hubiera querido la declarante y suplantasen, por esta vía, su verdadera voluntad? El consentimiento para la ligadura de trompas no estaba condicionado, en modo alguno, a alcanzar una determinada cifra de descendientes. Por tanto, no había de paralizarse todo el proceso obligando a una mujer a reconsiderar, tras la cesárea, lo que ya tenía absolutamente claro desde un primer momento: que no deseaba un nuevo embarazo, independientemente del número de hijos que llegara a tener. La responsabilidad habría surgido para la ginecóloga, entendemos, de haber obrado de otro modo y requerido el parecer de aquellos familiares. Porque, finalmente y a través de esta vía, prevalecería el criterio de éstos sobre lo que quería la titular del derecho. *Mas si el consentimiento ha sido expresado con la suficiente claridad y no ha sido revocado, actúa lícitamente quien se ciñe a sus términos, sin pretender ver ambigüedades donde éstas no existen. Y entonces captamos esa dualidad que implan-*

ta la STC de 28 de marzo de 2011 al concebirlo como una garantía también para el profesional. El consentimiento informado asegura, evidentemente, el respeto de los derechos de los pacientes (art. 15 CE). No es un formalismo, un mero trámite al servicio de la medicina defensiva vacío de contenido³¹. Los pacientes tienen derecho a ser tutelados cuando firmaron documentos genéricos que no guardaban correspondencia con sus intervenciones, o cuando éstas no fueron precedidas de información alguna³².

Ahora bien, si expresamos nuestros deseos claramente sobre el particular, tampoco es justo responsabilizar al médico cuando las cosas se tuercen, falseando, acto seguido, el sentido de nuestra decisión. La ginecóloga no se planteó interrogantes, ni tenía por qué hacerlo, acerca de qué llevaba a su paciente a rechazar una nueva maternidad. Su cometido se limitaba a apartar a la mujer de algo que para ella era enojoso, y así lo hizo, sin requerir aclaraciones sobre intimidades que no le concernían. Efectivamente, la responsabilidad habría surgido para ella de haber impuesto a la mujer el sacrificio de someterse a una segunda intervención quirúrgica, bajo anestesia, y a un postoperatorio, desaprovechando la coyuntura que se le presentaba a su paciente con la práctica de una cesárea, que ésta proyectó aplicar a sus fines. En este sentido, es oportuno traer a colación las declaraciones hechas por el Alto Tribunal en la conocida STS, Sala 1.ª, de 29 de junio de 2007 (RJ

³¹ Si es una garantía al servicio de un derecho fundamental, como propugna el Tribunal Constitucional, tendrá que expresarse cuál es el contenido esencial que ha de ser respetado y que se desconoce con interpretaciones contrarias a la autodeterminación de los pacientes [detalladamente, en ROVIRA, A. (2007), *Autonomía...*, ob. cit., especialmente en págs. 112-113]. Para Jiménez Blanco, derechos fundamentales y garantías institucionales no son categorías antitéticas, pues, en numerosos casos, los primeros constituyen las segundas. Pero la garantía es desconocida «cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución, para convertirla en un simple nombre». JIMÉNEZ BLANCO, A. (1991), «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría (II)*, Madrid, Cívitas, págs. 639 y 643, respectivamente. Baño León, en un estudio que se considera ya un clásico, exponía que los derechos habrían de ir acompañados de las garantías correspondientes si se quería velar por su efectividad. Y menciona que cuando el legislador «asegura procedimientos de garantía del particular frente a la Administración pública y otros particulares, estará inevitablemente dotando de contenido a un derecho fundamental». BAÑO LEÓN, J. M. (1988), «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, pág. 163.

³² Lo que explica que no pueda ser indicio de que se autorizara informadamente una intervención quirúrgica el solo hecho de que sí se hayan consentido las pruebas relacionadas con la anestesia, ya que los formularios han de ser específicos y no genéricos. Y los riesgos que entraña cada una de esas pruebas son distintos.

2007/3871). En ese caso singular, se llega a la conclusión de que la actora habría escogido ese mismo método de esterilización incluso de ser informada del riesgo de un nuevo embarazo, no sólo porque era el que presentaba menor índice de riesgo, sino porque *«quien no desea tener más hijos puede no querer ser sometido a una intervención quirúrgica y preferir otros métodos menos seguros pero no necesitados de dicha actuación. Pero la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización. Por el contrario, la solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser también mediante cesárea, en cuyo curso podía practicarse también la intervención, sin necesidad, por tanto, de un sufrimiento adicional»*. En nuestro caso era palmario que a la mujer se le brindaba una ocasión que le ahorra estos padecimientos añadidos, y así se lo indicó a la profesional que la atendió. Las nuevas circunstancias estaban desconectadas de esa autorización, que no se condicionó a evento alguno ni debían influir en aquélla. No es equiparable, por tanto, al problema que se genera con las denominadas «ampliaciones de consentimiento»³³.

Y, por ello, creemos acertada la visión del Tribunal en la STS, Sala 1.^a, de 11 febrero de 2011 (RJ 2011/938). Dar la razón a la madre que pierde a una de las gemelas y demanda a la ginecóloga hubiera sido, como ocurre en todos los casos de consentimiento presunto, amparar convicciones férreamente arraigadas que se quieren imponer a todos los individuos, aunque éstos disientan. Pero en la STEDH de 29 de

³³ Sobre las ampliaciones de consentimiento como vulneración de la libre autodeterminación del ser humano debe consultarse ROMEO CASABONA, C. M. (1981), *El médico..., ob. cit.*, págs. 109 y 110. Este autor analiza el problema pormenorizadamente, recordando las susceptibilidades que suscitaba en la Alemania de los años cincuenta, por razones obvias, el respeto a la integridad de los pacientes y citando precedentes jurisprudenciales alemanes. Por su interés, reproducimos algunas reflexiones de la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 28 de noviembre de 1957, en la que se recuerda que *«nadie puede convertirse en juez sobre la cuestión de estar dispuesto en cualquier circunstancia a sacrificar la integridad corporal de otro, aun razonablemente, para devolver con ello la salud. Estos principios obligan a los médicos. Verdaderamente es derecho primordial y deber especial de éste curar a la persona enferma de sus males conforme a sus posibilidades. Pero este derecho y deber tiene sus límites en el derecho fundamental del ser humano sobre su cuerpo. Sería una intervención jurídica en la libertad y dignidad de la persona humana el que un médico —aunque por razones médicas justificadas— realice arbitraria y justificadamente una operación de graves consecuencias sin consentimiento del enfermo, cuya opinión pudo ser obtenida a tiempo. Pues incluso un enfermo en peligro de muerte puede tener razones fundadas y respetables, no sólo de carácter personal, para rechazar una operación, aunque sólo a través de ésta pueda ser liberado de su enfermedad»*. ROMEO CASABONA, C. M. (1981), *El médico..., ob. cit.*, pág. 110.

