

# LA RELACIÓN SANITARIA COMO RELACIÓN JURÍDICA Y SU ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

*Antonio Pérez Miras*

**SUMARIO:** 1. **Presentación de la investigación.** 2. **El ámbito sanitario como especial espacio para la actuación jurídica.** 2.1. Delimitación conceptual: entre la salud y la sanidad. 2.2. Delimitación objetiva: carácter plurívoco. 2.3. Delimitación subjetiva: pluralidad de sujetos. 2.4. Delimitación temporal.: momento inevitable de nuestra existencia. 3. **El binomio necesario entre lo sanitario y el Derecho.** 3.1. De la relación dual a la relación plural. La autonomía del paciente como paradigma de los derechos fundamentales en el ámbito sanitario. 3.2. Dignidad, autonomía y derechos fundamentales: su proyección en el ámbito sanitario. 3.3. La relevancia del consentimiento informado: de la exención de responsabilidad a la naturaleza constitucional. Crítica al último atisbo de paternalismo médico. 4. **Conclusiones.** 5. **Bibliografía.** 6. **Abreviaturas.**

## RESUMEN

El presente trabajo busca los elementos jurídicos que definen las relaciones que se entablan en el ámbito sanitario. Se aborda desde una perspectiva constitucional, los elementos definitorios de esa relación jurídica al tiempo que se realiza una aproximación crítica al consentimiento informado.

## PALABRAS CLAVE

Derecho sanitario; consentimiento informado, derechos del paciente.

## ABSTRACT

This paper seeks legal elements which define the relations established in the health field. From a constitutional perspective, it is studied the defining elements of the legal relationship while a critical approach to informed consent is made.

## KEYWORDS

Health law, informed consent, patient rights.

## 1. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La complejidad del ámbito sanitario coloca al jurista curioso ante un campo de estudio de real interés. Este estudio trata de analizar la relación sanitaria desde una perspectiva jurídico-constitucional para realizar una reconstrucción de los elementos definitorios de la relación sanitaria y su encaje con los principios constitucionales. Así, se trata de dar una respuesta jurídica a un tema sensible al tiempo que inevitable para todos nosotros.

Para ello, metodológicamente, se ha procedido a una revisión bibliográfica y jurisprudencial de los conceptos básicos. A ello se ha añadido la identificación y estudio de las normas de referencia en la materia, al tiempo que se ha procedido a un enfoque transversal de las mismas. Con todo ello, se presentan en dos grandes bloques las principales ideas elaboradas. Todas ellas vienen marcadas por la premisa de que las relaciones sanitarias vienen marcadas por lo

que podemos denominar paradigma de los derechos fundamentales, y así se ha tratado de comprobar a lo largo del trabajo.

En el primer capítulo se realiza una tetradelimitación de los elementos definidores del espacio sanitario. Para ello, se ha buscado fijar unos conceptos sobre los cuales se construyen los demás elementos. De especial interés ha sido delimitar el objeto de la relación sanitaria y la incidencia de una pléyade de normas que lo define, así como una clasificación trimembre del aspecto subjetivo de la relación. Aquí se busca colocar a cada parte en su justo punto y ver la trascendencia de cada una de ellas. Este capítulo se acaba con el análisis temporal, que justifica precisamente el comienzo de la relación jurídica.

El segundo capítulo acoge las ideas más elaboradas sobre el objeto de estudio de este trabajo. Se trata de hacer palpable la premisa del paradigma de los derechos fundamentales en la relación sanitaria, lo que justifica la aproximación constitucional de la investigación. Como consecuencia de ello, se trata de valorar en su justa medida la cuestión de la autonomía del paciente, lo que va a llevar necesariamente a una revisión de los conceptos e ideas sobre consentimiento informado, para tratar de buscar su acomodo desde una visión constitucional.

El trabajo incluye unas concisas conclusiones y las referencias utilizadas. Se ha optado por el sistema de citación APA para tratar de dar una mayor agilidad a la lectura.

## 2. EL ÁMBITO SANITARIO COMO ESPECIAL ESPACIO PARA LA ACTUACIÓN JURÍDICA

En este apartado vamos a realizar cuatro delimitaciones que afectan al ámbito sanitario. Empezaremos por un deslinde conceptual entre salud y sanidad para a continuación realizar un análisis del objeto y de los sujetos que intervienen en la relación sanitaria. Por último realizaremos un enfoque temporal para tener una visión amplia de este especial ámbito sanitario.

### 2.1 Delimitación conceptual: entre la salud y la sanidad

La OMS define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente

la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>1</sup>. Jurídicamente esto se traduce como ‘protección de la salud’, lo que implica el establecimiento de las garantías que aseguren los componentes objetivo y subjetivo que esconde este paradigma de la OMS.

Sin duda esta idea de la salud concuerda con el espíritu recogido en el DRAE, que en sus primeras acepciones define la salud como “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”, o “condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado”<sup>2</sup>. Esto nos coloca en que la salud presenta una dimensión interna, individual, que explica que a nivel constitucional el derecho se recoja como protección de la salud. Ahora bien, como señala PEMÁN GAVÍN, esto “no puede entenderse como un *derecho a estar sano*, dado que los Estados no pueden otorgar protección frente a todas las causas posibles de mala salud del ser humano no sólo por la limitación de los recursos de que disponen sino también por el hecho de que sobre la salud humana inciden muy numerosos factores entre los que se encuentran las condiciones genéticas y la propensión individual a determinadas enfermedades, o [la] adopción de estilos de vida insanos o arriesgados por parte de cada persona.” (2011: 577-578)

En cambio, no cabe duda de que esta protección necesita del concurso social para su efectividad y es en esta óptica organizativa en la que podemos entender el término ‘sanidad’, que de acuerdo también con el DRAE, podemos definirla como “conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud del común de los habitantes de la nación, de una provincia o de un municipio.”<sup>3</sup> Más allá de la relación territorial que nos presenta la Academia de la Lengua, así como del carácter gubernativo –que debe entenderse en un sentido normativo amplio–, nos importa resaltar el matiz organizativo del término cuando habla de conjunto ordenado de servicios cuya finalidad es preservar la salud común de las personas.

Jurídicamente, todo ello va a tener reflejo normativo tanto a nivel internacional como interno. Por ejemplo, a nivel constitucional estas diferencias se observan en el distinto lenguaje empleado por el Constituyente según se refiera al derecho o a la

1 Definición dada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Texto disponible en [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf) (27/4/2016)

2 Consultado en <http://dle.rae.es/?id=X7MRZku> (27/4/2016)

3 Consultado en <http://dle.rae.es/?id=XDmgjsT> (27/4/2016)

competencia. Así, mientras el dictado del art. 43 CE en sus dos primeros apartados habla del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y de que su organización y tutela compete a los poderes públicos, en cambio, al regular la distribución competencial de dicha materia, es evidente el uso de la sanidad como título competencial (arts. 148.1.21ª y 149.1.16ª CE).

Esta distinción no es baladí para el propósito de este trabajo, dado que se trata de determinar los caracteres esenciales de una relación sanitaria como relación jurídica. Como veremos, los derechos que en el ámbito sanitario van a surgir a las personas que allí interactúan van a estar muy circunscritos a la sanidad como organización, más que explícitamente al derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 CE, que concede, por su parte, cobertura constitucional a la materia en estudio. Por tanto, podemos convenir en que la sanidad abarca una amplitud conceptual mayor que la salud misma; y ello con independencia de que este término implica, a su vez, un concepto individual restringido así como un carácter colectivo, manifestado a través de la noción de salud pública.

En resumen, sanidad y salud hacen referencia, desde perspectivas propias, a un mismo ámbito, que denominaremos sanitario. Lo que nos importa destacar para el propósito de este trabajo es que, en cualquiera de las dos ópticas, con carácter plural a su vez cada una de ellas, se generan una serie de derechos y obligaciones para los sujetos intervinientes y una especial comunicación entre los mismos que determina de manera decisiva la relación jurídica que surge de una actuación sanitaria.

## 2.2 Delimitación objetiva: carácter plurívoco

El ámbito sanitario abarca una dimensión plural con lo que no podemos reducirnos a una visión restringida del campo de acción de la sanidad y la salud en el sentido que acabamos de ver. Son muchas las ópticas y metodologías con las que podemos abordar el objeto de lo sanitario; incluso centrándonos en el punto de vista jurídico caben distintas aproximaciones objetivas. En cualquiera de ellas podemos observar un eje transversal que unifica el objeto jurídico sanitario.

Desde una visión clásica del objeto del derecho, la obligación sanitaria viene determinada por la típica tríada de origen romano: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Así, la protección de la salud implica una obligación de dar en forma de prestación

sanitaria; una obligación de hacer como promoción de vida saludable y prevención de enfermedades; y una obligación de no hacer que conlleva respetar las decisiones tomadas en ese ámbito sanitario por parte de los pacientes. Todas estas obligaciones se refuerzan si tenemos presente el papel del Estado en nuestras vidas, lo que se manifiesta más modernamente en el sentido expresado en la Observación General 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone literalmente que:

*“The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one’s health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference, such as the right to be free from torture, non-consensual medical treatment and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health”.*

Ello nos induce a la consideración de la protección de la salud desde los más altos niveles. Esto significa, en primer lugar, que la protección de la salud a través de servicios sanitarios –sin que nos interese ahora su naturaleza pública o privada y sus formas de gestión– se encuentra consolidada tanto a nivel internacional, desde la óptica de los derechos humanos y del derecho comparado, como a nivel interno (europeo, constitucional y autonómico)<sup>4</sup>. Su traducción jurídica en todas estas esferas responde a las particularidades normativas de cada una de estas regulaciones que implican consecuencias propias para cada régimen jurídico. En todo caso, se trata de *un* derecho, con PEMÁN GAVÍN, “de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua limpia y potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.” (2011: 577).

Estas ideas ya se observan en las tres dimensiones que este mismo Autor (1989) dedujo años antes de la protección jurídica del ámbito sanitario de acuerdo con el art. 43 CE, y con influencia del art. 32 de la Constitución italiana: así tenemos la visión prestacional, la de la salud pública y la salud como bien

<sup>4</sup> Un estudio detallado con esta perspectiva multinivel y comparada puede verse en BOMBILLAR SÁENZ & PÉREZ MIRAS (2015)

jurídico propio que debe protegerse frente a agresiones externas *erga omnes*<sup>5</sup>. Hoy es innegable que parte de la importancia de la salud y la sanidad en nuestra sociedad se debe a esas tres dimensiones, pero en su conexión con la más alta protección constitucional e internacional y con otros derechos, principios y valores del más alto rango normativo.

Así por tanto, la protección de la salud no se agota en la redacción de un precepto determinado sino que tiene un factor transversal, pues del conjunto del Ordenamiento se deduce su protección en todos los ámbitos de la vida y en todos sus momentos y coyunturas (art. 48 CE –juventud–, art. 49 –dependencia– o art. 50 CE –tercera edad–). Así, por su parte, en nuestra Constitución la perspectiva de la salud pública se observaría en los art. 40.2 CE (seguridad e higiene en el trabajo), art. 45 CE (protección del medio ambiente) y art. 51 CE (protección en el consumo); y por otra, la perspectiva económico-profesional se manifestaría en el libre ejercicio de la profesión *ex art.* 35 CE y los colegios u organizaciones profesionales (art. 36 CE y art. 52 respectivamente). Este factor transversal, además, al conectarlo con otros derechos fundamentales, y en especial con el dictado del art. 10 CE, implica la protección *per se* de la salud en cuanto que guarda íntima relación con el derecho a la vida y la integridad personal (art. 15 CE). Desde otra perspectiva, ese carácter transversal también se proyecta en su interrelación –y posible colisión– con la libertad religiosa (art. 16 CE), la libertad personal (art. 17 CE) o la intimidad (art. 18 CE) pero también el art. 19 CE en su relación con el art. 139 CE (por ejemplo, garantías en la asistencia para los pacientes desplazados entre CCAA y las recetas de medicamentos), la información como presupuesto material para la autodeterminación personal (sanitaria) *ex art.*

5 En palabras de PEMÁN GAVÍN el “derecho a la salud” incluye: “a) Derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado o, en otros términos, a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos. / b) Derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad pública (actividad relativa a aspectos como la sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica, etc.). / c) Derecho a la salud como derecho de cada persona a que se propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. El derecho a la salud se comporta como un derecho absoluto o de exclusión, oponible *erga omnes*; un derecho de la persona sobre un aspecto o cualidad propio defendible frente a todos (como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o a la integridad física)” (1989: 79-80). Esta idea también la siguen LEÓN ALONSO (2010: 152-163). Por su parte, MENÉNDEZ REXACH (2003), que prefiere hablar de “derecho a la protección de la salud” (nota 5) –con lo que concuerdo–, se aparta sin embargo del carácter *iusfundamental* que se extrae del apartado c) para afirmar más su carácter de principio general normativo.

20 CE y en su relación con los cauces y garantías para la participación de la ciudadanía en asuntos públicos sanitarios *ex art.* 23 CE, especialmente en temas de salud pública, o incluso con el art. 24 CE (piénsese en los casos de salud mental e internamiento involuntario).

Para acabar este apartado, y de acuerdo con el carácter transversal que estamos manejando, debemos hacer mención somera a la regulación sectorial del ámbito sanitario cuyo desarrollo realizaremos en cada momento en función de las necesidades de la investigación. Así debemos señalar la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplantes de órganos, la Ley 29/1980 sobre autopsias clínicas, la Ley 10/1986 sobre odontología, la Ley 31/1995 sobre prevención de riesgos laborales, Ley 44/2003 sobre ordenación de profesiones sanitarias, la Ley 55/2003 sobre el personal estatutario de la salud, la Ley 28/2005 sobre tabaquismo, la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, la ley 29/2006 sobre medicamentos, la ley 14/2007 sobre investigación biomédica.

Por su parte el legislador orgánico ha introducido algunos tipos que afectan a este ámbito en el Código penal, ha abordado el tema del aborto (LO 2/2010) y ha regulado el dopaje en el deporte.

También nos interesa resaltar la LEC que regula tanto el internamiento no voluntario por trastorno psíquico (art. 763) como la petición de la historia clínica en diligencias previas (arts. 256.5 bis). Igualmente reseñables por su incidencia indirecta son el Código civil, la LO 1/1982 sobre intimidad, LO 1/1996 sobre menores, LO 15/1999 sobre protección de datos, la Ley 26/2011 sobre discapacidad y el RDLeg. 1/2007 sobre consumidores.

No podemos olvidar que algunas CCAA han entrado también a regular aspectos sectoriales concretos de acuerdo con sus competencias y con respeto a las bases de las leyes estatales. Sirva a título de ejemplo la Ley del Parlamento Andaluz 2/2010, sobre la llamada muerte digna<sup>6</sup>.

### 2.3 Delimitación subjetiva: pluralidad de sujetos

En el ámbito sanitario existen multitud de sujetos que, de una u otra forma, guardan relación con él en alguna de sus múltiples facetas. En este epígrafe

6 Sobre la conformación histórica de esa Ley puede consultarse SIMÓN LORDA (2012) así como BOMBILLAR SÁENZ (2013).

nos estamos refiriendo a la forma en que las personas interactúan en dicho ámbito, a su posición jurídica dentro de la relación sanitaria, incluidos terceros a la misma. Este carácter plural supera la clásica visión dual del enfermo, con su familia, frente al médico, con su enfermera<sup>7</sup>. Por tanto, los sujetos que de una u otra manera se van a ver envueltos en la imperatividad de la ley, como en los casos dispositivos de la norma, son muy variados, de donde se puede deducir un complejo haz de posiciones jurídicas. A la sazón, podemos realizar tres grandes grupos de personas a las que calificaremos en función de su posición ante la relación sanitaria: el paciente-usuario-consumidor, los profesionales, la familia (y allegados).