abril de 2002 (TEDH 2002/23), en el caso *Pretty c. Reino Unido*, se dejó sentado que «*la facultad de cada uno de llevar su vida como le parezca puede también incluir la posibilidad de entregarse a actividades consideradas física o moralmente perjudiciales o peligrosas para su persona*». La ginecóloga no se cuestionó la adecuación moral o social, diríamos más bien en este caso, de la iniciativa de su paciente. Se atiene a lo programado sin entrar en disquisiciones que no le conciernen³⁴. Respeta que, lejos del tópico, la maternidad no sea la única forma que tenga una mujer de realizarse, y que quizá no sea deseada con la misma intensidad por todas. No le resulta inconcebible que se aplaque esta decisión, se pongan ciertos límites o se renuncie, sin más, a la misma. Habrá mujeres que se contentarán con un solo hijo y no desearán más. Y los motivos por los que no quieran un nuevo embarazo podrán ser incomprensibles para el médico y para sus familiares —como lo era la negativa a las transfusiones de los Testigos de Jehová—, pero son perfectamente respetables, porque son su integridad física y su salud las que se hallan en juego. Amén de otros bienes que también primarán en esas determinaciones que inciden en su vida íntima (miedo a perder el trabajo si queda de nuevo embarazada, graves problemas de salud incompatibles con un nuevo estado de gravidez, dificultades económicas que le impiden criar a sus hijos con la holgura deseada, pánico a que sus hijos experimenten penurias). También puede ocurrir, simple y llanamente, que una mujer no sienta especial vocación por la maternidad —si se nos permite desmitificar estas cuestiones y nombrar aspectos que se consideran tabúes— y haya tenido este hijo —primero y último que quiere tener— para complacer a su pareja. Ni el médico ni los allegados son quienes para convertirnos a la fuerza en lo que no deseamos ser, imponiéndonos principios o verdades que se aceptan comúnmente y que son políticamente correctos, quién lo duda, pero que no son nuestras verdades³⁵.

Sin embargo, al ginecólogo de la sentencia que citaremos a continuación, para contrastarla con ésta, la vida le parecía un valor supremo que no debía peligrar por aquello que, en su fuero interno, debió

³⁴ La opción por «*ideas estúpidas, no razonables o incluso absurdas*» es demostrativa, dirá Tomás y Valiente, del «*interés del paciente por dirigir el curso de su propia vida*». TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C. (1999), *La disponibilidad de la propia vida para el Derecho Penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 205.

³⁵ Naturalmente, se excluyen casos en los que esté comprometido el orden público o se pretenda la colaboración de un tercero para un fin delictivo, como la cooperación activa al suicidio. Nos referimos en el texto a que, siendo legítimo el fin propuesto y los medios para alcanzarlo, formar parte de una minoría no nos debe conducir, en la práctica, a ser ignorados completamente, desde el paternalismo.

estimar un desatino de su paciente, que se encargó de anular por otros cauces. Practica una ligadura de trompas contra la expresa voluntad de la mujer. Producido un fuerte desgarro uterino, al asistirle en un parto por cesárea, el médico consultó al marido acerca de la conveniencia de someterla a la salpinguectomía. El marido consintió y, como consecuencia de lo anterior, la mujer devino estéril de manera irreversible, deteriorándose la relación entre ambos cónyuges y afectando el estado de tristeza e irritabilidad en que se vio sumida la actora a sus relaciones laborales. La STS, Sala 1.^a, de 25 de mayo de 1995 distingue nítidamente entre un riesgo urgente y otro que es futuro, sin más. Existirá urgencia cuando la decisión no pueda ser aplazada sin peligro de fallecimiento o de que se ocasionen lesiones irreversibles. Mas no es predicable aquélla cuando sólo media el deseo de preservar a la actora de peligros que acaso surgirían en lo venidero pero que no le acucian en el instante presente. El riesgo al que quedaba expuesta la paciente revestía cierta gravedad, indudablemente: quedarse de nuevo embarazada, dadas las complicaciones físicas y los antecedentes que arrastraba, no era aconsejable. Pero no se apreciaba de la nota de la inminencia, con lo que no correspondía trasladar la toma de decisión alguna a terceros³⁶. Habida consideración de que estábamos ante bienes íntimamente ligados a la personalidad y de que la actora ya dejó constancia, antes de ser sometida a la cesárea, de su oposición a cualquier manipulación que la dejase estéril, privar a aquélla arbitrariamente de su capacidad reproductiva, presentando dicho resultado como un hecho consumado, constituyó un atentado contra su integridad física. Y de ninguna manera quedaba justificada esa actuación escudándose en la decisión de un marido al que ningún protagonismo le correspondía asumir en esta ocasión.

El problema estriba en que los familiares deberían ser estrictamente instrumentos transmisores de unos datos que permitieran formar un juicio sobre lo realmente querido por un paciente imposibilitado para expresarse³⁷. Cuando lo cierto es que la familia, en los supuestos en los

³⁶ Véase la crítica que realiza Gavidia en su comentario a la manera de conducirse del médico. GAVIDIA SÁNCHEZ, J (1995), «Comentario a la STS de 25 de mayo de 1995», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 39, pág. 1070.

³⁷ Por ejemplo, en la STS, Sala 2.^a, de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995/7910), que condena al médico por practicar una ligadura de trompas sin consentimiento de la mujer, se reprocha que ni siquiera fueron consultados los familiares *para conocer qué hubiera deseado aquélla*. Esto es, no se confía a los criterios de los allegados la conveniencia de llevar a cabo la operación, sino que se les considera un vehículo para indagar en el código de conducta de quien no estaba en condiciones de expresarse y representarse, así, una voluntad hipotética de la mujer. Mantuvo entonces el Alto Tribunal: «*Resta por analizar,*

que el interesado no estaba en condiciones de resolver, aprovechaba para imponer realmente una pauta de actuación que se desviaba de lo que aquél hubiera querido para sí³⁸.

Se diría que a esta mujer se le convierte en estéril «por su bien», contrariando las órdenes dadas por ella. «Se le enmienda la plana», si se nos permite la expresión, entendiendo que su vida no debía ponerse en peligro, en lo venidero, por un deseo que el médico debió juzgar pueril o, todo lo más, un sinsentido, como ya expresamos en otro lugar³⁹. En el caso de los Testigos de Jehová, los médicos acudían a los jueces para que autorizaran transfusiones sanguíneas a las que el paciente no se deseaba plegar⁴⁰. Ahora tenemos a un médico que recurre

por último, si en el presente caso el acusado pudo haber actuado con el “consentimiento presunto” de la interesada. Mas debe reconocerse que el Doctor C. decidió personalmente la intervención de ligadura de trompas sin consultar siquiera el parecer de los familiares o personas allegadas de la mujer que pudieran acompañarla en aquellos momentos, según práctica inveterada en estos supuestos, como medio de poder conocer lo que, según tales personas conocedoras de la forma de pensar y de actuar de la interesada, ésta hubiera podido decidir de estar en condiciones para ello. No consta tampoco que la propia interesada hubiera podido manifestar al acusado su voluntad al respecto a lo largo del período de su embarazo, durante el que fue atendida por el mismo». Negándose que pudiera acogerse a la eximente del art. 8.11 del Código Penal por cuanto actuó «sin existir riesgo urgente para la vida o la integridad física de la misma, sin contar con el previo consentimiento de la interesada, y sin consultar sobre el particular al parecer de los familiares o allegados de la misma que en aquellos momentos pudieran acompañarla, no responde al ejercicio legítimo de su profesión médica. Se opone a ello una inveterada costumbre de consultar a tales personas, como conocedoras de la personalidad de la interesada, de su forma de pensar y de actuar, con el propósito de conocer lo que “normalmente” podría decidir ella, si estuviera en condiciones de decidir sobre el particular, para lo que, sin la menor duda, no estaría condicionada por el carácter más o menos correcto de la intervención médica de que se trate. La persona es libre de decidir más allá de lo que, desde el punto de vista estrictamente médico, pudiera ser conveniente o aconsejable».

³⁸ Denuncia que formula López Borja Quiroga, que recuerda que los familiares no son titulares del bien jurídico y acusa que por la vía del consentimiento presunto se asiste, realmente, a esa «desposesión» en la práctica. LÓPEZ BORJA QUIROGA, J. (1994), «El consentimiento informado», en A. Jorge Barreiro y D. Gracia Guillén (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, pág. 298.

³⁹ Por más que el paciente haya expuesto sus preferencias, el médico impone, actuando desde el paternalismo, «una configuración tradicional del bienestar», dirá Tomás y Valiente. Se impone un tratamiento que contradice los deseos ya expresados de un paciente maduro «como manifestación de la idea de que permanecer vivo o sano es beneficioso en sí mismo». TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C. (1999), *La disponibilidad...*, ob. cit., pág. 37.

⁴⁰ En SAP Tarragona de 10 de mayo de 2012 (JUR 2012/237632) no existe vulneración del consentimiento informado, puesto que a la recurrente se le expuso que era probable que tuviera que ser sometida a una transfusión si era intervenida. Tras expresar su rechazo a aquélla, por ser contraria a sus convicciones religiosas, el juez no respaldó dicha decisión, lo que llevaría a la paciente a solicitar el alta voluntaria. No sin formular su deseo, mediante la interposición del recurso que finalmente prospera, de que constase

al marido para salvar su responsabilidad e imponer indirectamente su criterio, que juzga más certero que la «insensatez» de una mujer que se obstina en quedar expuesta a encontrar la muerte antes que quedar estéril en plena juventud. En ambos casos se atenta contra la integridad física, comprometiendo la autodeterminación y dignidad del paciente, y se actúa desde el paternalismo. Como gráficamente ha dicho Cantero, ello equivale a decir «consentimiento sí, pero sólo en los casos en los que no peligre la vida del enfermo y su voluntad coincida con la del médico que le atiende»⁴¹. Acusamos entonces esa peligrosa «tendencia a disfrazar como cuestiones de incompetencia lo que pueden no ser más que divergencias respecto a juicios de valor», denunciada por Tomás y Valiente. Impulso que lleva, desde el paternalismo duro o fuerte, a proteger a individuos plenamente capaces de las consecuencias dañosas de decisiones que adoptaron voluntariamente, apartándose de lo políticamente correcto o de lo que comúnmente se acepta⁴².

Esta visión de las cosas nos coloca en las antípodas de lo que patrocinaba la STEDH de 29 de abril de 2002 (2002/23), en el caso *Pretty c. Reino Unido*: «En materia médica, el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegi-

que, al menos nominalmente, se habían conculcado sus derechos. El Tribunal así lo entiende, desde el convencimiento de que no se da aquí una posición de garante que imponga restricción alguna que la paciente haya de soportar a la hora de actuar conforme a sus más íntimas convicciones. Se llega a la conclusión de que «el juez de instancia tomó una decisión con finalidades indiscutiblemente benéficas pero con un sesgo paternalista que no resulta compatible con el valor de la autonomía personal y del libre desarrollo de la personalidad que se sitúan como guías de interpretación y aplicación de los derechos a la vida, la integridad corporal y, desde luego, la libertad ideológica y religiosa que garantizan nuestra Constitución y los Tratados internacionales.

La cuestión no residía, en el caso, en hacer prevalecer el derecho a la vida sino valorar, ponderando, si Doña Tarsila ejercía con adecuada y suficiente competencia su derecho a vivir según sus convicciones y, en esa medida, de asumir de forma responsable las consecuencias de su opción.

Es cierto, desde luego, que el derecho a la vida comporta una excepcional carga reactiva de protección. El Estado tiene la obligación de proteger de forma activa y eficaz el derecho troncal, presupuesto de ejercicio de los demás derechos, pero no siempre y bajo cualquier circunstancia en contra de la voluntad de la persona».

⁴¹ Lo refiere al caso de los Testigos de Jehová, pero es plenamente aplicable a éste, por cuanto se rechaza de plano el consentimiento presunto en el ámbito médico, denunciando los prejuicios que encierra y que podrían llevar al desprecio, desde el paternalismo, de otros proyectos individuales como el de esta mujer. CANTERO MARTÍNEZ, J. (2005), *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, Editorial Bomarzo, pág. 47.

⁴² TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C. (1999), *La disponibilidad...*, ob. cit., págs. 25-26.

dos por el artículo 8.1 del Convenio». Pensamiento que ha hecho suyo, finalmente, la STC de 28 de marzo de 2011. Siguiendo los pasos de este precedente anglosajón, llega a patrocinar que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal».

IV. ¿SE ARREBATABA EL PROTAGONISMO A LOS PACIENTES DESDE PRESUNCIONES CIMENTADAS EN ADELANTOS CIENTÍFICOS?

La STC de 28 de marzo de 2011 consideró violado el derecho a la integridad física del recurrente basándose en que una hipotética reconstrucción acerca de cuál hubiera sido la voluntad de aquél no amparaba la conducta del profesional ni le relevaba de su obligación de informar para obtener el preceptivo consentimiento.

Expresivamente, se suele decir en nuestros tribunales que *«cuando el facultativo nada informa, el paciente nada asume, puesto que aquél le hace representarse un horizonte sin peligro. En este caso, no se daría en rigor aquella “colaboración”, de suerte que la asunción de riesgos ya no es compartida, sino unilateral y exclusiva del médico. Y si él ha creado y puesto en marcha el proceso generador del riesgo, debe hacer suyas las consecuencias de las que, siendo previsibles se vinculan a la acción médica, intervención quirúrgica, que lo generó, y que sólo el facultativo decide»*⁴³.

⁴³ SSAP Madrid de 30 de septiembre de 2004 (AC 2004/1923) y de 9 de febrero de 2004 (JUR 2004/250635), recogiendo formulaciones de la SAP Pontevedra de 15 de octubre de 2001, que ésta reitera en SAP Pontevedra de 31 de diciembre 2002 (AC 2002/2302).

Téngase en cuenta que aunque se haya informado sobre otros riesgos, si se omitieron los personalizados, éstos no han sido asumidos por el paciente y habría incumplimiento de la obligación de informar. No se presta un consentimiento «*de forma libre, con conocimiento de las circunstancias concurrentes en orden a la patología y riesgos concretos*»⁴⁴.

El resultado lesivo ha de imputarse, naturalmente, a quien ha creado ese riesgo prescindiendo gratuitamente de ceñirse a los dictados de un paciente al que ha ignorado por completo. Cuando el médico guarda un mutismo absoluto sobre riesgos previsibles de un acto médico, su materialización devendría daño antijurídico. Lo explica a la perfección la STSJ Galicia de 13 de octubre de 2004 (RJCA 2005/557): «*la ausencia del consentimiento informado supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso del paciente, que no ha consentido, previa advertencia informada, al médico o a la Administración sanitaria, pues la lesión causada por dicho riesgo previsible deviene en antijurídica, ya que por no haber mediado la debida, completa y suficiente información, el paciente no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo éste uno de los casos en que la jurisprudencia Contencioso-Administrativa (por todas, sentencia TS de 4 de abril de 2000 [RJ 2000, 3255]) declara, a efectos del resarcimiento, el valor autónomo del consentimiento informado como bien moral cuya infracción es de suyo resarcible*».