### 2.3.1 El paciente-usuario-consumidor

Comenzamos primeramente con esta tríada porque es el epicentro del sistema sanitario actual. Y a pesar de su importancia, no existe en el lenguaje común ni jurídico un término con el que referirnos a aquella persona cuya situación, con respecto a un ámbito sanitario, da comienzo a la relación jurídico-sanitaria; es la que genera entablando la primera comunicación, que puede ser una urgencia, la consulta de una dolencia, una revisión rutinaria, la mera voluntad de modificar un aspecto corporal o una contribución altruista a la salud y satisfacción de otras personas. Es la que activa, voluntaria<sup>8</sup> o involuntariamente, biológica, social o jurídicamente, el nacimiento de una relación sanitaria. Podríamos, por tanto, caracterizarla como parte activa<sup>9</sup>, cuya principal nota definitoria es su individualidad.

Queda superada la idea tradicional de enfermo como ser desvalido e incapaz. La salud pública podrá

<sup>7</sup> Un recorrido histórico de esta peculiar relación puede verse en LÁZARO & GRACIA (2006).

<sup>8</sup> Conviene aquí hacer una llamada de atención acerca de la participación de voluntarios en investigación biomédica. Aunque el fundamento que origina el inicio de esta especial relación jurídica parece sustentarse en el altruismo, ello no impide para una correcta calificación de la misma, y por tanto, en los casos de participación de voluntarios en ensayos de investigación podemos considerar que nace una relación directa y especial, dado que pueden ser tanto pacientes como voluntarios sanos, con distintas repercusiones y consecuencias jurídicas. Aquí cobra sentido plenamente la idea de *lex specialis* y para estos sujetos (y para la relación en general) habrá que estar a lo dispuesto en la LIB. En la doctrina, sin duda, me remito a GÓMEZ SÁNCHEZ (2013).

<sup>9</sup> En un sentido similar se expresa BELTRÁN AGUIRRE cuando señala que “la Constitución coloca al ciudadano respecto de su salud en una posición jurídica activa de poder frente a la Administración sanitaria y frente al médico o equipo sanitario que le ha de atender en su enfermedad.” (1995: 172)

modular nuestros derechos fundamentales pero un ámbito sanitario no puede robarnos nuestra condición de persona. El principal problema que nos encontramos en este epígrafe es que la búsqueda terminológica subjetiva no debe entenderse como determinación específica de meras descripciones jurídicas sino que se trata de denominar, desde una posición específica de un ámbito social inescindible de la realidad cotidiana, a las personas –con su dignidad y derechos fundamentales intactos– que interactúan *necesariamente* en un ámbito sanitario determinado y por una multitud de causas –más allá de la enfermedad (grave)–.

En la legislación se manejan tres ideas: paciente, usuario y persona-ciudadano. En el art. 3 LAPID se recogen entre sus definiciones legales las de paciente y usuario. Así:

- Paciente es “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”.
- Usuario, “la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria”.

Estos dos conceptos, que la doctrina se ha limitado normalmente a reproducir, no presentan conjuntamente una definición completa que abarque todas las variadas situaciones que pueden dar lugar a la multitud de relaciones jurídico-sanitarias. Si bien es loable que desde la Norma se haya prescindido de la idea de enfermo –lo que ya ocurrió con la LGS– y que se haya procedido a una clarificación terminológica, su tenor no deja de antojarse insuficiente. ¿En qué categoría incluimos al donante de gametos? ¿Sería un usuario de un servicio sanitario? ¿Y el donante de órgano voluntario, una persona sana, lo consideramos *una persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud*? Son sólo dos ejemplos pero nos muestran la estrecha visión con que el legislador español afrontó en ocasiones esta problemática. Tampoco estos casos son reconducibles, tal cual, a la idea de consumidor de la tríada que hemos mantenido desde el principio.

En mi opinión, no debemos tomar tales definiciones en un sentido literal estricto. Podríamos reconducir su inclusión en la LAPID en forma de dos facetas en las que nos podemos encontrar ante una relación jurídico-sanitaria: de un modo general como

usuarios, de un modo particular, como pacientes. Aquellos supondrían una interacción más amplia de la estrictamente asistencial de estos últimos.

Con el concepto usuario podemos hacer una traslación al concepto de ciudadanía, es decir, usuario como concepto genérico de persona ante el servicio sanitario, al igual que el ciudadano lo es para el Estado (cfr. GIL-ROBLES, 1994; GALLEGO RUESTRA, 2009: 19-22)<sup>10</sup>. La delgada línea roja entre la idea de usuario y ciudadano se encuentra en la propia legislación sanitaria general, siendo a mi entender paradigmático de esta *evolución* el art. 4 LCCSNS<sup>11</sup> cuando se refiere a los ‘derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud’. En tal sentido, su delimitación conceptual sólo puede entenderse con respecto a su alteridad. Desde un plano jurídico, dicha otredad se manifiesta en el art. 3 TRLGCU cuando se limita a señalar que:

“Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

No cabe confrontarla con la idea de enfermedad, y por ende, con la de paciente pues dicha contraposición se refiere a otra condición. Por tanto, es la dicotomía usuario–servicio la que va a marcar el alcance subjetivo principal en el ámbito sanitario y la que va a conformar las partes principales, y directamente implicadas, de la relación jurídico-sanitaria. Por su parte, debemos entender servicio en un sentido amplio, como profesionales y como organización (servicio público o empresa), con lo que en este aspecto nos debemos apartar de la definición legal del art. 3 LAPID, que define el servicio sanitario como “la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias.”

10 Ambos autores manifiestan la importancia del concepto de usuario como superación, en general, del término administrado (ex arts. 9 y 105 CE). Esta línea también es seguida por BELTRÁN AGUIRRE (1995: 172).

11 Art. 4 LCCSNS: “En los términos de esta Ley, los ciudadanos tendrán los siguientes derechos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud:

a) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1.

b) A recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25.

c) A recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma.”

A raíz de lo apenas expuesto cabría preguntarnos qué sentido tiene, entonces, la distinción con el consumidor pues, en ese sentido general, usuario englobaría el concepto de consumidor<sup>12</sup>, cuyo marcado carácter económico es innegable. Es en este criterio con el que justificamos la diferencia conceptual: usuario estaría referido a la persona que se relaciona con el SNS, mientras que consumidor –cliente, en palabras de VICANDI (2012)– estaría circunscrito al ámbito netamente voluntario, cuyo régimen jurídico vendría también determinado por el TRLGCU, como se deduce de sus art. 3, art. 8 a) –que recoge como derecho básico la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad–, en general el cap. III (arts. 11 a 16), específico sobre protección de salud o seguridad, y con particular relevancia el art. 148, que incluye los servicios sanitarios en la responsabilidad objetiva allí prevista<sup>13</sup>.

El consumidor presenta una dimensión interna y excluyente, en cuanto que su participación en la relación jurídica será con interés de adquirir bienes o servicios, mientras que la participación del usuario vendrá marcada por un carácter tangencial y compartido. Es decir, la participación del usuario en los servicios de salud no excluye de la participación de otros, en cuanto al objeto como en el tiempo –que puede ser contemporáneo–, mientras que ser consumidor *de sanidad* implica exclusividad y exclusión de otros en el mismo servicio o bien y en el mismo tiempo. Así se comprende mejor el carácter económico del concepto, que no necesariamente debe entenderse en el sentido de que toda relación jurídico-sanitaria en que el sujeto adopte el rol de consumidor implique para él una coste económico directo; lo importante en este caso será la naturaleza de la prestación sanitaria privada o privatizada, a la que puede accederse, empero, bien por derivación de un servicio público, bien por un seguro privado. Piénsese a modo de ejemplo en los supuestos en que acudimos al dentista para la revisión anual incluida dentro del seguro bucal que podamos tener contratado, que incluye un acto de limpieza; cuando acudimos a la farmacia, incluidos los productos parafarmacéuticos, como cremas o geles especiales, si éstos han sido incluidos en un tratamiento médico o como recomendación médica;

12 Como señala LASARTE, “[no] existe una clara y única noción científico-jurídica sobre consumidor, aunque esto no significa tampoco que no exista relación entre las nociones legales existentes, pues en todas ellas subyace, en el fondo, el mismo tipo de adquirente de bienes y servicios al que se trata de proteger.” (2010: 58)

13 No es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia el tema de la responsabilidad sanitaria con base al art. 148 TRLGCU. *Vide*, por todos, GARCÍA GARNICA (2010: 64 ss.)

cuando acudimos a una segunda opinión médica privada pero el tratamiento principal lo mantenemos en el servicio público; o cuando, en fin, se deriva al paciente del SNS a centros concertados donde cabe la duda razonable de considerar a los mismos como usuarios del SNS en un servicio de gestión indirecta o como mero consumidor de un servicio privado. A mi entender, esta distinción dependerá de si la persona tiene capacidad o no de elección del centro concertado así como la posibilidad de existencia de copago en función del servicio elegido. Cabe igualmente una reflexión acerca del consumidor y la condición de asegurado que *reintroduce* el RDL 16/2012 (arts. 3, 3bis, 3 ter LCCSNS) puesto que, aunque comprende a la inmensa mayoría de la población, no deja de ser cierto que existen grupos específicos de población que quedan fuera de la cobertura del SNS. Sin embargo se prevé la posibilidad de que suscriban convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente cuota (art. 3.5 LCCSNS), lo que hay que poner en relación con el art. 16 LGS que ya preveía la posibilidad de prestaciones sanitarias privadas a usuarios sin derecho a la asistencia, pero en criterios de igualdad con los *auténticos* usuarios. En cualquier caso, debo recordar que no nos estamos refiriendo aquí a la responsabilidad específica que se pueda derivar de estos casos ni las vías jurisdiccionales de reclamación, pero lo que es evidente es que la reforma *de urgencia* de 2012 ha introducido una terminología que nos lleva a replantearnos si no cabe considerar directamente consumidor al usuario del SNS que acceda al mismo con contraprestación económica fuera de los casos legalmente establecidos.

Recapitulando, usuario y consumidor responderían a un criterio de aproximación general al ámbito sanitario cuya diferencia radicaría en la naturaleza pública o privada del servicio y en la voluntad e intencionalidad de la persona que se relaciona con el mundo sanitario sin requerir, en principio, un carácter asistencial, cuyo concepto se reserva por la ley al paciente en cuanto que concepto restringido. Por tanto, el inicio de la relación jurídico-sanitaria puede ser meramente como usuario-consumidor y derivarse en un momento dado, también, al concepto de paciente, que trataremos enseguida. Si importa resaltar que en cualquier caso se tendrán los derechos que correspondan a las circunstancias. Y todo ello porque nos estamos moviendo en un ámbito en el que el paradigma que rige las relaciones es el de los derechos fundamentales, luego su fuerza debe impregnarse hasta el último recodo, como veremos en el siguiente apartado.

Por su parte, el concepto paciente también sería independiente de la naturaleza pública o privada de la asistencia y, a mi entender, también del motivo por el que se comienza la relación jurídico-sanitaria, sea ésta curativa o satisfactiva, sea de urgencia o programada, es decir, los derechos que como paciente se tienen, incluso los no fundamentales, se tienen con independencia de la naturaleza del centro sanitario y de sus órganos de gestión; así debe entenderse el art. 10.15 LGS cuando *amplía* los derechos previstos en dicho art. 10 LGS para ante la Administración sanitaria y, obviamente, el art. 1 Lapid<sup>14</sup>, que desde el inicio ya marca su indiferencia —a mi entender por el carácter *fundamental* de dicha Ley—. Efectivamente, la titularidad de los derechos del paciente corresponden a todas las personas sin que quepa ninguna discriminación al respecto. Esto se deduce del art. 10.1 junto al 10.5 LGS, es decir, sin distinción de la naturaleza económica del servicio, pero extrañamente no se recoge un principio similar expreso en la Lapid, aunque se puede deducir del carácter plural del término *pacientes* utilizado en el conjunto de Ley, y especialmente, de su valor sinonímico con el concepto general de persona.

No obstante, debemos tener presente que esa titularidad debe estar matizada por las limitaciones que se derivan de la capacidad concreta de la persona. Al respecto en el ámbito sanitario surge una especialidad y es que aparece como regla general una mayoría de edad sanitaria a los 16 años conforme a una interpretación del art. 9.4 Lapid<sup>15</sup>, si bien limitada en sus consecuencias a que no se coloque en un grave riesgo para su vida y su salud<sup>16</sup>. En cualquier caso, podemos decir que la edad y la capacidad modulan las posibilidades de actuación del paciente-usuario-consumidor, lo que va a requerir la previsión de mecanismos para la sustitución de la manifestación de voluntad, lo que va a justificar el tratamiento más abajo de las figuras

14 Art. 1 Lapid: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.”

15 “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.”

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.”

16 Esto último ha sido introducido en la reforma acaecida con la DF 2ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

de los representantes legales. Conviene, no obstante, precisar que esta regla general de la mayoría de edad sanitaria en cuanto afecta a ámbitos especiales, se suele elevar a los 18 años como se expresa en el art. 9.5 LAPID.

En cuanto a las consecuencias de la distinta naturaleza entre paciente y usuario-consumidor, si en aquel cabía una equiparación con la traslación de persona-ciudadano en su actuación en el ámbito sanitario, podríamos pensar que, dado el carácter asistencial particular con que se define el paciente, ésta es una persona que se encuentra en una situación de especial sujeción dentro del ámbito sanitario. En cambio, no me parece este el camino a seguir porque, de acuerdo con la doctrina de nuestro Alto Tribunal en la STC 120/1990 podría deducirse que el paciente, especialmente dentro del SNS y en supuestos de medicina curativa no tendría realmente voluntad y, en especial en los casos extremos, el Estado *protegería la vida aun por encima de la vida querida por el paciente*. Sería volver a la idea desterrada de enfermo disfrazada de paciente como sujeto de derechos. Esto nos llevaría a un planteamiento tautológico que acabaría desactivando el paradigma de los derechos fundamentales que venimos defendiendo. Lo importante, por tanto, no es ver si se crea una especial sujeción entre las partes (idea jerárquica), sino que precisamente habrá que ver la naturaleza de la relación jurídico-sanitaria que pueda surgir en el ámbito sanitario partiendo, como veremos mejor en el siguiente capítulo, de una posición de igualdad y de respeto mutuo.