Mas ¿qué ocurriría si ningún resultado lesivo se anudara a esa intervención, aunque no se hubieran facilitado los datos que preceptivamente hubieron de ser puestos a disposición del paciente? La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 2011 (RJ 2011/3982), ha sostenido que «*la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil*». Doctrina ya mantenida en las SSTs de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/3071) y 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789)⁴⁵. Esta misma Sala, en STS de 21 de diciembre de 2007 (RJ

⁴⁴ Puede consultarse la SAP Orense de 11 de abril de 2012 (AC 2012/395), que aplica la doctrina de la STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012/166); la STS, Sala 1.^a, de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/396), o la STS, Sala 3.^a, de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/5152).

⁴⁵ En la STS, Sala 1.^a, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789) se entiende «*probado que la técnica reproductiva de la fecundación “in vitro” no se constituye, por sí misma, y en término epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preclamsia y/o síndrome de Hell en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa a efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos*».

2007/396), deduciría que *«siendo el daño presupuesto fundamental para la indemnización, sin él la omisión del deber de informar al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pudieran derivarse de la intervención, no pasa de ser una mera infracción de los deberes profesionales, sin otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil demandada»*.

La STS, Sala 3.^a, de 24 de julio de 2012 (RJ 2012/9131) especifica, en la misma dirección que se acaba de apuntar, que *«hay que tomar en consideración que no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad. Se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo con las actuaciones médicas realizadas sin el consentimiento informado»*. Otras sentencias ahondaron en un aspecto crucial: por más que la ausencia de consentimiento informado ya representase en sí misma una infracción de la *lex artis*, no podía llegarse al extremo de exigir responsabilidad a la Administración cuando se había logrado nada menos que la curación del paciente. Se reconoce que en casos como éste existirá responsabilidad administrativa por un acto ilegal, pero no un daño antijurídico generador de responsabilidad frente a los administrados. La STS, Sala 3.^a, de 10 de octubre de 2009 se centra en una amputación de dos pulgares necrosados realizada en una persona que presentaba quemaduras en el 22% de su cuerpo. Se reconoce que, a pesar de no haber consentido informadamente la intervención, la sanación del recurrente fue un logro merced a que dicha amputación tuvo lugar. Punto éste que merece especial valoración: *«Este extremo es importante porque, según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes sentencias de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6367). Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico»*.

previsibles asociados al tratamiento». Comentada por BELLO JANEIRO, D. (2009), «Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 80, págs 779 y ss.

La SAP Murcia de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2002/43287) —que, no obstante, negó que aquí pudiera operar la tesis del consentimiento presunto, por cuanto mantiene que el médico debió informar— expresaría su preocupación acerca de que realmente fueran situaciones absolutamente excepcionales, en las que el afectado estuviera privado de su poder de decisión, las que llevaran en el pasado a recurrir a aquellas presunciones. De otra manera, por esta vía, la autodeterminación de los pacientes pasaría a ser una quimera⁴⁶. Salvo que quisiéramos anular aquélla, habríamos de hacernos una representación mental acerca de qué decisión habría tomado el propio paciente en aquellos casos en los que no resultaba posible obtener su autorización —y no abstractamente considerada cualquier persona razonable, esto es, no debíamos guiarnos por un comportamiento extendido o estandarizado—. Nada garantizaba que, a la hora de regir su destino y decidir cuáles habrían de ser sus prioridades, la opción vital del paciente coincidiría con lo que el común de los mortales reputaría razonable, ni tenía por qué serlo. Las sendas que siguen otros ante encrucijadas que se presentan en la vida resultan incomprensibles para una mayoría que no comparte un mismo ideario, pero no por ello tienen que ser vallas, imponiendo forzosamente otros caminos, si en nada afecta a los demás.

Además, reconstruir hipotéticas voluntades del paciente entrañaba la contradicción, si bien se considera, de minimizar el papel que han de representar los riesgos personalizados y las contraindicaciones mencionados por la ley, así como la propia evolución de la personalidad del ser humano, más allá de una vertiente estrictamente somática. Esos riesgos personalizados y las contraindicaciones experimentan variacio-

⁴⁶ Se objetaba entonces: «*Y es lo cierto, que en el caso objeto de revisión en esta alzada, no aparece, en modo alguno acreditado, por quien incumbía hacerlo, es decir el recurrente Dr. M. V., la existencia y realidad de dicho consentimiento informado. No consta documento alguno que así lo justifique, y ni prueba de otra naturaleza que en su caso permita obtener la conclusión acerca de su existencia, excluyendo la alegación de la parte recurrente que tiende a presumir la concurrencia de tal información y posterior consentimiento, por el hecho de someterse el actor a la correspondiente intervención quirúrgica. Y ello porque tal hecho, a tenor de la relevancia e importancia que la ley y la jurisprudencia le atribuye, en modo alguno puede sustentarse en tan gratuitas e infundadas alegaciones, máxime cuando su trascendencia, como uno de los pilares básicos donde gira la actividad médica, exige la concurrencia de unos presupuestos y requisitos, que no admiten presunciones, sino claros y evidentes hechos. Ese denominado consentimiento presunto, reviste un carácter excepcional, aplicable sólo en determinados casos, como los de inconsciencia o extrema gravedad del paciente, en los que cabe presumir que de conocer todas las circunstancias y riesgos de la intervención médica hubiera consentido, lo que indudablemente no acontece en este caso*».

nes, además, en función del tiempo⁴⁷. Queremos decir con ello, que si en el pasado no existieron circunstancias que condicionaron las decisiones de los individuos, acaso en el presente el panorama haya cambiado por completo. Y lo mismo ocurre, en otro orden de cosas, con el modo de pensar o con los principios que han guiado nuestros actos.

En la STS, Sala 1.^a, de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397), el Tribunal desarrolla el argumento de que a pesar de que se llegó a emplear una técnica que no fue expresamente consentida por los padres de un menor, cabía entender que, de haber sido consultados, aquéllos no se hubieran opuesto a su aplicación, al ser la más avanzada que podía utilizarse en aquellos momentos. Se efectuó, entonces, una suerte de juicio hipotético acerca de cuál hubiera sido el proceder de los demandantes de haber recibido una información de la que carecieron en todo momento (FD 5.^o). Y se llega a la conclusión de que se hubiera terminado imponiendo, por su novedad, la técnica que finalmente aplicó el demandado y de la que se derivaron las secuelas, sin que se hubiera optado por otros procedimientos que habían devenido desfasados. Los padres consintieron informadamente para que intervinieran a su hijo, pero no para que le pusieran una lente. Sobrevino un daño desproporcionado y el menor perdió el ojo. No se generó responsabilidad al no existir relación de causalidad entre la implantación de lente intraocular y la infección determinante de la pérdida de la visión. Por otro lado, el juicio médico acogido por el juzgador *a quo* conceptúa la complicación de «causal», «poco frecuente», «excepcional» e «inevitable», cuya calificación excluye la apreciación no ya del «alto riesgo» a que se refiere el motivo, sino incluso del «riesgo real y efectivo» respecto del que resulta exigible informar. Pero lo que tiene interés para nosotros, en esta sentencia, es que *los médicos se escudaron en esos adelantos para eludir cualquier consulta a sus pacientes e imponer su parecer. Y el progreso no ha de ser el manto bajo el cual se cobije una actuación médica arbitraria ni la excusa para presumir una autorización que jamás llegó a recaer*. El médico impondría una técnica avanzada, dando por supuesto que los pacientes hubieran consentido, de to-

⁴⁷ Porque, como menciona Domínguez Luelmo, en esas contraindicaciones englobamos «no solamente al régimen de vida a seguir, precauciones o dieta del paciente, sino también a la administración de medicamentos». DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2003), *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 331. A medida que transcurre el tiempo, esos consejos o precauciones variarán: medicamentos para nuevas enfermedades padecidas que interaccionan con los que el médico, en principio, deseaba prescribir. Intervenciones que han de articularse de otra manera ante episodios sobrevenidos en la salud del paciente, como las pérdidas de conocimiento, que desaconsejan, por ejemplo, ser anestesiado totalmente, como lo fue, en cambio, en otras ocasiones...

dos modos, el empleo de la misma, por cuanto no era creíble — se aducía— que hubieran exigido que a su hijo se le aplicasen otras que ya habían devenido obsoletas⁴⁸. Se puso especial acento en que aplicar una técnica desfasada, superada ya en el momento de hacer uso de la misma por otras que salvaban sus inconvenientes, al tiempo que presentaban otras ventajas adicionales, hubiera representado una infracción de la *lex artis*. Pero lo que ahora nos preguntamos es si no se confunden dos temas distintos. Una cosa es que incurra en violación de la *lex artis* un profesional que no aplica métodos que se correspondan con el estado actual de la ciencia. Aquel que aconseje mal a los pacientes, sin exponerles la conveniencia de apostar por tratamientos novedosos, esto es, estancándose al prescribir sistemáticamente los que han sido ya más que perfeccionados. Y otra, muy distinta, que imponga los más modernos, sin más, eludiendo presentar ante el paciente otras alternativas que han sido de aplicación hasta el momento presente, pero que van perdiendo terreno a favor de nuevos tratamientos o intervenciones. Así lo dejan entrever algunos penalistas, luchando porque la reverencia hacia el progreso termine sirviendo de excusa, dramáticamente, para anular el derecho a la información y la autodeterminación de los pacientes⁴⁹. Lo mismo ocurre, entendemos, en el terreno de los medicamentos. A pesar de las ventajas que se asocian a una nueva fórmula para combatir ciertas enfermedades, los efectos secundarios que se derivarían para un individuo en particular la desaconsejarían en esa puntual ocasión. Si los tribunales se esfuerzan en recordarnos que de-

⁴⁸ Se argumentó entonces lo siguiente: «no cabe desconocer que estamos en el campo de la medicina curativa, y ante una situación de especial necesidad quirúrgica, respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse, máxime si se tiene en cuenta que, en el orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad, cabe presumir, dadas las circunstancias expuestas, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados».

⁴⁹ Por ejemplo, Jorge Barreiro cuando alerta de que «el punto de apoyo que pueda significar lo que se infiera del estado actual de la ciencia médica puede dejar en el olvido la relevancia del deber de información y el protagonismo del paciente en el ejercicio del derecho de autodeterminación». JORGE BARREIRO, A. (1990), *La imprudencia...*, ob. cit., pág 47. Aclaraba este penalista que actuar conforme al estado de la ciencia no equivale a seguir los dictados de una escuela determinada, naturalmente, pero sí a partir de la constante evolución de la Medicina. Y que para el caso de que sean varios los métodos o tendencias se han de efectuar comparaciones entre ellos. Y entonces realizaba aquella reflexión que estimamos vital para refrendar la tesis que defendemos en el texto: el progreso no es excusa para obviar el protagonismo del paciente. Desde nuestro punto de vista, entonces, éste no debería haber sido avasallado en el pasado por presunciones cimentadas en avances técnico-científicos que arrinconaran a los titulares de los derechos, dando el médico por supuesto que su decisión coincidiría con la que él tomaba sin consultarles.

bemos admitir un alea y obrar con humildad, aceptando que los médicos operan sobre materia viviente, esto es, sobre seres humanos cuya genética y morfología es cambiante, y que no pueden garantizar, por ello, que recuperaremos nuestra salud, al ignorarse cómo responderá cada ser humano en particular ante un tratamiento idéntico...⁵⁰, ¿no puede este razonamiento ser un arma de doble filo y volverse contra los facultativos? Aceptaremos, pues, que si cada ser humano está conformado de una manera distinta, nadie puede predecir qué hubiera decidido cada cual sin atender a las particulares circunstancias que rodean a su ser. Y mucho menos limitar sus posibilidades de actuación o sus derechos resolviendo por él.

Cualquiera podrá comprender que la técnica laparotómica es, en nuestros días, preferida por la mayoría de los pacientes, que no desean someterse a una intervención tradicional, mucho más cruenta. Este método es menos agresivo, requiere menos hospitalización y reduce considerablemente el tiempo de rehabilitación. El avance que ha supuesto en orden a la más pronta recuperación del paciente es otro de sus muchos atractivos. No obstante, presumir que en todo caso sería ésta la técnica elegida por cualquier persona de haber sido

⁵⁰ La STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/6460) insistirá, a la hora de distinguir entre obligaciones de medio y de resultado en el terreno de la responsabilidad médica, que, salvo raras ocasiones, nos hallaremos en las primeras, pues «*los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas*». Y sostiene, lo que se halla en estrecha relación con el tema que ahora tratamos, que «*lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (STS 12 de marzo 2008)*».

Nos consta que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados para referirse, respectivamente, al ejercicio de la actividad médica en el ámbito de la medicina necesaria y voluntaria ha sido superada por la jurisprudencia (SSTS de 30 de junio de 2009, RJ 2009/6460, y de 29 de junio de 2007, RJ 2007/3871), que prefiere concebir la responsabilidad del profesional como una obligación de medios, al no poder quedar garantizado un resultado concreto. El médico cumple, por tanto, con la realización diligente de la actividad concertada, aunque ésta no culmine con la curación del enfermo. Sin embargo, ello no impedirá tomar «*en consideración la existencia de un aseguramiento de un resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida*», como también conceden, entre otras, las SSTS, Sala 1.^a, de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8651) y 20 de noviembre de 2010 (RJ 2010/138).

consultada, para legitimar la actuación de un facultativo que se abstuvo de recabar el consentimiento, es incurrir en un error. Se ha de descender al caso concreto, valorando además, como decíamos, los riesgos personalizados que concurren en cada paciente. La sentencia que citamos a continuación avala lo que defendemos. La singularidad de cada paciente demandará, en ocasiones, soluciones tradicionales —obsoletas, si se quiere, pero preferibles para un individuo en particular— e impide acudir a presunciones ligadas a ponderar la bondad de adelantos científicos. Así lo entendería la SAP Madrid de 11 de noviembre de 2011 (AC 2011/2389). El médico no informa de riesgos típicos asociados a la laparoscopia que finalmente se experimentan por la paciente. Pero no es ésta la única deficiencia que se aprecia relacionada con el deber de información. Existía, asimismo, la obligación de instruir a aquélla acerca de que también contaba, como segunda alternativa, con la cirugía abierta, y de que con ésta se eludirían dichos riesgos, más habituales para quienes presentaban sus antecedentes⁵¹.