En cualquier caso, paciente-usuario-consumidor no va a cambiar como tal la relación jurídico-sanitaria que vaya a surgir. Quizá derivarán responsabilidades diferentes pero no por la concepción subjetiva de una de las partes sino por la naturaleza misma de la relación. La legislación no es pacífica en la terminología pero desde estas páginas hemos intentado centrar el ámbito subjetivo para tener claro las cuestiones más relevantes afectantes a la parte activa principal del ámbito sanitario. Ejemplo del amplio abanico terminológico, además de la legislación general, que muchas veces indiscriminadamente habla de paciente y usuario<sup>17</sup>, tenemos otros supuestos que se refieren a conceptos genéricos como receptora (*ex art. 6 LTR-HA*) o embarazada (*ex LOIVE*). Quizá con estas definiciones queden sin resolver algunas cuestiones como el caso de los donantes. Sea como sea, en mi

opinión, sería deseable una definición legal que abarcara todos los ámbitos sanitarios en que una persona puede encontrarse no como profesional, siguiendo la idea del art. 3TRLGCU. A mí la palabra paciente se me antoja afortunada, primero por una cuestión de género, en cuanto que es invariable al masculino y femenino, y segundo, porque en nuestro imaginario está asociada como sustantivo al ámbito médico<sup>18</sup>. Esta idea parece desprenderse del propio título de la ley, que no habla de la dicotomía expresada luego en su articulado –teniendo en cuenta, además, de que es un título que resume todo el contenido de la ley–, refiriéndose sólo al paciente.

Se puede oponer al mismo que el ámbito sanitario es más que el ámbito médico, pero no es menos cierto que por analogía puede entenderse como profesión sanitaria de cualificación superior, pues a la postre, cualquiera de los profesionales médicos estaría detrás de cualquier servicio que como usuario se pudiera requerir. Los conceptos jurídicos tienen su propia autonomía con respecto al lenguaje común y éste no puede ser parapeto para no establecer y delimitar conceptualmente de manera clara al sujeto principal en el paradigma de los derechos fundamentales, pues con un concepto jurídico unitario es más fácil la abstracción necesaria en la aplicación de un régimen jurídico coherente y ordenado, y del que pueda deducirse la serie de garantías fundamentales que su posición relacional le otorga. A mi entender, esta ausencia o confusión normativa del elemento subjetivo esconde, por una parte, que el paradigma de la autonomía de la voluntad aún no ha roto totalmente con la idea del médico como sujeto principal del ámbito sanitario; por otra parte, demuestra las tensiones existentes sobre la gestión del SNS y los impulsos privatizadores. Una definición incardinada directamente en los derechos fundamentales dificultaría aún más la aceptación sociológica de que la sanidad pueda ser objeto de mercado, al tiempo que se seguiría una concepción clásica de los mismos con limitación del poder en favor del individuo, en este caso no del poder colectivo del Estado sino de un poder social pero general que ostenta el cuerpo médico (en sentido amplio pensemos en odontólogos, fisioterapeutas, etc.). La posición desequilibrada que implica toda relación jurídico-sanitaria debe conllevar la protección de la posición débil, como ocurre con todas las posiciones de dominación, sobre la base del valor superior de la igualdad que el constitucionalismo debe, por naturaleza, propugnar junto a la

17 Con GARCÍA GARNICA, “[es] indiscutible que el paciente, en tanto destinatario final de los servicios sanitarios, encaja en el concepto legal de usuario” (2010: 69).

18 *Vide* las definiciones 4 y 5 del DRAE, consultado en <http://dle.rae.es/?id=RPix2Mn> (27/4/2016)

libertad (art. 1.1 CE). Debilidad que puede deducirse, precisamente en relación con el mayor conocimiento especializado que el profesional ostenta frente al *común de los enfermos*.

### 2.3.2 Los profesionales sanitarios

Los profesionales sanitarios son la parte contrapuesta que nace de la relación jurídico-sanitaria. Tradicionalmente ha sido el médico el rey de las relaciones que surgían como consecuencia de las necesidades curativas. Sin embargo hoy debemos considerar que el ámbito profesional sanitario es muy amplio y excede, sin duda, el espacio hospitalario, como demuestra la LOPS. Por tanto, aquí es evidente el carácter plural de estos sujetos, cuya actuación en la relación jurídico-sanitaria vendrá determinada por su función en el conjunto del servicio en que se encuentren. No podemos negar que el profesional médico sigue teniendo una importancia determinante por sus conocimientos y su técnica. Y porque la legislación lo sigue colocando como responsable de la mayoría de las actuaciones que pueden darse en el ámbito sanitario. Aunque esto es extrapolable, en realidad, a las carreras de grado superior. En cambio, no podemos hacer derivar de todo ello una posición jerárquica superior.

Algo que sí querría destacar en concreto de los médicos es que ellos tienen, por naturaleza, un criterio científico técnico que de manera evidente va a incidir en nuestra determinación personal. Esa esfera de su ejercicio profesional es su mayor garantía<sup>19</sup> porque lo contrario sería aplicar técnica arbitrariamente. Por eso es tan trascendente el error o la negligencia médica. Es la correcta aplicación de su conocimiento lo que va a definir su actuación, la *lex artis* (cfr. BARAHONA & GONZÁLEZ, 2013: 48-50). Estas Autoras la definen, citando a MARTÍNEZ CALCERRADA (1986) “como «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta

las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la existencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto conforme o no a la técnica requerida».”

Como señala ROVIRA sobre la *lex artis*, “esta norma de costumbre, de experiencia, en gran parte moral, es aplicable a cada acto médico individualizado y establece quién debe actuar y también cómo debe actuar. En cierta medida, parece que es una ley de la lógica, que se mueve entre lo razonable; la experiencia y el sentido común, y ello puede estar muy bien para orientar al propio médico en sus actuaciones y para reclamar responsabilidades. Pero todas las obligaciones del médico y todo el alcance de los derechos del paciente ante la propuesta de un determinado tratamiento médico no pueden derivarse exclusivamente de estas costumbres indeterminadas y experiencias, y menos considerar a estos criterios generales como legislación en desarrollo de los derechos fundamentales del paciente. No se puede dejar a los criterios internos, médicos, generales, la determinación del alcance y la concreción de los propios derechos fundamentales del paciente afectado por los tratamientos médicos, y ello no debiera ser así.” (2007: 45-46) La larga cita me ha parecido oportuna porque el Prof. ROVIRA expresa estupendamente la problemática de la *lex artis* en su relación con los derechos fundamentales. En mi opinión, es un parámetro válido para enjuiciar la responsabilidad, no para determinar la naturaleza y el alcance de la relación jurídico-sanitaria desde la perspectiva del profesional; por ello se explica su importancia en la jurisprudencia, con especial referencia a la *lex artis ad hoc*, esa “consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional” (STS 447/2001, de 11 mayo RJ\2001\6197).

Esa relación con los derechos fundamentales es muy importante porque al médico le compete ni más ni menos en determinadas circunstancias apreciar la capacidad de una persona (art. 9 LAPID) con las repercusiones que ello conlleva sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales. El ejemplo quizá más paradigmático a este respecto es la denominada indicación terapéutica (art. 5.4 LAPID) por la que el médico puede, conforme a las garantías expresadas en dicho artículo modular el derecho a la información al

19 Como bien señala la STC 37/2011 FJ7: “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 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.”

paciente. Para mí, no existe inconveniente en que el médico, dada la especial naturaleza que tiene el ámbito sanitario, pueda efectivamente en medidas tasadas modular derechos fundamentales, si su ejercicio profesional, que no nos puede caber duda que está orientado por la buena fe para la máxima protección de la salud y la vida de sus pacientes, requiere en determinados momentos y en circunstancias ciertas una especial habilitación para tomar esa serie de medidas y adoptar unos criterios que puedan colisionar con derechos fundamentales del paciente, como sería el caso del derecho a la información. Ahora bien, igualmente todo ello debería ir acompañado de un especial procedimiento, ágil, eficaz y efectivo, de control jurisdiccional, una puerta de acceso del médico para con el Juez, una ventana de diálogo entre el poder fáctico de relevancia social y el Poder Judicial para garantizar la dignidad y derechos de la persona en su especial condición de paciente. Las últimas reformas de la LAPID han dejado pasar la oportunidad de establecer estos mecanismos de garantía para el profesional médico.

### *2.3.3 Terceros en el ámbito sanitario*

Estos dos grupos hasta el momento conforman las dos partes principales que definen los elementos subjetivos de la relación jurídico-sanitaria. Sin embargo, para completar el estudio del ámbito sanitario desde el punto de vista subjetivo, conviene señalar que existen algunos grupos y personas que también participan en este mundo necesariamente, es decir, que de un modo directo o indirecto, principal o supletorio, de modo general o específico, imperativa o facultativamente guardan relación en un momento dado con la actividad sanitaria que se pueda originar entre las dos partes estudiadas hasta ahora. Desde su posición con respecto a la relación jurídico-sanitaria principal es por lo que los podemos denominar de 'terceros', si bien su participación dará lugar a una relación secundaria, pero una relación jurídico-sanitaria, al fin y al cabo, con unos intereses legítimos propios. No se trata de meras situaciones fácticas fortuitas y coyunturales. Y como tal relación secundaria, habrá que ver los derechos que derivan de los mismos, su cualificación y garantías, especialmente en el caso en que estemos ante ejercicios de derechos fundamentales propios, pero aún más importante, en sustitución de ajenos. En este sentido he podido identificar dos grandes grupos: por una lado, familiares, asimilados y representantes legales; por otro, donantes.

#### *2.3.3.1 Por su relación familiar en sentido amplio*

De una manera amplia, entendemos incluidos en este grupo a aquellas personas que guardan una relación familiar con el paciente-usuario-consumidor, es decir, con la parte activa principal. Esta relación familiar puede ser jurídica –familia en sentido estricto– o de hecho. Este último caso incluye no sólo la pareja de hecho, sino en palabras de la propia LAPID a los allegados (*ex art. 5.1 LAPID*), aquellas personas cercanas con independencia del grado de afectividad que se incluyen en el círculo íntimo de relaciones interpersonales del sujeto activo. En cualquier caso, debemos incluir en este grupo a aquellos que ostenten una representación legal para con el paciente-usuario-consumidor.

Primero con la costumbre, y después por la Ley, se ha dado protagonismo a este grupo heterogéneo. Digo heterogéneo porque en función de los casos concretos debemos considerar su extensión de manera laxa o restringida. Para ello, tenemos que estar a lo dispuesto en la norma. La principal importancia del grupo familiar se va a manifestar especialmente en su papel sustitutorio del paciente (en sus derechos y en su voluntad) *ex arts. 5.2, 9 y 11 LAPID*. Creemos que con las reformas de 2015 de la LAPID, el legislador ha hecho descansar en estos representantes un rol demasiado importante, lo que nos puede llevar a pensar que la autonomía del paciente se ha visto un poco redefinida por las situaciones en las que se obliga a la participación de este grupo en la toma de decisiones.

Dejando aparte el rol que este grupo puede adoptar como consecuencia de unas instrucciones previas del art. 11 LAPID, y en los momentos en los que estos terceros participan del derecho de información conforme a lo establecido en el art. 5.2 LAPID, es en el art. 9 LAPID –gran afectado por los cambios legislativos– donde queda de manifiesto la importancia de este grupo.

En los casos de incapacidad, tenemos que distinguir varias situaciones: 1) que a criterio médico la persona no pueda tomar decisiones; 2) por incapacidad judicial cuando así conste en la sentencia.

En los casos de minoría de edad, también tenemos que distinguir entre actuaciones de carácter general o las específicas de la interrupción voluntaria del embarazo. En el primer caso, el mayor de 12 años tiene derecho a ser escuchado conforme al art. 9 LO-PJM. En el caso del aborto, según el nuevo párrafo

introducido en el art. 9.5 LAPID, junto al consentimiento de las mayores de 16 años, debe constar también el consentimiento expreso de los representantes legales.

Quizá lo que más convenga resaltar son los nuevos apartados añadidos al art. 9 LAPID porque vienen precisamente a aclarar, por usar un verbo, cómo debe ser la actuación de estos terceros. En tal sentido, las decisiones que adopten deberán siempre atender al mayor beneficio para la vida y la salud del paciente, por ello, la prestación del consentimiento en este caso de representación debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Es cierto que en el fondo el legislador ha plasmado negro sobre blanco unos criterios aceptables que pueden ayudar al tercero que se encuentre en esa situación a saber cómo actuar. Pues reconozcamos que una cosa es lo que diga la norma y otra enfrentarnos al momento concreto de estar en esa situación. Por ello creo que el mayor valor de estas ideas es de servir de referencia, de guía. Pero la norma no tendrá sentido si realmente no es consciente de su responsabilidad. Esto lo digo porque este tipo de normas cobran todo su sentido cuando se conocen, luego teniendo en cuenta el principio de inexcusabilidad de la norma, creo que ante esta relación sanitaria tan delicada es sobrecargar de responsabilidad, incluso moral, al tercero obligado a participar en este triángulo de relación jurídico-sanitaria.

Es quizá por ello, consciente el legislador del exceso al que se podría llegar, que se ha introducido una salvaguarda para las situaciones de gravedad, es decir, cuando la decisión del tercero afecte a la vida y salud del paciente, mediante la intervención de la autoridad judicial, bien a petición directa o por medio del Ministerio fiscal. Me parece siempre muy bien la intervención judicial cuando los derechos fundamentales están en juego y creo que alivia de responsabilidad al tercero. Pero el problema es cuando esa situación grave va acompañada de urgencia —¿y cuándo no suele ser algo grave en medicina urgente?— porque el art. 9.6 LAPID prevé que para esos casos en que la urgencia haga imposible la intervención judicial, será el profesional sanitario el que debe adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar la vida y la salud del paciente. En tal sentido, creo que mi crítica se puede reconducir a cuanto ya he dicho sobre la falta de amparo judicial con que se encuentra el profesional. Creo que no debía el legislador haber dejado en manos del profesional una cuestión tan relevante que

afecta a la ponderación de intereses contrapuestos en temas tan delicados y con repercusión en los derechos fundamentales.

### 2.3.3.2 Por su relación altruista

En este caso se trata de situaciones particulares y de personas concretas determinadas que, movidas por sentimientos altruistas o, en cualquier caso, por una actitud íntimamente interna, participan en el ámbito sanitario mediante la donación de algún material sensible humano que permite la ley (órganos, tejidos, gametos, preembriones y embriones),

Su contexto con la relación jurídica principal la mayoría de las veces no guarda una relación directa, es decir, la donación de órganos, salvo algunos supuestos *inter vivos* se hace con el desconocimiento del origen personal del mismo, e igual ocurre con el carácter anónimo<sup>20</sup> de la donación de gametos para casos de fecundación heteróloga.

Jurídicamente podríamos reconducir algunos de los supuestos específicos contemplados en la legislación sectorial como usuarios de servicios sanitarios, que gozarán también de las garantías en las actuaciones para con pacientes, en cuanto que sus legislaciones específicas establecen unas condiciones especiales para la información y el consentimiento, y en todo caso con aplicación de la LAPID como norma general.

## 2.4 Delimitación temporal: momento inevitable de nuestra existencia

Sería un error construir nuestro imaginario intelectual desde una posición temporal desenfocada. Una de las premisas principales en esta investigación es la posición temporal transcendente para comprender la posición constitucional que se defiende en estas páginas.

Queremos evitar pensar en el ámbito sanitario como un momento concreto en el que una persona acude a un profesional ante la percepción de pérdida en salud. El ámbito sanitario, como hasta el momento hemos tenido la oportunidad de comprobar, es poliédrico en todas sus facetas. Desde el punto de vista temporal, la salud presenta una visión unitaria que puede activarse voluntaria o involuntariamente.

<sup>20</sup> Una crítica a este carácter puede verse, por todos, en GÓMEZ SÁNCHEZ (1994).