Resumiendo, se llega a reconocer que una técnica novedosa o adelanto científico que para un individuo es aconsejable, para otro agudiza sus trastornos o sería contraproducente: *«queda plenamente demostrado que para doña María Inés, la técnica de la laparoscopia suponía un riesgo mayor que para cualquier otro paciente, por causa de las adherencias abdominales que presentaba por anteriores intervenciones quirúrgicas. Y, pese a ello, no fue informada de la posibilidad de someterse a cirugía tradicional o laparotomía (directamente se decide la práctica de laparoscopia, y el consentimiento informado se reduce a la técnica laparoscópica), y tampoco se le informa sobre ese superior riesgo de sufrir determinadas complicaciones, entre ellas la que se produjo de perforación de recto»*.

De donde se infiere que *de la modernidad de un método* y del hecho de que, abstractamente considerado, haya supuesto un avance comparado con los que tradicionalmente se venían aplicando para tratar ciertas patologías *no puede derivarse su aplicación indiscriminada a todo tipo de pacientes y, por ende, la exculpación de los médicos que lo impusieron sin mediar consentimiento de aquéllos*, previa exposición de los riesgos a que quedaban expuestos. No reputamos inverosímil, por tan-

⁵¹ Se dijo entonces: *«En conclusión, se admite que la laparoscopia conlleva un porcentaje de riesgo superior en pacientes con adherencias por cirugías abdominales previas, siendo por tanto mayor la posibilidad de que se produzcan perforaciones intestinales, y sin embargo no se informó a la paciente de ese mayor riesgo, ni tampoco de la alternativa de someterse a la cirugía tradicional o laparotomía»*.

to, que alguien rechace lo que la mayoría prefiera⁵². Entendemos, y ahora lo acabamos de confirmar, que, de la mano de los riesgos personalizados, esta presunción de que siempre se abrazará lo que quiere el común de los mortales deviene absolutamente impracticable. ¿Cómo vamos a probar, con absoluta verosimilitud, que el paciente se hubiera sometido al mismo acto médico que no consintió? Decía Galán, con toda razón, que el conflicto residía en que existieran «*otras alternativas terapéuticas con menos riesgos que la realizada*»⁵³. Y el riesgo, como acabamos de ver, pudo no ser calibrado por el médico teniendo en cuenta las peculiaridades del paciente⁵⁴. Amén de que, al margen de los riesgos personalizados, también existen contraindicaciones varias, llamadas a incidir en el orden laboral, entre otros, y que le hubieran llevado, a buen seguro, a elegir otras soluciones que ya pasaron a ser minoritarias para quienes no están afectados por estos condicionantes.

Por ello, haberse sometido a un cateterismo once años atrás, como se sostiene ahora por el Tribunal Constitucional, no debe eximir al profesional de recabar un nuevo consentimiento tras exponer, en su caso, cuáles son los actuales riesgos o contraindicaciones que se manifiestan en el momento presente, y que no se identifican con los sopesados por el paciente tiempo ha. Ni siquiera venir manteniendo con un profesional una relación prolongada y haberse puesto en sus manos en otras ocasiones releva al primero del cumplimiento de esta obligación. En la SAP León de 7 de noviembre de 2007 (AC 2008/447), el odontólogo, que no pudo acreditar que informara sobre los riesgos que llegaron a materializarse, se aferraba a que «*había efectuado tratamientos idénticos al que da lugar al daño que se discute en la presente litis*». La Audiencia rechaza este argumento oponiendo que «*la circunstancia de que se hubieran practicado actos médicos similares al que nos ocupa en otras ocasiones no puede ser motivo que exima de solicitar el consentimiento informado, al tratarse de actos distintos y efectuados en tiempos diferentes*».

Cuando sea conveniente realizar otras pruebas, por demandarlo así una patología de carácter crónico, ha de solicitarse nuevamente la anuencia del paciente, acatando, en cada momento, los deberes infor-

⁵² Y en eso consistía ese «robo del protagonismo» mencionado por Jorge Barreiro que subrayábamos antes. En apartarnos de la masa, optando por lo que mejor nos convenga.

⁵³ GALÁN CORTÉS, J. C. (2001), *Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 224.

⁵⁴ Máxime cuando nos ha sorprendido comprobar, en algunas de las sentencias que hemos estudiado, que el médico decida sin consultar la historia clínica, por ejemplo. O sea, opta, sin más, por el tratamiento más extendido, pero no repara en peculiaridades que son cruciales para desaconsejarlo.

mativos. *«En tal forma —nos dice la SAP Castellón de 20 de julio de 2009 (AC 2009/1889)— que el consentimiento sea modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan tratamiento en distintas fases, con lo que se protege el derecho a la libertad del paciente. Se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único».*

Cerciorándose de que su interlocutor se halla en posesión de una licenciatura en Medicina, tampoco cuenta el médico con una base idónea para presumir que sería reiterativo exponer los datos antedichos, dándolos ya por sabidos. La STS, Sala 3.^a, de 3 de abril de 2012 (RJ 2012/5672) vierte consideraciones de interés sobre ello, al tiempo que insiste en que autorizaciones pretéritas no sirven de cobertura, ahora, a otras intervenciones para las que no fueron otorgadas. No justifican que se prescinda, en el presente, de solicitar aprobación para un acto médico concreto.

Lo que es incontestable es que el conocimiento sobre una realidad (saber qué es un cateterismo porque hace unos años nos practicaron uno) no ha de presuponer la aquiescencia sobre la práctica de otras incursiones del mismo signo. Quizá nuestras circunstancias hayan experimentado cambios sustanciales, si comparamos el contexto en que tuvo lugar la intervención a la que voluntariamente nos sometimos en el pasado y el que actualmente nos afecta: ocupaciones profesionales desempeñadas en el presente, que tendríamos que abandonar si no fuera satisfactorio el resultado de esta segunda intervención. Nuevas dolencias que han sobrevenido con posterioridad a la primera que consentimos. Tratamientos farmacológicos, ligados a otros males, que sumarían efectos secundarios indeseables de someternos ahora a una intervención de esas características, y que entonces no evaluamos por no presentar esas patologías cuando fuimos intervenidos... Ya partíamos de la mutabilidad de los riesgos personalizados y de las contraindicaciones. En síntesis: sabemos perfectamente en qué consiste el acto médico, pues es idéntico al que tendría que practicarse de nuevo (un nuevo cateterismo, otra operación en la rodilla...), pero su repercusión en nuestro organismo y la huella que dejará en nosotros serán distintas, porque también lo es el contexto en que se debiera tomar esa decisión. Nuestra vida, en este sentido, no es una foto fija.