En el primer caso estaríamos ante lo que se conoce como medicina satisfactiva; en el segundo, ante la medicina curativa. Esta distinción ha sido trascendente en la doctrina y la jurisprudencia, en especial a la hora de la determinación de las responsabilidades profesionales<sup>21</sup>. Sin embargo para nuestro propósito no nos interesa tanto esta dualidad, nos interesa resaltar, como decíamos, el carácter unitario de su fundamento pues sólo así se comprende que, desde una perspectiva jurídica, la sanidad y la salud presenten un factor transversal en todo el Ordenamiento.

Si las Ciencias médicas abordan el estudio desde una unidad biológica, el Derecho no puede pretender separar aquello que la naturaleza no distingue. Me explico. Querer pretender el estudio de casos jurídico-sanitarios desde visiones estancas es desconocer la realidad primera sobre nuestra misma existencia; y es que la salud es algo que se tiene siempre y por ello es justa su protección al máximo nivel, porque es soporte biológico de nuestra vida humana. La persona, como individuo, tiene la posibilidad a lo largo de su vida de ejercer multitud de tareas por sí mismo, pero en el caso de la sanidad nos movemos en situaciones en las que en la mayoría de las veces necesitaremos del concurso de los demás. Lógicamente que yo solo me puedo curar un rasguño y ponerme una tirita, incluso si fuera un forajido del Oeste sería capaz, apretando los dientes a un palo y con una botella de whisky dudosamente destilado, extraerme de mi propio cuerpo la bala que no me ha hecho perder el duelo. Pero más allá de estas imágenes, lo normal es que necesite de un profesional que sea capaz de atender mis necesidades<sup>22</sup>: que me diagnostique un malestar

21 Sobre responsabilidad profesional sanitaria hay infinidad de escritos al respecto. Pueden verse los volúmenes colectivos que recogen la perspectiva de distintas disciplinas (civil, penal y administrativa) de PALOMAR OLMEDA & CANTERO MARTÍNEZ (2013) o MORILLAS & SUÁREZ (2009).

22 VICANDI (2012: 55-56) basa la distinción entre medicina curativa y satisfactiva en la necesidad como parámetro por el que juzgar el deber de una mayor información. Me parece errónea esa posición porque parte de que la medicina curativa es necesaria y la satisfactiva no, equipara la medicina curativa a la premura (urgencia) y la satisfactiva el mero antojo. Pues bien, ese criterio de necesidad es contrario al principio de autonomía que preside el paradigma de los derechos fundamentales que se defiende en estas páginas. Pongo un ejemplo: la Autora circunscribe la medicina satisfactiva a los casos en que hay cirugía y deduce que el *cliente adonístico* debe conocer toda la información salvo la limitada por la cláusula de progreso. Sin embargo hay ejemplos en que se acude a la medicina satisfactiva y puede que no haya cirugía ni resultados esperados. No entro aquí a valorar las cláusulas del contrato que diera origen a la relación civil. Yo hablo desde otra perspectiva: si voy al endocrino porque quiero adelgazar, no puedo pretender que me dé toda la información existente, incluso contradictoria, sobre la virtud de comer un número de veces al día o la ingesta separada de algunos tipos de alimentos. Incluso me puede dar la información necesaria para

que me impide *sentirme bien*, que me recete (imperativo legal) una medicina que necesito, que me opere urgentemente de una apendicitis. La vida misma, la sociedad misma. Luego, aunque los actos médicos puedan individualizarse temporalmente, para nuestro objeto de estudio necesitamos abstraernos de esta visión restringida y entender que la sanidad está en cualquier momento, no debe medirse exclusivamente por su gravedad para que califiquemos el acto de jurídicamente relevante. Cuando le preguntamos a la cuñada por un dolor de estómago, al tío por una opresión en el pecho, al amigo con farmacia lo más eficaz contra el dolor de cabeza estamos entablando una relación sanitaria. Y estamos pidiendo información, que coadyuve a conformarnos una idea personal con la que poder remediar nuestra falta, mejorar nuestro bienestar. En estos ejemplos hay un matiz nada menor: en todos estos casos no existe una relación jurídica en el sentido que veremos en estas páginas y de ahí que la información requerida y suministrada no pueda fiscalizarse de la misma manera.

Desde antes de nacer, nuestra salud ya está siendo controlada. Venimos al mundo en un lugar hospitalario preparado al efecto y con profesionales listos para atender la normalidad y las incidencias. En las escuelas se hacen reconocimientos médicos y se controla que las vacunas han sido suministradas. Al hacer deporte estamos mejorando en salud. Cuando estamos indispuestos acudimos a urgencias, y si nos es imposible llegar una ambulancia viene a socorrernos. En los trabajos se hacen reconocimientos médicos, y el colesterol y el azúcar se han colado en las conversaciones de la pausa del café, en las comidas familiares y en los encuentros con los amigos. En fin, es también probable que nuestro último suspiro se produzca en unas plantas más arriba o más abajo del mismo hospital que escuchó nuestro primer llanto.

mi consentimiento por escrito (una dieta y una tabla de ejercicios). Consiento tácitamente el tratamiento que me ha prescrito. Luego no puedo decir que no me informé de que iba a pasar hambre cenando sólo una zanahoria y que iba a tener agujetas al hacer deporte. Si dejo de hacer la dieta es mi problema; igual que si me dejo de inyectar la insulina. El motivo por el que acudo al endocrino, incluso privado, es mi voluntad y por tal sólo puede comprenderse mi intención de comenzar esa relación. Si necesito o no necesito adelgazar es decisión, si quiero perder 20 kilos o quiero ser modelo de pasarela no puede reconducirse a la necesidad sino pura y simplemente a la voluntad. Que yo acuda a un endocrino privado es indiferente para juzgar el respeto al paradigma de los derechos fundamentales, otra cosa es que crea que pagando me será más efectivo el tratamiento. Creo que este ejemplo responde bien a la idea que quiero transmitir: hay que construir teorías generales, que posteriormente puedan ser aplicadas a los casos concretos y considero que la idea de la necesidad no es útil para describir muchas situaciones dignas de mención.

En este sentido, me parece irrefutable que, aun de maneras muy laxas, la sanidad está presente en nuestras vidas como algo inexorable a la misma, como cauce de su pleno desarrollo biológico. Luego desde el Derecho, y en concreto por los derechos fundamentales, la protección de la salud es la protección de la vida. Para profundizar en esta perspectiva y acercarnos al núcleo central sobre información, debemos continuar con el siguiente capítulo de nuestro estudio.

### 3. EL BINOMIO NECESARIO ENTRE LO SANITARIO Y EL DERECHO

Una aclaración se antoja necesaria en este punto porque afecta a la relación sanitaria como relación jurídica; no estamos diciendo que nos estemos aproximando al objeto de estudio simplemente desde una perspectiva jurídica. Es verdad que cabe el estudio desde muchas ópticas diversas pero no es menos cierto que lo que vamos a defender en las páginas que siguen a continuación es que toda relación sanitaria es también, necesariamente, una relación jurídica. Una relación jurídica que implica la existencia de un régimen jurídico propio, con sus características especiales, que define la actuación de los sujetos intervinientes marcándoles derechos, obligaciones y garantías.

Efectivamente, como investigadores podemos realizar el estudio de muchas maneras diferentes pero lo que no podemos negar es una de las características principales que configuran dichas relaciones sanitarias: el Derecho aplicado sanitario. Es verdad que como trabajo de investigación jurídico-constitucional el foco va a estar puesto en cuestiones de interés para la materia, sin que necesariamente se presenten las múltiples facetas que pueden surgir en un tema tan complejo.

Esta relación jurídico-sanitaria va a venir expresada, primeramente, en términos de autonomía, que conforman la actuación de los derechos fundamentales para este ámbito restringido. El carácter plural, objetiva y subjetivamente, va a venir determinado por la teoría de los derechos fundamentales y en especial su eficacia horizontal, sin que por ello se niegue el carácter bilateral de la relación en las formas en que veremos. Finalmente, vamos a plantearnos el estudio del consentimiento informado, su origen y la evolución de su naturaleza, su significado y una crítica al mismo como velo que en la doctrina y en la jurisprudencia que ha centrado su atención en sólo la parte de la manifestación de la voluntad y ha hecho depender de ésta la necesidad de información.

### 3.1 De la relación dual a la relación plural. La autonomía del paciente como paradigma de los derechos fundamentales en el ámbito sanitario

El cambio cuantitativo y cualitativo de la relación sanitaria sin duda está marcada por dos hitos a los que de un modo u otro ya nos hemos referido: la ampliación de la cobertura sanitaria de carácter universal con el establecimiento de servicios públicos de salud y la irrupción del paradigma de la autonomía de la voluntad. Ambos responden, en definitiva, al entendimiento de la sanidad como sistema; y ambos, igualmente, han corrido paralelos en el tiempo hasta su acoplamiento a la coherencia de la situación jurídica actual. Uno y otro crean una vinculación sinalagmática que explica, por un lado, la despersonalización del tratamiento sanitario para hacerlo descansar en la idea del servicio, al tiempo que se potencia dentro de esa misma organización un trato cercano con el médico de cabecera y se establecen mecanismos en los que el paciente pueda manifestar sus opiniones o preferencias; por otro lado, el centro gravitatorio de la relación se ha trasladado del médico al paciente<sup>23</sup>, no por capricho o azar, sino por pura lógica de coherencia jurídica con el Ordenamiento actual que nos rige. Esto último ha permitido a su vez revalorar otras profesiones sanitarias que tradicionalmente han estado a la sombra de la deidad médica, por ejemplo, las enfermeras o profesiones sanitarias más novedosas como los fisioterapeutas. Pero también ha traído un aumento de la litigiosidad contra los médicos, a veces auspiciado desde el poder político<sup>24</sup>, y la puesta en práctica de la medicina defensiva por parte de los profesionales (cfr. STS 7 de febrero de 1990 RJ 1990\668), más preocupados de evitar responsabilidades que de buscar el verdadero interés del paciente. En este sentido podemos comprobar que aún no hemos alcanzado el equilibrio en las relaciones sanitarias.

23 Algunos autores como VICANDI (2012: 41), siguiendo a GALÁN CORTÉS, consideran que el motor principal del cambio de paradigma está compuesto por dos factores: “la pérdida de esa atmósfera de confianza” entre paciente y médico y “una sensible deshumanización de [la] práctica [médica]” (GALÁN CORTÉS, 2011: 23).

24 Sólo así se entiende la introducción en el CP de 1995 el tipo penal del art. 196 que castiga, como omisión especial agravada al profesional que estando obligado a ello denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios (cfr. ESQUINAS, 2006). La mayoría de las causas que se instruyen por este tipo no acaban prosperando. En estos casi 20 años de vigencia del CP tan sólo existe una sentencia en la que el Supremo haya conocido de este artículo (cfr. STS 56/2008 de 28 enero RJ 2008\1406). Un comentario de la misma puede verse en ESQUINAS (2009).

Estamos ante una relación jurídica bilateral que se define por la interacción de dos partes bien definidas. Este carácter sinalagmático se va a mantener, a mi entender, en todo momento, incluso en los supuestos en los que terceras personas resulten obligadas a participar en la misma porque en tal caso su fundamento será la sustitución, que traerá causa en situaciones reconducibles a la teoría general. Por eso conviene resaltar que las partes siempre serán dos, y ello con independencia de que el espacio sanitario pueda estar ocupado por sujetos diversos que no necesariamente participan de esa relación jurídico-sanitaria (pensemos no sólo en el familiar sino también en un mir en rotación o un alumno en prácticas). Esto no quiere decir que la relación sea dual, sino que la misma vendrá definida por el carácter plural, por la cantidad de profesionales necesarios para una completa actuación sanitaria (idea del servicio), así como por la pluralidad normativa que define la parte jurídica de la relación.

No nos puede caber duda de que el paradigma se ha modificado pero aún estamos arrastrando los efectos del cambio. Recordemos que “[la] concepción paternalista consideraba que el médico, por el mero hecho de serlo, se encontraba revestido de la autoridad necesaria para actuar de la forma que considerara más beneficiosa para la salud del paciente, incluso a costa de no informar a éste suficientemente, o incluso de despreciar su voluntad si el enfermo se oponía a un tratamiento considerado imprescindible.” (HERMIDA & NERÍN, 2012: 58). Efectivamente es un cambio profundo, pero no debe verse como un cambio contra los médicos, no se trata de verlos perjudicados –y yerra quien así se considere– sino que se trata de una evolución con los tiempos, y paso natural que refleja los valores de la sociedad contemporánea. No olvidemos que el cambio es posible, no sólo por la adecuación normativa internacional y estatal, sino especialmente por la voluntad misma de los profesionales sanitarios.

Todo ello también conlleva esa ruptura del carácter dual de la relación así como del monopolio del médico en el conocimiento científico necesario para conseguir reestablecer el bienestar del paciente. Efectivamente, mientras que el acto de voluntad va a corresponder en exclusiva a la persona cuyo bienestar se trata de restablecer, en la otra parte, la que ejerce y comunica el conocimiento, se ha pasado de un trabajo individual a la colaboración en equipo, con división de funciones, sin que ello suponga que no quepan responsabilidades individualizables. Pero en general, hoy, hasta en el tema de las responsabilidades, por

daños, está cada vez más presente la idea de responsabilidad del equipo (cfr. GARRIDO JIMÉNEZ, 2013) o del servicio mismo; piénsese por ejemplo en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (cfr. PANES CORBELLE, 2013).

No debemos confundir lo dicho hasta el momento con la relación personal que pueda establecerse entre un(os) profesional(es) determinado(s) y el paciente-usuario-consumidor. El cambio de paradigma no es sinónimo de frialdad en la relación, antes al contrario, es un intento por ahondar en la cercanía del profesional para con el paciente, normalmente temeroso ante una reacción biológica desconocida para él. No debe entenderse la desaparición del paternalismo como lejanía del paciente, como si se hubiera producido, en especial de parte de los médicos, una mudanza de la cumbre del Olimpo a las montañas de la soberbia despersonalizada. El profesional sanitario debe tener todo el reconocimiento social que se merece, pero ni es un dios ni una máquina de curación; es una persona, como el paciente, pero que desde su conocimiento es capaz de transmitir y aplicar técnica. Y como toda técnica, ésta puede conllevar riesgos, los cuales deben ser aceptados. El paradigma de la autonomía, por tanto, parte del presupuesto de que existe una comunicación, y tal comunicación no puede estar a cargo de personas ajenas al servicio sanitario que estemos utilizando, es decir, no se puede cargar a la familia con esa responsabilidad. Es una cuestión del requirente en salud y del que puede ofrecérsela.

Pero no podemos olvidar un detalle: el paradigma de la autonomía pone el acento en ese traslado del eje, en la necesidad de que el paciente sea el que se exprese. Pues bien, me parece que, de acuerdo con lo mantenido hasta el momento, debemos también superar esta visión para hablar simple y llanamente de paradigma de los derechos fundamentales en el ámbito sanitario. La relación de ambos presupuestos los veremos en el epígrafe siguiente. Ahora me interesa resaltar que desde esta visión se comprende mejor el conjunto de la actividad sanitaria (plural y constante en el tiempo, *vide supra*) y nos dejamos de centrar en el solo momento del ‘sí quiero’. Pongamos, pues, luz jurídica a todo el camino. Como en un matrimonio, es transcendentemente importante la manifestación de la voluntad libre pero no lo es menos, si no más, el noviazgo, más o menos largo, en el que la pareja se conoce y en el que empiezan a compartir sus verdades y secretos (póngase en relación esta idea con intimidad en el ámbito sanitario). Es cierto que en este ejemplo, la igualdad de las partes es más palpable

que en la relación sanitaria. Pero que, en el caso de estudio, una de las partes ponga conocimiento y la otra sólo datos biológicos no justifica un desequilibrio en la relación entablada, porque no es el conocimiento la base de la relación sino la misma dignidad humana, verdadero fin en la relación jurídico-sanitaria. La aplicación de conocimiento y técnica es sólo un medio, y por ende no puede condicionar el fin.

En consecuencia, la aplicación del conocimiento y de la técnica debe ir precedida de la información sobre sus extremos. Si los derechos fundamentales se ejercitan mediante la autonomía personal, es necesario que la misma se realice en un entorno informado; como señalan HERMIDA & NERÍN, “el derecho a la información es una derivación del derecho a la autonomía, ya que sólo si se conocen los aspectos vinculados a la dolencia y las opciones terapéuticas puede tomarse una decisión consciente.” (2012: 58) Pero a esto hay que añadir el elemento definidor de esta investigación: la información jurídica; efectivamente, si sólo se conocen los aspectos vinculados a la dolencia y las opciones terapéuticas para poder tomar una decisión consciente, estamos limitando dicha decisión sobre presupuestos eminentemente científicos y estamos condicionando nuestro futuro desarrollo sin adoptar una perspectiva jurídica de la cuestión. Como ya hemos defendido, se trata de una relación jurídico-sanitaria, regida por el paradigma de los derechos fundamentales, luego me parece menester que ese ciudadano (paciente-usuario-consumidor) tenga la información sobre las posibles consecuencias jurídicas que su decisión puede acarrear.

No se trata de establecer contenidos estancos sobre la información sanitaria y, en consecuencia, no creo que su debate deba dirigirse a la distinción sobre si estamos ante obligaciones de medios u obligaciones de resultado o ante medicina pública o privada, con el distinto alcance que la jurisprudencia ha dado al deber de información (cfr. STS 1003/2008 RJ 2008\5790). Cosa distinta son las consecuencias que podamos exigir en uno u otro ámbito. Es decir, en principio, no por acudir a medicina privada satisfactoria a la que se le ha exigido por la jurisprudencia un plus de información (cfr. por todas, STS 1194/2007 RJ 2007\8651), se tiene necesariamente que recibir la información jurídica a la que nos estamos refiriendo en detrimento a otras situaciones en las que una persona acude al servicio sanitario por necesidades curativas. Estamos partiendo de una posición de igualdad y, desde tal óptica constitucional, no debemos modular la propia existencia (necesidad) de información jurídica; podrá modularse el contenido atendiendo

las circunstancias y las excepciones legalmente previstas. Por ello, habrá que ver los casos concretos, así como las conexiones normativas que se puedan producir, y en este sentido, el alcance terminológico de la tríada paciente-usuario-consumidor nos podrá ayudar a su determinación objetiva, como hemos visto *supra*.

Recapitulando, el paradigma de los derechos fundamentales es el que mejor coherencia con la especificación de los principios generales de la sociedad, informados por esos principios constitucionales, al concreto ámbito sanitario y con transcendencia práctica en las específicas relaciones sanitarias que surgen constantemente.

### 3.2 Dignidad, autonomía y derechos fundamentales: su proyección en el ámbito sanitario

Acabamos de decir que, a nuestro entender, el conocido paradigma de la autonomía de la voluntad es el paradigma de los derechos fundamentales en el ámbito sanitario, lo que sin duda, va a determinar la transcendencia constitucional de la relación jurídico-sanitaria que pueda nacer en su seno. Este paradigma es más general y se aproxima mejor a todas las perspectivas que inciden en el ámbito sanitario. Y esto es lo que vamos a tratar en este epígrafe, una presentación general de la interrelación jurídica existente y la justificación de unas de las principales bases de la presente investigación.

La tradicional aproximación a los derechos fundamentales se ha hecho desde un contexto político, que explica en paralelo el surgimiento del Estado democrático y la normatividad de la Constitución (CRUZ VILLALÓN, 1989). Lo que en su origen trataba de ordenar políticamente el conjunto del Ordenamiento con especial atención a la posición del individuo en ese sistema, ha ido desarrollándose *de manera natural* hasta llegar al punto de que la correcta interpretación del Orden jurídico, no sólo público, pasa necesariamente por su acomodo a los derechos fundamentales constitucionalmente positivizados. Por tanto los derechos fundamentales cumplen una doble misión: son derechos subjetivos pero al tiempo integran el conjunto del Ordenamiento<sup>25</sup>. Esta visión

25 Según la STC 31/2010 : “bajo el término “derecho” se comprenden tanto [1] verdaderos derechos subjetivos como [2] cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien [1] imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien

de los mismos supone una caracterización restringida de los derechos reconocidos como tales en el Título I CE<sup>26</sup>, de acuerdo con el art. 53.1 CE. En un sentido amplio, sin embargo, no nos cabe duda de que los principios rectores son también núcleo fundamental del valor normativo de la Constitución, limitados en su alcance e interpretación por el art. 53.3 CE.

Determinado su distinto contenido, debemos referirnos a su alcance. Para ello tenemos que dirigirnos al art. 9 CE que en sus dos primeros apartados establece:

“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

La Constitución no es sólo una norma dirigida a los poderes públicos sino que primeramente los sujetos a ella son los ciudadanos. Esto implica que, aunque tradicionalmente los derechos y libertades fundamentales han tenido una visión de defensa ante el Estado para el respeto de la individualidad personal, hoy debe entenderse superada esa estricta visión de eficacia vertical y debe desplegarse, con todas sus consecuencias, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (BILBAO UBILLOS, 1997; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 1999). Ello implica que la naturaleza del

---

[2] obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.” (números en cursiva míos)

26 Según la STC 31/2010: “Derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores [...] Esa función limitativa sólo puede realizarse desde la norma común y superior a todos los legisladores, es decir, desde la Constitución, norma suprema que hace de los derechos que en ella se reconocen un límite insuperable para todos los poderes constituidos y dotado de un contenido que se les opone por igual y con el mismo alcance sustantivo en virtud de la unidad de las jurisdicciones (ordinaria y constitucional) competentes para su definición y garantía. Derechos, por tanto, que no se reconocen en la Constitución por ser fundamentales, sino que son tales, justamente, por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente.”

servicio sanitario y de la forma jurídica en que se materialice la relación jurídico-sanitaria, sea pública, privada o privatizada, nada van a impedir ante la fuerza expansiva de los derechos fundamentales en su sentido amplio (cfr. ROVIRA: 2007: 108), es decir, incluyendo los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III CE.<sup>27</sup>

El ámbito sanitario, conforme hemos defendido, no es un mero sector de la sociedad, es un vector transversal que nos atraviesa a todos en cuanto que individuos, más allá de nuestra posición social y ello porque la biología no conoce de usos y oportunidades sociales. Pero no caigamos en una visión reduccionista de la medicina y entendamos su justificación meramente como una subsanación de un mal que nos aqueja. La medicina satisfactiva para nada está exenta de este campo, e incluso con más razón, porque es fruto de un acto de voluntad personal. Que lo que nos coloque en el comienzo de una relación jurídico-sanitaria sea una voluntad querida o una voluntad necesitada nada cambia el paradigma de los derechos fundamentales. Éstos están siempre, omnipresentes, y sólo están limitados espacialmente por el elemento territorial del Estado, sin que quepa un trato diferenciado dentro del mismo (ex art. 139 CE). No es que los derechos fundamentales sean aplicados sectorialmente en la sociedad pues no cabe divisiones de los mismos. Una cosa es que guíen una regulación específica, otra distinta es que su pleno respeto, como conjunto, sea consecuencia de la inevitabilidad del ámbito sanitario en nuestras vidas, lo que lo equipara a la sociedad misma. Ello implica que no cabe modular los derechos fundamentales por encontrarnos en un ámbito sanitario, inmersos en una relación jurídica sea cual sea su trascendencia sanitaria. Por estar enfermo no se deja de ser persona, por pedir información no se deja de ser persona, por querer operarse la nariz, no se deja de ser persona. Los derechos fundamentales actúan en la normalidad, sorteando los riesgos que nos rodean; es en la anormalidad, en su trasgresión cuando se produce la falta que nos coloca en situación de alerta. Por tanto, abordar el estudio del ámbito sanitario desde la perspectiva de los derechos fundamentales no es capricho de constitucionalista sino la necesaria manifestación de que la actuación sanitaria, y en especial la médica,

---

27 Concluye el Prof. ROVIRA que “los derechos fundamentales tienen tanto una dimensión vertical (frente a los poderes públicos) como horizontal (frente a los particulares). Su pleno respeto y disfrute por sus legítimos titulares conforma un *orden público constitucionalizado* [con referencias aquí a LÓPEZ AGUILAR (1990) y a CÁMARA VILLAR (1993)] de necesaria eficacia en todos los ámbitos y por tanto, y *con más motivo, en el sanitario.*” (2007: 108) (cursivas mías)

debe hacerse con pleno respeto a los derechos fundamentales (art. 10 CE), no sólo cuando estemos ante el SNS, en cualquiera de las formas de gestión, sino también ante una actuación sanitaria netamente privada. En este caso de la sanidad privada, no podemos adoptar la errónea visión idílica liberal de dos personas que convienen recíprocamente en una serie de obligaciones. La trascendencia pública de la sanidad en todas sus formas se encuentra recogida en la propia Constitución (art. 43.2 CE) pero aún más su interacción con los derechos fundamentales siquiera viene por la teoría de la eficacia fundamental, viene porque, como venimos diciendo, en toda relación jurídico-sanitaria los derechos fundamentales más íntimos están en juego. Además del propio dictado del art. 43.2 in fine CE cuando habla de la regulación por ley de los derechos de todos al respecto, tenemos que recordar el reproducido un poco más arriba cuando el art. 9.2 CE habilita a los Poderes públicos a intervenir para garantizar la libertad y la igualdad de las personas y facilitar su participación en la vida política, económica, social y cultural. Que el Constituyente haya regulado la sanidad entre los principios rectores, precisamente de esa vida social del art. 9.2 CE, no quiere decir que el argumento defendido hasta el momento sea erróneo: la sanidad no es un mero sector, importante y trascendente pero un solo sector, es más que eso, es un ámbito, un vector, una realidad inseparable de la humanidad lo que explica que en este campo los derechos fundamentales sean la luz que ilumine la mejor actividad de la relación. La sanidad es una de las tres facetas, junto al consumo y al trabajo, que intrínsecamente definen nuestra posición social como individuos. Y paciente, consumidor y trabajador son sinónimos de persona para un momento o una actividad de la vida concreta pero inevitable (no confundir con la tríada paciente-usuario-consumidor, que responde al mismo principio pero desde el enfoque sanitario en exclusiva)<sup>28</sup>.

Este carácter constitucional sobre la posición jurídica de los sujetos centrales de la relación jurídico-sanitaria es, además, coherente con la visión constitucional del concepto vida, que considero que viene marcado por tres caracteres: tiempo, autonomía y protección jurídica al más alto nivel (PÉREZ MIRAS, 2013: 43-50). Lo más trascendente para poder

28 La STC 32/1983, relacionando los arts. 43 y 51 CE infiere “la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional, puesto que los derechos en que tal sentido reconoce la Constitución en los arts. 43 y 51 o, complementariamente, en otros, como el 45.1 [...], pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos [...]”.

conseguir el pleno desarrollo de la personalidad es que las elecciones vitales que constantemente vamos adoptando puedan ejercerse con autonomía. Como bien señala ROVIRA, “[la] autonomía es el presupuesto para actuar, para elegir, lo que nos hace personas, porque estamos programados en cuanto seres, pero no en cuanto humanos. No estamos dirigidos exclusivamente por los instintos, incluso jugamos en ocasiones contra ellos, ofrecemos una sensación de apertura, de extrema disponibilidad, de inquietud que evoluciona y cambia y que actualmente llega hasta la posibilidad, ya real, de programar genéticamente a las futuras generaciones. [...] Es la autonomía individual, nuestra condición humana, el presupuesto esencial y primero, y el que nos exige que nos ocupemos irremediamente de nuestro futuro. Nadie debe/puede hacerlo por nosotros. [...] Por eso soy responsable de mis acciones.” (2007: 18-19) “La autonomía es la condición humana, el alma que nos diferencia y nos hace humanos.” (2007: 49) “Si no hay autonomía se pierde la humanidad del ser, es su presupuesto, y las personas son seres físicos verificables, materiales, a partir de ellos podemos hablar de derechos. Nada existe previo al ser autónomo. La autonomía sería el principio del ser humano, la facultad singular que le define y diferencia, y el consentimiento informado su garantía jurídica esencial en el ámbito médico.” (2007: 51-52).

Sin entrar aún en el tema del consentimiento informado, ahora nos interesa resaltar que lo dicho hasta el momento se coherente con el propósito de la LAPID cuyo objeto es la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica (art. 1 LAPID). Por ello no nos puede extrañar que el primer principio básico que recoge su art. 2<sup>29</sup> sea:

29 Los principios básicos que anuncia el art. 2 LAPID son: “1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especial-

“1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.”

Parece desprenderse de este art. 2.1 LAPID tres principios orientadores de una serie de actividades que guardan relación con el ámbito de la información. Esto puede entenderse en el sentido de que otros momentos de la actividad clínica vienen relatados en los principios siguientes de ese art. 2 LAPID, excesivamente centrados en lo referente al consentimiento informado, aunque a veces parece tener el carácter de especificación del primer punto. Una primera crítica que cabe realizar al mismo es que presente en igualdad tres principios diferentes en cuanto a su naturaleza y alcance, si bien los tres responden al paradigma de los derechos fundamentales, y que además lo circunscriban sólo a la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. Por un lado, la dignidad humana representa no un principio sino un presupuesto intrínseco del que derivan, ahora sí, principios orientadores y derechos subjetivos fundamentales; por tanto, debería haberse presentado una redacción en la que de manera palmaria se declarara que toda actividad sanitaria estaba basada en el pleno respeto de la dignidad humana. En palabras del Tribunal Constitucional, con ocasión de la STC 53/1985, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.” Este pasaje del FJ 8 sin duda recoge a la perfección la idea de la dignidad que se materializa por el principio de autodeterminación, que se traduce en el ámbito sanitario como consciente y responsable uso de la autonomía personal. Por su parte, ello debe completarse con el pasaje de la STC 57/1994 (FJ 3) en que estableció que la dignidad es “un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

---

mente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

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

En consecuencia, los otros dos principios no son sino un desarrollo de lo primero, pero aún con un matiz: la autonomía como tal no es un derecho fundamental sino una condición necesaria para el ejercicio de los mismos cuyo carácter constitucional se extrae del conjunto de los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 10 CE. Por ello, junto a la dignidad debería señalarse la efectiva garantía de la autonomía individual<sup>30</sup>. Después, sí que propiamente cabría recoger un principio básico, concreción de un derecho fundamental, como es el respeto a la intimidad (art. 18 CE). Particularmente considero que, si entendemos este primer punto como genérico de todos los recogidos en el art. 2 LAPID hubiera sido mejor recoger igualmente como principio básico directamente la idea de la información (art. 20 CE), que es presupuesto necesario para la mejor elección autónoma. Por otra parte, en vez de adelantar en los siguientes apartados los principios básicos que van a guiar el consentimiento, puede que hubiera sido más acertado procurar otro principio básico como garantía a la integridad personal, que no es otra cosa que la necesaria manifestación de la voluntad, tácita o expresa, verbal o escrita, para toda actuación sanitaria, con lo que tampoco hubiera optado por circunscribir el ámbito sanitario a su vertiente más asistencial. Creo que un tratamiento más general, sin duda más ambicioso, hubiera sido muy respetuoso con la idea defendida en estas páginas. Del mismo se podría ir deduciendo y especificando las distintas situaciones, dando a su vez juego a las legislaciones autonómicas de desarrollo de la materia.