Ahora, en esta STS, Sala 3.^a, de 3 de abril de 2012 (RJ 2012/5672) se exige una nueva información, a pesar de que estamos ante una segunda operación de cataratas, ponderando precisamente que los riesgos, alternativas y contraindicaciones que, al cabo de tres años, rodea-

rán a esta segunda operación no tienen por qué coincidir con los que caracterizaron a la primera. No ha de sacarse de contexto la autorización conferida en el pasado, trayéndola al instante presente, para no instruir al demandante sobre nuevas técnicas y riesgos de esta segunda operación. En la sentencia se deja cumplida constancia de los cambios que pueden haberse producido a lo largo de ese periodo y de cómo los mismos influirán notablemente en el ánimo del paciente. Éste decidirá, o no, asumir cuantas repercusiones tengan esos actos en su salud, a través de una labor informativa que desplegarán, en cada ocasión puntual, quienes le atienden. Se dijo entonces: *«La sentencia de instancia opone que previamente la recurrente se sometió a otra intervención de cataratas para la que sí dio el consentimiento y que el Informe de enfermería también constata la entrega de documentación a la paciente. Pero, evidentemente, no pueden tenerse por cumplidas las obligaciones material y formal (documentación) de un consentimiento tras la previa exposición de los riesgos de la intervención, teniendo en cuenta diversos factores como la evolución de la ciencia médica, la pérdida de visión constatada del ojo izquierdo por un desprendimiento, la relevancia de ese hecho, etc. Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatararse y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente, asegurando que el paciente comprende y asume no sólo la realización de la intervención sino también las diversas posibilidades, riesgos, alternativas, etc. Tal interpretación es la que se extrae de los artículos citados por la recurrente 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica».*

Si la edad o el sometimiento a intervenciones similares no relevan a los médicos de cumplir el deber de información, he aquí que la STS, Sala 3.^a, de 13 de noviembre de 2012 ha hecho hincapié, como se adelantó, en que tampoco exime de lo anterior la circunstancia de que quien acude a la consulta posea, además, la cualidad de médico y amigo del demandado, reaccionando nuevamente ante un equivocado entendimiento de los límites de la mencionada obligación. Naturalmente. No somos hombres del Renacimiento que aspiremos a dominar diversos campos. No sólo está pensando el legislador, pues, en un paciente tosco, a cuyo nivel se tenga que descender⁵⁵. ¿Acaso el cientifi-

⁵⁵ El consentimiento, lo acabamos de ver, puede estar viciado. Lo trata la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de abril de 2003 (JUR 2006/281892). Se reali-

co más ilustre no agradecerá, en su momento oportuno, el asesoramiento de un notario cuando lea en un testamento que ha sido llamado a una sucesión *si sine liberis deceserit*? Todos, en disciplinas que nos son ajenas, precisamos que se nos exponga en un nivel más o menos elemental, según el grado de formación que presentemos, en qué consiste aquello que nos afecta. Y agradecemos la claridad cuando está en juego nada menos que nuestra salud.

Ambos profesionales sanitarios pueden desenvolverse en ámbitos o especialidades completamente distintos, como ocurre en el caso resuelto por esta STS de 13 de noviembre de 2012. Los conocimientos adquiridos en su día, al cursar la carrera, por un otorrinolaringólogo habrán perdido paulatinamente actualidad con el curso de los años. No disiparán sus dudas acerca de los adelantos experimentados por la cirugía para paliar sus afecciones cardíacas.

Que el médico se entienda mejor con un colega, con el que mantiene además una relación de amistad, que con un profano en estas materias no le libera de transmitir una información. Sólo dota a la comunicación —inexcusable, por todo lo demás— de mayor fluidez. Y esto es lo que esta sentencia entiende, con buen criterio y en la línea interpretativa ya marcada por el Tribunal Constitucional. Haberse sometido previamente a una prueba como la que ahora se debe repetir, no le negaba a este otorrinolaringólogo convertirse en acreedor de una renovada información sobre esos progresos o avances técnicos. Porque éstos generan riesgos diferentes, al ir configurando de otra manera esos actos médicos.

zaron una serie de pruebas que no fueron consentidas por la paciente, y que en modo alguno eran necesarias, y de las que derivó grave daño neurológico para aquélla. La sentencia reconoce que la técnica empleada fue irreprochable, pero que se vulneró el derecho de la paciente a decidir entre varias opciones y, por consiguiente, a poderse sustraer del daño que finalmente padeció. Se le priva, pues, de la oportunidad de haber tomado en su momento una decisión. Negándose también que el consentimiento otorgado con anterioridad para otros controles deba ser extrapolado para pruebas distintas, con el propósito de legitimar los actos médicos. Pero aquí se especifica que el *bajo nivel cultural del paciente* requiere que el médico descienda al mismo, se sitúe en el mismo plano, por supuesto, pero sin intentar aprovecharse de lo anterior, confundiéndolo para hacer que consienta sin saber a lo que se está plegando. «*En resumen, la buena praxis médica habría sido recabar autorización a la paciente para la práctica de la tercera angiografía con la explicación de peligros potenciales que podría tener y tuvo. Pero por lo manifestado por la inspección médica, la Administración no exigía de los servicios el cumplimiento de lo expuesto en la Ley. Si tenemos en cuenta el bajo nivel cultural de la paciente y de sus familiares, decirle que le iban a someter a un “control” era no decirle nada, como manifestaron a este Perito*».

Nos hemos referido, hasta ahora, a la posibilidad de que se hayan producido cambios somáticos. Hemos denunciado cómo el consentimiento presunto, al estar cimentado en acontecimientos anteriores a los mismos, arrojará consecuencias nefastas para la salud del individuo, cuya realidad corpórea no ha sido ponderada al tiempo de practicarse esa intervención. Pero mencionábamos antes que esos cambios pueden llegar a trascender al plano puramente somático, para incidir en el modo de pensar o en los principios por los que se rige el individuo.

¿Quién asegura que en el último instante aquél no se hubiera desviado del planteamiento puramente dogmático que prefería para abrazar una solución distinta, movido por impulsos irrefrenables? La doctrina ya había denunciado cómo, en ausencia de una voluntad expresada en instrucciones previas, no habrían de gozar de relevancia para medir la coherencia o racionalidad interna del paciente, reconstruyendo mentalmente cuál sería su actual opción, «*patrones de conducta por parte del paciente ante determinadas incidencias médicas*»⁵⁶.

Y es entonces cuando tomamos conciencia de la complejidad del problema que la sentencia del Tribunal Constitucional ha venido a poner de manifiesto. ¿Cómo se puede pretender reconstruir la voluntad del paciente partiendo del comportamiento que observó en una actuación médica anterior, aunque fuese del mismo signo? La realidad es, sin embargo, que incluso los seres más ortodoxos incurren en contradicciones, sometidos a una prueba de fuego en la que tengan que dar ejemplo de lo que tantas veces predicaron. Se parte, equivocadamente, de que todos seremos coherentes con nuestros idearios cuando, realmente, el ser humano es impredecible. Llegamos a sorprendernos a nosotros mismos, haciendo cosas que jamás imaginamos que pudiéramos llevar a cabo pero que, puestos en el trance, reputaríamos males menores. ¿Quién dice, por tanto, que tengamos que permanecer fieles a unos principios sobre los que antaño teorizamos si ello habría de costarnos, ahora, la salud o la vida? No es lo mismo reflexionar sobre problemas que jamás creímos que nos afectarían, y movernos en el cómodo terreno de la hipótesis, que hallarnos, en este preciso instante, entre la espada y la pared. La autorización o la negativa de los sujetos no debe extraerse, por tanto, de simples conjeturas, en base a la obcecación con la que defendieron en el pasado sus planteamientos.