Estas dos ideas nos llevan inevitablemente a un *excursus* de trascendencia constitucional, y por ello no me resisto a apuntarlo: la LAPID debería haberse tramitado como ley orgánica (cfr. MÉJICA & DIEZ, 2006; ROVIRA, 2007: 113) en cuanto que desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE) y sin perjuicio de su carácter básico (art. 149.1 CE) en todo aquello que excediera de la reserva de ley orgánica. ¿No es acaso la LAPID la ley fundamental de los derechos de las personas que interactúan en el ámbito sanitario? Sé que sólo son juegos de palabras, pero su carácter trascendente y su objeto ya nos acerca a la noción de ley orgánica y sin duda es la ley fundamental, junto a la LGS, del sistema sanitario: ésta

---

30 ÁLVAREZ MEDINA señala que “a menudo, bajo el rótulo de la libertad personal, la autonomía sirve como fundamento jurídico de máximo rango consagrado en las constituciones de los Estados. Como tal, el valor de la autonomía encierra un carácter universal u objetivo, prevalece ante cualquier concepción particular del bien que pudiera ser incompatible con ella y se concibe como garante de la individualidad y el autogobierno.” (2002: 153)

desde la perspectiva de la organización, aquella desde la óptica de los derechos. En este sentido, la buena actuación del legislador habría visto en el inciso final del art. 43.2 CE una reserva de ley general para desarrollar derechos y deberes, en este caso sí sectoriales (piénsese en el derecho a la segunda opinión médica o a la elección de facultativo, que son derechos que sólo pueden accionarse en el contexto sanitario). Pero una ley de la trascendencia de la LAPID, con auténtica regulación esencial de derechos fundamentales no podía reconducirse simplemente al juego bases-desarrollo previsto en el art. 149.1 CE, por mucho que por aquella época se hubiera adelantado Cataluña (Ley 21/2000 sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica) y Galicia (Ley 3/2001 sobre consentimiento informado e historia clínica) en la regulación de un conjunto de derechos específicos, y en especial del consentimiento informado.

Los derechos fundamentales implicados de manera especial en la LAPID son el derecho a la información, el derecho a la intimidad del art. 18 CE, que el art. 7 LAPID recoge en su dimensión de protección de datos sanitarios<sup>31</sup>; el derecho a la vida y la integridad personal del art. 15, que se ve afectado sin duda por los artículos sobre consentimiento informado e instrucciones previas, sus límites y excepciones (arts. 8, 9, 11 LAPID).

### 3.3 La relevancia del consentimiento informado: de la exención de responsabilidad a la naturaleza constitucional. Crítica al último atisbo de paternalismo médico

El art. 1 de la Declaración de Filadelfia de 1774 estableció que “el derecho de las personas a la vida, a la libertad y a la propiedad no han cedido nunca, en ningún poder soberano, el derecho a disponer de ellos sin su consentimiento”. Esta redacción marca de manera sublime uno de los rasgos quizás más importantes, pero a su vez más desapercibidos, del ejercicio ordinario de los derechos fundamentales y es el que su transgresión se produce cuando no ha habido un consentimiento previo por parte de su titular. El ejemplo, aun evidente, es oportuno: si un médico me realiza un corte en mi abdomen y me extrae el apéndice estará violando mi integridad personal y

mi intimidad, con las consecuencias penales que se puedan activar en su caso; si ha mediado mi consentimiento, estaremos hablando de una operación de apendicitis.<sup>32</sup>

Se podría ver en este artículo un primer fundamento (débil) de la teoría del consentimiento informado y de hecho no faltan autores que lo incluyen en su repaso a los antecedentes históricos de esta figura<sup>33</sup>. No dejaría entonces de resultar curiosa la evolución de la misma pues su primera deducción vendría de un texto de alto nivel —en el contexto de la Independencia de los Estados Unidos de América y con las salvedades de su valor normativo— y habría viajado por la jurisprudencia, legislación y práctica hasta buscar acomodo nuevamente en un Texto superior, esta vez deducible directamente de la Constitución<sup>34</sup>. Y éste es el recorrido que se ha producido en especial en el último siglo.

Las primeras concreciones del consentimiento informado surgen en la jurisprudencia de países anglosajones<sup>35</sup>. Su introducción en la práctica médica se realiza con dificultades, hasta el punto que resulta necesaria su inclusión en textos legales que obliguen al galeno a su ejecución, lo que es visto desde la profesión como la exigencia legal de la firma del

32 Más allá de la simpleza jurídica de este ejemplo, el lector debe advertir que no es pacífica en la más sólida doctrina penal el tema acerca de las consecuencias del consentimiento sobre la tipicidad y la antijuridicidad pero no es este el espacio para su tratamiento. En todo caso, véase, por todos, MORILLAS CUEVA (2009).

33 Aproximaciones históricas en la doctrina pueden verse, sin ánimo de exhaustividad, en SIMÓN LORDA (2000); MÉJICA & DIEZ (2006: 39-47); VICANDI (2012: 45-48); GALÁN CORTÉS (1997: 17-32).

34 La preocupación por el consentimiento informado a nivel mundial ha llevado a la inclusión de esta figura en diversas Constituciones de nuestro entorno, amén de su regulación en el Convenio de Oviedo, que fue impulsor para correcta aplicación en los países que lo ratificaron. En nuestro país, algunos de los EEAA reformados han recogido expresamente la figura del consentimiento informado previo.

35 La primera sentencia de la que se tiene constancia por falta de consentimiento, ante la implantación de una prótesis, fue en el Reino Unido con la sentencia *Slater vs Baker & Stapleton*, de 1767. No es hasta el siglo XX en que la problemática empieza a ser cotidiana en los procedimientos médicos. Son paradigmáticas las sentencias de Estados Unidos *Mohr vs Williams*, de 1905 en la que había practicado una operación de oído sin consentimiento; en 1913, la sentencia *Rolater vs Strain* en la que se condena al facultativo que había desoído la voluntad expresada por el paciente). Y ya décadas más tarde, la Corte Suprema Massachusetts en 1979 reconoce el derecho a renunciar al tratamiento (*Rogers vs Oakin*). En la Europa continental, no fue hasta los años 50 en que la Corte de Casación francesa se pronunció al respecto en la Sentencia de 27 octubre de 1953 (Cámara Civil).

31 Véase el estudio sobre la intimidad en la sanidad en sentido amplio en DE LA SERNA BILBAO (2013); DE COSSÍO (2009); SOLA RECHE (2011: 565-569); MÉJICA & DIEZ (2009: 105-131); IRABURU (2006); ROVIRA (2007: 137-144); DOMÍNGUEZ LUELMO (2003: 209-232); GÓMEZ SÁNCHEZ (2011).

paciente antes de la actuación médica, invenciones de los juristas para la exigencia de responsabilidad médica y su culpabilidad (SIMÓN LORDA, 2010, 2006).

En España, la primera sentencia que trató explícitamente el problema del consentimiento informado fue la STS de 10 de marzo de 1959<sup>36</sup> en relación a un tratamiento médico - quirúrgico. Pero no es hasta a partir de los 80 cuando empieza a generalizarse, que lleva incluso a su regulación en el art. 10.5 y 10.6 LGS en su relación con el apdo. 10.15 LGS. En la moderna jurisprudencia de los años 90 este consentimiento informado se explica incluyéndolo dentro de la *lex artis*. Así por ejemplo, es un referente la STS 487/1995 de 24 mayo (RJ 1995\4262) en la que empieza a manifestarse de manera general que “*todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica, y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato.*” (cursivas mías). Se recoge aquí, por tanto, la idea del consentimiento informado como obligación del médico de informar y recabar el consentimiento, como parte de la *lex artis*, tal como reconoce un poco más adelante en un pasaje no transcrito; a su vez, habla de todo facultativo, o sea, como obligación general, pero inmediatamente se centra en las intervenciones quirúrgicas, acompañado de la excepción que suponen las urgencias vitales. Digamos que el Tribunal Supremo en ese pasaje sienta las bases del consentimiento informado, sus características y excepciones. De aquí se va a producir una carrera jurisprudencial que lleva al Tribunal Supremo a principios del siglo XXI a declarar que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental, así STS 3/2001 de 12 enero (RJ 2001\3)<sup>37</sup>.

36 Citada en SIMÓN LORDA (2000: 110); GALÁN CORTÉS (1997: 65)

37 Resume toda la evolución jurisprudencial la sentencia un poco posterior, que reproduce la afirmación de la STS de 12 de enero de 2001. Así, STS de 11 de mayo de 2011 (RJ\2001\6197) FJ 7: “Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado (S 25-4-1994). Asimismo, se ha

Pero no nos podemos quedar en estos bonitos cantos de sirena, porque, siguiendo a ROVIRA, “[el] *consentimiento informado* puede estar protegido *como si fuera un derecho fundamental*, pero no lo es.” (2007: 109). Lo que sí que es evidente es su naturaleza y trascendencia constitucional (ÍDEM: 108-116). Así, siguiendo aún las claras palabras de este Profesor, “más que un derecho fundamental autónomo, es un instituto cuya finalidad es conferir a los derechos así garantizados la fuerza que les es propia. Es decir, un mecanismo jurídico de seguridad que hace plenamente normativos, efectivos los preceptos que reconocen los derechos en nuestro texto constitucional y que el legislador está obligado a concretar para salvaguardar y defender la integridad del valor normativo, en este caso de los derechos del paciente.” (2007: 109).

Por lo tanto resulta evidente y demostrado que, aunque en la práctica el consentimiento informado ha sido visto como mera causa de exoneración de responsabilidad, sin embargo tiene causa, no sólo en cuestiones bioéticas<sup>38</sup> y en el principio moral de la

expuesto que «...la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1,1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias –Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio – en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. *El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos*» (Sentencia 12-1-2001).” (cursivas mías)

38 Desde este punto de vista, siguiendo a SIMÓN LORDA, “el consentimiento informado es el resultado de la incorporación y transformación de los postulados de la tradición benéficista por los de la tradición jurídica de la autonomía gracias a la mediación decisiva de la tradición política de la justicia. Sin considerar esta última mediación no se entiende bien por qué

autonomía (cfr. DÍAZ PINTAS, 1998), sino fundamentalmente en la Constitución. El consentimiento informado “no es ni más ni menos que un mecanismo de garantía, un instituto constitucionalmente relevante que hace posible en el ámbito médico el contenido objetivo de los derechos fundamentales, un haz de facultades jurídicas atribuidas al paciente para defender sus derechos frente a cualquier clase de intervención médica” (ROVIRA, 2007: 112) Y esto es la posición que parece haber adoptado la última Jurisprudencia constitucional, más respetuosa con los valores que se derivan de la LAPID.

Efectivamente, en la STC 37/2011 se construye una teoría del consentimiento informado partiendo de los derechos fundamentales, en especial la integridad física<sup>39</sup>, y de la jurisprudencia del TEDH, en la que afirma que el consentimiento informado puede ser considerado (FJ 5):

“como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”

nuestros sistemas sanitarios están actualmente tan hondamente preocupados por el problema del consentimiento informado” (2000: 1-2)

39 Nuestro Tribunal no hace derivar en ningún momento el consentimiento informado *también* de los derechos y obligaciones de las personas del art. 43.2 CE. Esto es una muestra de la difícil proyección fundamental del principio rector de la salud. A modo comparativo, es curioso ver cómo dos sistemas constitucionales tan parecidos acaban reconociendo, como si de un *ius commune* se tratara, aquellos aspectos actuales que por su relevancia cuantitativa y su importancia cualitativa, como es el consentimiento informado. Así, en el caso italiano, la Jurisprudencia y la doctrina también se han orientado a conseguir su protección. Siguiendo a CARETTI (2005: 426 ss.) podemos afirmar que ante todo del art. 32 CI se puede deducir un derecho a la propia integridad psíquico-física (recordemos que el sistema constitucional italiano no prevé un derecho a la vida y a la integridad similar a otros sistemas como el español, cfr. PÉREZ MIRAS, 2013: 48) al tiempo que permite legislación sobre donación de órganos, el derecho de autodeterminación médica, incluso con posibilidad de rechazar tratamiento (art. 23.2 CI *a contrario*) y con especial respeto al consentimiento informado. Por tanto, mientras en España, la protección constitucional de la salud pasa por su incardinación con el art. 15 CE, en el caso de Italia, estos *aspectos fuertes* ligados a la integridad personal se deducen del derecho a la salud del art. 32 CI.

Por tanto, la conculcación del consentimiento informado como garantía constitucional conlleva la lesión del derecho fundamental a la integridad física, como acaba fallando la sentencia y concediendo el amparo<sup>40</sup> requerido.

Es menester igualmente señalar que el Alto Tribunal conviene en esta conclusión del consentimiento informado como garantía a consecuencia de la proyección de dos derechos en esa figura, que fácilmente podemos comprender que son la información previa y el consentimiento. Pero si por algo se constituye en garantía es por ese proceso previo de información<sup>41</sup>. Prueba de ello es que en el razonamiento de la sentencia los dos párrafos anteriores están dedicados a justificar separadamente el consentimiento y el derecho a la información.

Desde mi punto de vista, la importancia del consentimiento informado debe verse, por tanto, en la importancia constitucional del derecho de información, que se puede traducir en un deber deontológico para el profesional –y lo puede considerar incluido en su *lex artis*<sup>42</sup>– pero nosotros no podemos dejar de reconocer que ante todo es un deber jurídico-constitucional para el sanitario, que se manifiesta en forma de un procedimiento jurídico, que debe ser ágil y sencillo (ROVIRA, 2007: 113), y que en determinadas circunstancias, necesitará de la expresión de la voluntad del paciente que será intervenido. El Tribunal pone mucho el acento en esta idea de la intervención para incardinarlo con el art. 15 CE. Así, se expresa en el FJ 5 cuando dice:

40 De vez en cuando el sistema da alguna alegría y al menos me gustaría manifestar que este reconocimiento constitucional por parte del Tribunal venga como consecuencia de un recurso de amparo, esa garantía directa que la ciudadanía tiene ante la lesión de sus derechos fundamentales, pues ejemplifica quizá la traslación del eje en el ámbito sanitario, una culminación de la verdadera importancia de la posición del paciente y de sus derechos en la actuación sanitaria.

41 En la doctrina, no faltan autores que se han percatado de esta importancia del derecho de información, resaltando su valor en la relación médico-paciente como forma en la que se estaba materializando el cambio de paradigma. Así, desde los primeros artículos reseñando su importancia (cfr. SÁNCHEZ CARO, 1993 y BELTRÁN AGUIRRE, 1995) cada vez se ha puesto más el acento en este periodo previo. Así GALLEGU RIESTRA, siguiendo a SÁNCHEZ CARO, escribe que “[la] información constituye un proceso de relación y es, por tanto, un proceso verbal, hablado, en el cual se produce una continua interacción e intercambio de información entre el sanitario y el paciente” (2013: 811). En un sentido amplio, véanse por ejemplo, CASTAÑO DE RESTREPO (2011) o ROVIRA (2007)

42 Esta es la posición común en la doctrina civilista. Más claro no lo puede expresar GALÁN CORTÉS cuando afirma que “[el] consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*. Constituye, por consiguiente, un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad.” (2011: 363)

“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 (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).”

Escasos momentos después, tras analizar el derecho de información previa, el Tribunal concluye:

“De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.”

Resulta evidente de este último pasaje que uno de los fundamentos básicos para otorgar la máxima garantía al consentimiento, está sin duda en la integridad personal que se deduce del art. 15 CE. Así podremos decir que el consentimiento es transcendente, importantísimo, vital para el respeto de la autonomía, y por ello se puede entender que toda la doctrina siempre ha enfocado el consentimiento informado desde este momento del consentimiento<sup>43</sup>,

43 Esto explica los pronunciamientos jurisprudenciales sobre reclamaciones de daños que, ante la falta de información, se basaban en el mal consentimiento o en su error. La aplicación del derecho civil y su sustentación principalmente por la vía ordinaria son muestras de las coyunturas históricas que se han visto pero también, a veces, del mantenimiento de la tradición y la poca permeabilidad al cambio. En este sentido, los juristas debemos entonar nuestro *mea culpa* cuando el consentimiento

siendo la parte de información su presupuesto material.

Sin embargo, creo que desde el punto de vista constitucional es igualmente relevante la parte de la información, porque no sólo obliga al intercambio de datos sino que implica principalmente relaciones humanas en las que será difícil que dicha humanidad no impregne la visión objetiva de la relación jurídica. Por eso es tan importante el tiempo de la información, que sea considerada de manera fluida y permanente, que se establezca un clima de complicidad o que si el trato profesional-paciente es puntual éste se haga de manera cortés y agradable. Esta es la parte ética en la que el Derecho no puede entrar, no podemos fiscalizar la actitud *entregada* que presumimos al médico, como tampoco el trato *respetuoso* que debe el paciente. Nosotros podemos establecer las bases constitucionales para entender por qué es de verdad jurídicamente relevante la información y el consentimiento que en su caso deba prestarse; y en este caso lo es no porque las reclamaciones por daños estén latentes sino porque el Orden constitucional nos da los parámetros para que podamos desarrollar nuestra personalidad y podamos disfrutar de la paz social. Retornando a los orígenes de nuestro constitucionalismo, podríamos parafrasear el art. 13 de la Constitución de Cádiz de 1812 cuando dispone que “el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.” Así, el verdadero cumplimiento del art. 10 CE nos llevaría sin duda a esa felicidad (individual y colectiva), coadyuvando la sociedad *sanitaria* al bienestar individual con el apoyo, no sólo como *objeto del Gobierno*, sino de todos los Poderes Públicos y de la ciudadanía en su conjunto (*ex art. 9 CE*).

En todo este sentido, me parece muy acertada la terminología y el enfoque que usa CASTAÑO DE RESTREPO, lo que merece una cita textual al respecto porque comparto plenamente su sentido: “La regulación y tratamiento de los derechos que tienen normalmente los pacientes-usuarios-consumidores de servicios y productos de la salud, a la información, a la decisión y al acatamiento de dicha decisión por

informado nos ha importado principalmente para buscar la responsabilidad del médico, colocándolo muchas veces ante la Justicia provocando un desgarrar desagradable en su propio ser por la búsqueda de simples compensaciones económicas. Muchos nos hemos prestado a esta realidad, que ha tenido su reflejo en la actitud del médico *defensivo*, incluso desde la doctrina. Postular los derechos del paciente no es minusvalorar la posición del médico; se trata de buscar un equilibrio que sólo el Derecho puede solucionar.

parte de los profesionales, personal y entidades sanitarias, y terceros, cuando dicha decisión cumple con ciertos requisitos para predicar la validez del acto o declaración de voluntad respectivo, ha sido llamada Teoría de Consentimiento Informado del Paciente, lo que varios autores preferimos denominar Teoría de la Información y de la Obtención de la Voluntad Jurídica del Paciente y/o de su(s) Representante(s), cuando esto último es de recibo jurídicamente.” (2011: 449)

El consentimiento informado unifica dos momentos con trascendencia diferente, lo que confunde todo el proceso de información por el momento del consentimiento, y así se entiende que el Tribunal haya insistido en su carácter de garantía como consecuencia de la información previa, frente a la idea de mero documento, una firma que exima todo el procedimiento de la *lex artis ad hoc*. Es evidente que la información, como práctica médica irá incluida en dicha *lex artis* pero no el derecho a la información que es consecuencia directa de la relación jurídico-sanitaria entablada. Pero también es indiferente del tipo de relación contractual entre las partes porque la información y la manifestación de la voluntad nada tienen que ver con las cláusulas pactadas. En lógica nos estamos apartando de la teoría que se ha deducido tradicionalmente del Tribunal Supremo, no la critico porque la entiendo en su momento y su coyuntura y es hasta loable el intento de proteger, en definitiva, a la parte débil, incluso en su calificación del consentimiento informado como derecho humano fundamental, que no comparto.

Igual que el Tribunal Constitucional manifiesta la importancia y autonomía de la información, debe resaltarse también que el consentimiento es un momento especial, y por ello considero que se sería más respetuoso con la autonomía del paciente si se empleara otra terminología; por ejemplo, manifestación o declaración de voluntad, como reflejo del proceso interno que supone asimilar la información recibida. Aunque se pueda argumentar que en definitiva el paciente no hace sino aceptar lo que se le propone por la contraparte, me parece que la trascendencia reconocida por el propio Tribunal Constitucional y amparada en la Ley, como es rechazar un tratamiento aun incluso con resultado de muerte, justifican que no es una mera adhesión o aceptación sino es algo más que afecta a lo más íntimo del paciente. Con ello no se critica al paciente que *se pone incondicionalmente en las manos del profesional*, incluso en los supuestos en que realmente no haya una verdadera conformación de voluntad con un procesamiento de la información previa porque, en definitiva, es ejercicio de la autonomía. Así

debe entenderse el derecho a no ser informado (*ex art. 9.1 LAPID*), que demuestra que el consentimiento del paciente es diferente en sustancia y autónomo en su ejecución del proceso informativo previo.

Además, desde esas ideas se entienden algunas posiciones que han visto en el proceso de información una forma de *arrimar el ascua a la sardina* y conseguir el propósito del médico<sup>44</sup>. Esto no dejaría de ser una forma de paternalismo encubierto de la formalidad de los derechos. Como venimos defendiendo, el mayor conocimiento del médico no lo coloca en una posición jerárquica superior sino que ésta sólo viene determinada por un criterio funcional; donde el principio de igualdad se trasluce en que cada parte debe comportarse acorde con lo que se espera de ella, pudiéndose invocar los derechos reconocidos para romper las situaciones fácticas de desequilibrio que pudieran originarse por el modo y contenido de la información sanitaria.

Me preocupa, por tanto, que, alumbrados por la figura del consentimiento informado, nos hayamos preocupado de echar el lazo al poderoso (médico), sin ser conscientes de que el poder, como la energía, ni se crea ni se destruye, tan solo se transforma. A mi juicio, el poder sólo se puede controlar desde los derechos fundamentales, que necesitarán también una traducción ética personal, pero desde el Derecho están las bases para el mejor funcionamiento de la sociedad. Este valor se vuelve superior cuando es la propia Constitución la que alimenta ese fundamento. Por tanto, creo demostrado que siendo correcta la aproximación constitucional que se ha hecho sobre

44 Esto es lo que parece traslucirse de VICANDI cuando escribe que “[en] medicina curativa el paciente requiere someterse a un tratamiento o intervención para mejorar su salud, o incluso salvar su vida. De facilitársele un grado de información excesiva (es decir, más allá del límite de lo recomendado) la posibilidad de que el paciente, lego en medicina, se sienta abrumado por la misma resulta amplia, hasta el punto de poder crearse una idea errónea de excesiva peligrosidad en cuanto a los riesgos atípicos. Ello podría conllevar que un paciente, que tiene una verdadera necesidad de someterse a una práctica médica no lo hiciese, precisamente por eso.

La situación se torna distinta cuando hablamos de medicina satisfactiva, donde la necesidad es inexistente. El paciente, o más bien cliente, acude a un médico para que solucione, no un padecimiento físico, sino algo que no resulta del agrado del mismo, bien sea su apariencia, bien sea una función biológica (esterilizaciones). La ausencia de premura conlleva que la única motivación que mueve al paciente sea su propia voluntad, y precisamente requiere que esa voluntad se encuentre correctamente forjada, para lo cual la información resulta un ingrediente clave. Es por ello por lo que el cliente, que no paciente, debe conocer todos los riesgos que conlleva esa intervención que no necesita, precisamente para forjarse una idea correcta al respecto; cualquier limitación conllevaría un atentado al derecho de información.” (2012: 56)

la materia, ésta no deja de haberse construido desde situaciones fácticas particulares que han tratado, como un puzle, de dar la imagen completa a esa necesaria delimitación de la actividad sanitaria, como ha sido la figura del consentimiento informado. Pero cambiando la perspectiva, desde el constitucionalismo directamente se puede deducir un camino similar pero con una visión más general.

Por ello, me importa resaltar que el consentimiento debe darse siempre, tácita o expresamente, verbal o escrito, y reflejarse en la historia clínica (art. 15 LAPID). Serán la gravedad y los riesgos los elementos determinantes de su trascendencia y su formalidad. Cuando un médico me receta amoxicilina y me la tomo, tácitamente consiento su tratamiento. También podría ejercer mi derecho de una segunda opinión médica. Elecciones. Como toda la vida es una elección continua, la autonomía debe cuidarse y respetarse. El Derecho vendrá a determinar aquellos casos en que se necesite, por ejemplo, consentimiento escrito; así en el caso de que me opere de aquella apendicitis a la que hacíamos mención al comienzo de este epígrafe. Que nos fijemos en los casos más fuertes no quiere decir que no haya un Derecho en la normalidad. Retomando también el ejemplo del endocrino que vimos antes: ya puede el médico darme toda la información del mundo, y ser la persona más encantadora que jamás se haya conocido, pero si no sigo su dieta y su tabla de ejercicios simplemente estoy rechazando ese tratamiento, aun consciente de que puedo tener riesgos en mi salud a largo plazo.

La aceptación o no del riesgo es el verdadero fundamento del consentimiento (*ex art. 10 LAPID*), el objeto de esa declaración de voluntad donde la autonomía es el parámetro necesario. En nuestro caso, ese parámetro tiene un límite que se deduce de la dignidad misma de la persona y del respeto particular a los derechos fundamentales. Tan es así que la STC 37/2011 ha declarado que “no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”. Y ello no cabe, porque la misma existencia del riesgo, es lo que determina que haya que declarar una voluntad cuando el mismo nos atañe personalmente. De ese mismo pasaje se desprende la nota característica que va a dar mayor o menor trascendencia a las exigencias formales sobre dicha manifestación de voluntad: la gravedad y la inmediatez.

Por su parte, me parece evidente que la inmediatez, en forma de urgencia, pueda ser causa que

ampare no conocer en el mismo momento la voluntad porque la protección de la vida debe informar y guiar nuestra relación para con los demás, que se observa también en el deber de auxilio del art. 195 CP.

Todas estas facetas se encuentran recogidas por el legislador fundamentalmente en la LAPID, así se recoge entre los principios del art. 2, se regula el derecho a la información en sentido amplio (cap. II y arts. 10, 12 y 13) y, especialmente, se incluye dentro del cap. IV, sobre respeto a la autonomía del paciente, la regulación de la figura del consentimiento informado en su art. 8<sup>45</sup>, sus límites y excepciones en el art. 9 y la voluntad anticipada de las denominadas ‘instrucciones previas’ del art. 11 (cfr. MARCOS DEL CANO, 2013; DE MONTALVO, 2013, 2009; GALLEGO RUESTRA, 2011, 2009; SIMÓN & BARRIO, 2004).

Recapitulando, el consentimiento informado es una figura necesaria si bien con las matizaciones y la sana crítica que acabamos de leer. Poco a poco se ha ido demostrando su carácter procesual, que a mi juicio lo separa de la *lex artis*, aunque desde el punto de vista ético pueda tener conexión con ese conjunto de costumbres y técnicas. Su naturaleza constitucional es indudable, como finalmente ha amparado la reciente STC 37/2011, si bien es deudora de todo el proceso histórico que lo ha conformado y que se ha ido expresando *buenamente* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no dejaba de responder a los casos concretos que se le presentaban dando cobertura general pero partiendo necesariamente de las realidades fácticas que la condicionaban. Por ello creo que es hora de poner el acento en los dos derechos incardinados en el denominado consentimiento informado, como ya apunta el Constitucional, para superar la visión

45 Art. 8 LAPID: “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”

garantista (para el médico) de dicha figura, lo que no puede confundirse con su calificación de garantía constitucional, que es coherente con las relaciones jurídico-sanitarias que infinitamente se suceden en el ámbito sanitario. Aquella visión sólo puede entenderse como un reducto de la postura paternalista que adoptaba la parte profesional en dichas relaciones. Un verdadero entronque constitucional de la autonomía debe conllevar a ver los dos momentos (la información, como fluida en el tiempo, y la decisión de la voluntad, como particular manifestación reflexiva sobre la integridad personal –aun con consecuencias en la misma existencia–) dignos de la más alta protección, al tiempo que debe ahondarse en todo aquello que efectivamente limita la libre autonomía y la veraz información ya que desde el constitucionalismo se ha demostrado posible y coherente dicha posición.

La aproximación que normalmente se hace al consentimiento informado adolece quizá de mantener algunos ritmos y posiciones *cómodos*, y sin duda este trabajo también habrá caído en los mismos en muchos momentos, pero es conveniente resaltar que esos sólo pueden entenderse como un último atisbo del paternalismo médico, esas secuelas en las que seguimos girando alrededor del médico mientras proclamamos el cambio de paradigma y nos afanamos por presentar los derechos del paciente. Seguir viendo el consentimiento informado como tratamiento *realmente importante* para la responsabilidad no es sino un error. Debemos dejar de repetir lo que Aristóteles dijera para empezar más bien a ser coherentes con sus palabras. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante y en una buena dirección, no se ha limitado a buscar encaje constitucional a las palabras bienaventuradas del Tribunal Supremo en sus sentencias de 2001 sino que ha iniciado la vía para una mejor comprensión de ambos momentos interrelacionados. No hablamos de compensación de daños ni cuantificaciones económicas; hablamos de derechos fundamentales que no pueden dejar de perder su condición de tal por producirse en un ámbito complejo, plural y delicado como es la sanidad. Y no hablamos de luchas entre batas blancas y camisolas blancas sino de que ambas partes son blancas.

#### 4. CONCLUSIONES

Para terminar este trabajo, someramente traeré las principales conclusiones del mismo.