Siempre cabe la posibilidad de abjurar, tras ser ilustrados de la importancia que rodea a la situación que nos afecta en el presente, de lo

⁵⁶ Así lo patrocina GUÉREZ TRICARICO, P. (2012), *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Madrid, Cívitas, pág. 191.

que en otro momento creímos, al estimar que ello ya no se ajusta a nuestros intereses individuales⁵⁷. Proscribir el consentimiento presunto implica, por expresarlo de alguna manera, negar que los individuos estemos «predestinados» o «programados» para la toma de una decisión y de no otra. El daño consistiría en arrebatar nos la posibilidad de elegir. No en desviarnos del camino que se presume de antemano que hubiéramos seguido, demostrando previamente que sería una u otra la senda por la que nos hubiésemos decantado⁵⁸.

Es hora de rescatar unas palabras de Galán Cortés que, aunque referidas al siempre polémico tema de las transfusiones practicadas a los Testigos de Jehová, pueden extenderse, igualmente, al derecho que a todos nos asiste a replantearnos nuestros principios cuando la vida nos coloca ante aquella disyuntiva. Dice Galán: *«en todo caso, la oposición a la transfusión sanguínea por parte de personas mayores de edad y en plenas condiciones mentales debe ser actualizada y no puede presumirse automáticamente su voluntad aun cuando sean portadoras de tarjetas identificativas de su identidad religiosa, lo que constituye un indicio de su negativa, pues el sujeto puede cambiar su voluntad en cualquier momento, y más cuando se halle en juego su vida»*⁵⁹.

⁵⁷ La STS, Sala 1.ª, de 7 de junio de 2002 negó que existiera relación directa entre el incumplimiento del deber de información de un médico sobre pruebas para detectar taras fetales y la privación a una mujer de la facultad de optar por interrumpir su embarazo, por no haberse probado que, de haber conocido el estado del feto, aquélla hubiera tomado la decisión de abortar. Aunque el Tribunal Supremo ha superado ya esta doctrina en el tratamiento de las acciones *wrongful*, es digna de mención la crítica que en su momento formuló Bercovitz en este marco, haciéndose eco de cómo puede evolucionar el ser humano hasta aceptar lo que, teóricamente, pudo rechazar. Dirá entonces que *«nadie puede afirmar en principio cuál sería la reacción de una determinada persona ante semejante dilema. En verdad, no lo podemos saber con certidumbre ni con respecto a nosotros mismos»*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002), «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 59, abril-septiembre, pág. 864.

⁵⁸ Suscribimos las críticas de Pelayo, para quien algunas sentencias habían ido *«demasiado lejos»*, al no conformarse para hacer responsable a la Administración con prueba acerca de la falta de consentimiento, sino entender, como hace la STS, Sala 3.ª, de 26 de enero de 2004, que cita, que *«quebraría el alegato de la falta de consentimiento como causa del daño si no hay evidencia de una intención anterior y constatable de que el interesado hubiere rechazado el tratamiento prestado o hubiese acudido a distinto facultativo»*. PELAYO GARCÍA DE LA TORRE, A. (2009), *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada, Comares, pág. 73. Afortunadamente, estas exigencias han quedado atrás.

⁵⁹ GALÁN CORTÉS, J. C. (2001), *Responsabilidad...*, *ob. cit.*, pág. 241. Sobre este mismo tema, contrario al consentimiento presunto, Romeo Casabona, para quien ha de quedar demostrada *«la pertenencia del enfermo a dicho credo y su voluntad de oponerse a transfusiones o de mantenerse fiel a su credo, mejor documentalmente, pues en principio, no debe presumirse la capacidad de heroicidad, sacrificio o martirio de nadie,*

Sepultar esas presunciones equivale, y con ello concluimos, a respetar el derecho que nos asiste, y que nadie nos puede arrebatar, a cambiar en el último momento de parecer. A acordar algo que si bien pudiera parecer absolutamente incongruente con lo que hasta el momento ha sido nuestra trayectoria vital, es, sin embargo, lo que más conviene a nuestros intereses particulares en aquel instante concreto en que la vida pone a prueba íntimas convicciones que antaño sostuvimos en un plano puramente teórico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2008): *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1985): «Agresión médica y consentimiento del paciente», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 25.
- BAÑO LEÓN, J. M. (1988): «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24.
- BELLO JANEIRO, D. (2009): «Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 80, págs. 779 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002): «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 59, abril-septiembre, págs. 857-865
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2013): «La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11 (Tribuna), págs. 63-76.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2005): *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, Editorial Bomarzo.
- DE ÁNGEL YAGUE, R. (1993): «La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias. Actas del II Congreso «Derecho y Salud»*, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, Granada, noviembre.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2003): *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova.
- GALÁN CORTÉS, J. C. (2001): *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Cívitas, 1.ª ed.
- (2004): «Consentimiento informado: situación actual», en VV.AA., *La implantación de los derechos del paciente*, Pamplona, págs. 181 y ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. (1995): «Comentario a la STS de 25 de mayo de 1995», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 39, págs. 1063-1072.
- GUÉREZ TRICARICO, P. (2012): *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Madrid, Cívitas.

como tampoco se presume en relación con los miembros de otras confesiones más extendidas». ROMEO CASABONA, C. M. (1996), «La objeción...», ob. cit., pág. 77.

- GÓMEZ ABEJA, L. (2011): «Consentimiento informado y derechos fundamentales», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, págs. 275-306.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (1996): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Marcial Pons.
- JIMÉNEZ BLANCO, A. (1991): «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría (II)*, Madrid, Cívitas, págs. 635-650.
- JORGE BARREIRO, A. (1990): *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Madrid, Tecnos.
- LÓPEZ BORJA QUIROGA, J. (1994): «El consentimiento informado», en A. Jorge Barreiro y D. Gracia Guillén (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, págs. 273-349.
- LÓPEZ CHAPA, S. (2007): *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona, Bosch.
- MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J. (2007): «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, págs. 517-542.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1991): «Eficacia y garantía de los derechos fundamentales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría (II)*, Madrid, Cívitas, págs. 585-634.
- MEDINA ALCOZ, L. (2007): *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Cizur Menor (Navarra).
- NAVARRO MICHEL, M. (2006): «Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005. Responsabilidad Civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. Relación de causalidad. Daño. Wrongful Birth», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 72, págs. 1637-1657.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1990): «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (II)*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ECE Ramón Areces, págs. 1561-1592.
- PELAYO GARCÍA DE LA TORRE, A. (2009): *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada, Comares.
- PÉREZ TREMP, P. (2004): *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1981): *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Barcelona, Bosch.
- (1996): «La objeción de conciencia en la praxis médica», en VV.AA. (dir. M. L. Maqueda), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, págs. 63-106.
- ROVIRA, A. (2007): *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.
- TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C. (1999): *La disponibilidad de la propia vida para el Derecho Penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