El ámbito sanitario no es un espacio separado de la sociedad. Es la sociedad misma desde una

perspectiva determinada, que es, sin embargo, intrínsecamente plural. Implica la conjunción de los conceptos de sanidad y de salud, que presentan perspectivas propias (organización, prestaciones, salud pública y salud como bien jurídico). En cualquiera de las dos ópticas, con carácter plural a su vez cada una de ellas, se generan una serie de derechos y obligaciones para los sujetos intervinientes y una especial comunicación entre los mismos. Además tiene un carácter transversal que afecta a múltiples facetas de la vida, lo que, en la Constitución supone deducir su protección de una variada selección de preceptos. Por tanto, no se agota su protección en el art. 43 CE, sino que empieza y se relaciona con el resto de preceptos constitucionales, con especial trascendencia con el art. 15 CE en cuanto que protección de la vida. Esta protección, en todo caso, es multinivel, desde Textos internacionales, con mayor o menor grado de aplicabilidad, hasta EEAA, todos en su vertiente organizativa (competencia) y los últimamente reformados también como derechos estatutarios de salud. Su carácter transversal también se manifiesta en la legislación, estatal y autonómica, y en sus específicas regulaciones sectoriales.

El paradigma de los derechos fundamentales es el que mejor cohesiona con la especificación de los principios generales de la sociedad, informados por los principios constitucionales, al concreto ámbito sanitario y con trascendencia práctica en las específicas relaciones sanitarias que surgen constantemente. Este paradigma descansa en la autonomía de la voluntad del paciente, la posibilita, e implica el mayor respeto por la dignidad de la persona-paciente y de sus derechos fundamentales. En este sentido hay que resaltar que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales hacen que en este campo sólo nos importe la posición subjetiva de las partes, no la naturaleza de la prestación (pública, privada, privatizada) que reciben ni el motivo u origen de dicha relación (curativa o satisfactiva). Ello porque sienta unas bases que busca la explicación de la normalidad, no sólo los casos en que ocurre una transgresión al derecho. La protección de la dignidad humana y el control de los riesgos continuos e inherentes ya casi a nuestra propia existencia, son la base para establecer un sistema de garantía constitucional que implique su conocimiento y su mitigación, su aceptación o su remedio, según los casos, todo lo cual sólo puede hacerse desde la autonomía de la voluntad con las limitaciones de la interacción social.

Toda relación sanitaria es también, necesariamente, una relación jurídica. Una relación jurídica

que implica la existencia de un régimen jurídico propio, con sus características especiales, que define la actuación de los sujetos intervinientes marcándoles derechos, obligaciones y garantías. Estamos ante una relación jurídica bilateral que se define por la interacción de dos partes bien definidas. Este carácter sinalagmático se va a mantener en todo momento, incluso en los supuestos en los que terceras personas resulten obligadas a participar en la misma porque en tal caso su fundamento será la sustitución, que traerá causa en situaciones reconducibles a la teoría general pero con especialidades remarquables.

Los sujetos intervinientes son: 1) la parte principal, eje de todo el sistema, que se materializa, ante la falta de una noción única definitoria, en la tríada paciente-usuario-consumidor. Responden a situaciones específicas, si bien no colman todas las situaciones. Usuario y consumidor responderían a un criterio de aproximación general al ámbito sanitario cuya diferencia radicaría en la naturaleza pública o privada del servicio y en la voluntad e intencionalidad de la persona que se relaciona con el mundo sanitario sin requerir, en principio, un carácter asistencial, cuyo concepto se reserva por la ley al paciente en cuanto que concepto restringido. Por tanto, el inicio de la relación jurídico-sanitaria puede ser meramente como usuario-consumidor y derivarse en un momento dado, también, al concepto de paciente. Por su parte, el concepto paciente también sería independiente de la naturaleza pública o privada de la asistencia, y a mi entender, también del motivo por el que se comienza la relación jurídico-sanitaria, sea ésta curativa o satisfactiva, sea de urgencia o programada, es decir, los derechos que como paciente se tienen, incluso los no fundamentales, se tienen con independencia de la naturaleza del centro sanitario y de sus órganos de gestión. Considero que el término paciente sería quizá el que podría englobar en un futuro toda esa perspectiva plural del ámbito sanitario, con la correspondiente correcta definición legal, porque entronca directamente con una idea de derechos de la persona y no en criterios económicos; y por cuestiones de género al ser una palabra invariable. La capacidad de la parte principal es una cuestión relevante con lo que se entiende su profusa regulación legal porque la autonomía de la voluntad descansa en la capacidad de la persona para entender y manifestarse. Esta parte es la titular del derecho de información. 2) Los profesionales sanitarios como parte directa pasiva. Especialmente se encarga a los médicos el deber de informar conforme a sus conocimientos. Ello

implica que en los supuestos en los que la información necesaria no tenga carácter exclusivamente clínico (siempre sería sanitario) otros profesionales podrían responsabilizarse de la misma y ello por el criterio funcional del conocimiento. 3) Los terceros, que se caracterizan por pertenecer a la relación de manera secundaria, pero no siempre indirecta. De hecho, su papel se ha vuelto trascendente desde las reformas de 2015 porque su participación ante supuestos de gravedad ha tomado un protagonismo quizá excesivo, que implica cargarle de una responsabilidad ante decisiones vitales que quizá no debería la ley hacerle soportar. Esta problemática afecta al amplio grupo constituido por familiares y representantes legales. Diferente es el caso en el que el tercero se define por su altruismo en la relación en los casos de los donantes.

La igualdad debe presidir la relación jurídico-sanitaria. Sólo las especiales funciones de cada parte, más relevantes desde los profesionales, implican diferencias pero que no pueden menoscabar la dignidad ni el ejercicio de los derechos fundamentales. Que una de las partes ponga conocimiento y la otra sólo datos biológicos no justifica un desequilibrio en la relación entablada, porque no es el conocimiento la base de la relación sino la misma dignidad humana, verdadero fin en la relación jurídico-sanitaria. La aplicación de conocimiento y técnica es sólo un medio, y por ende no puede condicionar el fin. En consecuencia, la aplicación del conocimiento y de la técnica debe ir precedida de la información sobre sus extremos. Si los derechos fundamentales se ejercitan mediante la autonomía personal, es necesario que la misma se realice en un entorno informado sobre sus consecuencias. Tan importante es decidir conforme a datos médicos como conforme a opciones jurídicas que también pueden ejercitarse en ese momento. Entrar en una situación sanitaria no es dejar de vivir conforme a decisiones de trascendencia jurídica.

El consentimiento informado es una figura necesaria si bien su dicción, regulación y relevancia responden a la clásica visión del profesional médico en una relación jerárquica superior. Por ello lo hemos considerado el último atisbo del paternalismo médico, secuelas en las que seguimos girando alrededor del médico mientras proclamamos el cambio de paradigma y nos afanamos por presentar los derechos del paciente. Seguir viendo el consentimiento informado como tratamiento realmente importante para la responsabilidad no es sino un error. Su naturaleza constitucional es indudable, como

finalmente ha amparado la reciente STC 37/2011, si bien es deudora de todo el proceso histórico que lo ha conformado y que se ha ido expresando buenamente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no dejaba de responder a los casos concretos que se le presentaban, dando cobertura general, pero partiendo necesariamente de las realidades fácticas que la condicionaban. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante y en una buena dirección. El consentimiento informado tiene un carácter procesal, que a mi juicio lo separa de la *lex artis*, aunque desde el punto de vista ético pueda tener conexión con ese conjunto de costumbres y técnicas, y por ello puede considerarse una garantía constitucional (y no un derecho humano fundamental). Por ello creo que es hora de poner el acento en los dos derechos incardinados en el denominado consentimiento informado, como ya apunta el Constitucional, para superar la visión garantista (para el médico) de dicha figura, lo que no puede confundirse con su calificación de garantía constitucional, que es coherente con las relaciones jurídico-sanitarias que infinitamente se suceden en el ámbito sanitario. Aquella visión sólo puede entenderse como un reducto de la postura paternalista que adoptaba la parte profesional en dichas relaciones. Un verdadero entronque constitucional de la autonomía debe conllevar a ver los dos momentos dignos de la más alta protección, al tiempo que debe ahondarse en todo aquello que efectivamente limita la libre autonomía y la veraz información ya que desde el constitucionalismo se ha demostrado posible y coherente dicha posición.

La LAPID, *ratione materiae*, debería haberse tramitado como ley orgánica en cuanto que desarrollo de los derechos fundamentales que inciden de manera evidente en el ámbito sanitario, y sin perjuicio de su carácter básico en todo aquello que excediera de la reserva de ley orgánica. Tampoco es sustento la dicción del art. 43.2 in fine CE que habla de una reserva de ley para los derechos de los pacientes. No es sólo para valorizar la real importancia de esta Ley para el ámbito sanitario, es que se trata de reconocer cuándo estamos desarrollando derechos fundamentales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2002). La autonomía personal. En Díaz, Colomer (Eds.), *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza Editorial, p. 153-176.

- BARAHONA MIGUELÁÑEZ, María, GONZÁLEZ GARCÍA, María Concepción (2013). Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria. En Palomar Olmeda, Cantero Martínez (Dirs.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen II*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 45-69.

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (1995). La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia. *Derecho & Salud*, vol. 3, p. 171-192.

- BILBAO UBILLOS, Juan María (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel (2013). El derecho a una muerte digna en el ordenamiento jurídico andaluz: el caso Inmaculada Echeverría. En Pérez Miras, Teruel Lozano, Raffiotta, *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 413-424.

- BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel; PÉREZ MIRAS, Antonio (2015). El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, p. 299-331.

- CÁMARA VILLAR, Gregorio (1993) *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del tribunal Constitucional español (1981-1991)*. Madrid: Ministerio de Justicia.

- CARETTI, Paolo (2005). *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore.

- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia (2011). Consentimiento. En Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I*. Granada: Comares, p. 449-462.

- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 25, p. 35-62

- DE COSSÍO RODRÍGUEZ, Patricia (2009). La confidencialidad de los datos médicos. En Rivas Vallejo, García Valverde (Dir.), *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Cizur Menor: Aranzadi, p.450-477.
- DE LA SERNA BILBAO, M<sup>a</sup> Nieves (2013). Derecho a la intimidad en el ámbito sanitario: intimidad personal y familiar, intimidad corporal y derecho a la propia imagen. En Palomar Olmeda, Cantero Martínez (Dir.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 737-777.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2013). La eficacia de la autonomía de voluntad expresada en el documento de instrucciones previas desde la perspectiva de la doctrina del Tribunal Constitucional: el valor constitucional de la voluntad prospectiva. En Pérez Miras, Raffiotta, Teruel Lozano (Dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 317-328.
- DÍAZ PINTAS, Guillermo (1998). El consentimiento: ¿una garantía de la autonomía moral del paciente o un expediente para eximir de la responsabilidad? *Derecho & Salud*, vol. 6.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2003). *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid: Lex Nova.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia (2009). Responsabilidad penal del profesional sanitario por omisión de asistencia. Una revisión dogmática de algunos aspectos del art. 196 CP. En Morillas Cueva (Dir.); Suárez López (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, p. 323-354.
- GALÁN CORTÉS, Julio César (2011). Consentimiento informado. En Gascón Abellán, González Carrasco, Cantero Martínez (Coords.), *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 363-405.  
  
(1997). *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid: Colex.
- GALLEGO Riestra, Sergio (2011). Las instrucciones previas y su regulación jurídica. En Gascón Abellán, González Carrasco, Cantero Martínez (Coords.), *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 459-491.  
  
(2009). *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GARRIDO JIMÉNEZ, José Manuel (2013). Responsabilidad del trabajo en equipo y de la institución sanitaria. Variabilidad, protocolos y guías de práctica clínica. En Palomar Olmeda, Cantero Martínez (Dir.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen II*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 209-252.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Álvaro (1994). Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario. *Derecho & Salud*, vol. 2, p. 81-85.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2013). Reflexiones sobre la participación de voluntarios en la investigación. En Pérez Miras, Teruel Lozano, Raffiotta (Dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 335-354.  
  
(2011). Biomedicina y protección de datos genéticos. En Gascón Abellán; González Carrasco; Cantero Martínez (Coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 303-333.  
  
(1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (1999). Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, p. 193-211.
- HERMIDA LAZCANO, Ignacio, NERÍN SÁNCHEZ, Cristina (2012). La información en el ámbito de los cuidados paliativos. *Derecho & Salud*, vol. 22, nº 1, p. 57-75.

- IRABURU ELIZONDO, Margarita (2006). Confidencialidad e intimidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29, supl. 3, p. 49-60.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson.
- LÁZARO, José, GRACIA, Diego (2006). La relación médico-enfermo a través de la historia. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29, supl. 3, p. 7-18.
- LEÓN ALONSO, Marta (2010). *La protección constitucional de la salud*. Las Rozas: La Ley.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (1990). *Derechos fundamentales y libertad negocial sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup> (2013). Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España. En Palomar Olmeda, Cantero Martínez (Dir.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 829-852.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis (1986). *Derecho médico*. Madrid: Tecnos.
- MÉJICA GARCÍA, Juan, DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón (2006). *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*. Cizur Menor: Civitas.
- MENÉNDEZ REXACH Ángel (2003). El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas. *Derecho & Salud*, vol. 11, n<sup>o</sup> extraordinario, p. 15-36.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2009). Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica. En Morillas Cueva (Dir.); Suárez López (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson, p. 81-119.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.) (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid: Dykinson.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.), LARIOS RISCO, David, GONZÁLEZ GARCÍA, Lola, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Coords.) (2013). *Tratado de Derecho Sanitario, Volúmenes I y II*. Cizur Menor: Aranzadi.
- PANES CORBELLE, Luis (2013). Responsabilidad patrimonial de los servicios de salud. En Palomar Olmeda, Cantero Martínez (Dir.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen II*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 71-97.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María (2011). Derecho a la protección de la salud. En Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I*. Granada: Comares, p. 577-583.
- (1989). *Derecho a la salud y administración sanitaria*. Bolonia: Real Colegio de España.
- PÉREZ MIRAS, Antonio (2013). Vida, ciencia y Constitución. En Pérez Miras, Raffiotta, Teruel Lozano (Dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 39-54.
- PÉREZ MIRAS, Antonio, RAFFIOTTA, Edoardo C., TERUEL LOZANO, Germán M. (Dir.) (2013). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio (2007). *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SÁNCHEZ CARO, Javier (1993). El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles. *La Ley*, n<sup>o</sup> 3340.
- SIMÓN LORDA, Pablo (Coord.) (2012). Ética y Muerte Digna. Historia de una Ley. Sevilla: Consejería de Salud, Junta de Andalucía.
- (2010). Autonomía y bioética clínica: el reto para profesionales sanitarios. En AA.VV. *Bioética y Derecho ante los desafíos de la*

*investigación biomédica. Actas de las XV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.* Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

(2006) Diez mitos en torno al consentimiento informado. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29, supl. 3, p. 29-40.

(2000). *El consentimiento informado. Historia, Teoría y Práctica.* Madrid: Tricastela.

- SIMÓN LORDA, Pablo, BARRIO CANTALEJO, Inés M<sup>a</sup> (2004). ¿Quién puede decidir por mí? Una revisión de la legislación española vigente sobre las decisiones de representación y las instrucciones previas. *Revista de Calidad Asistencial*, p. 460-472.
- SOLA RECHE, Esteban (2011). Derecho a la intimidad. En Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I.* Granada: Comares, p. 560-569.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012). El derecho a la información. Un campo de batalla entre la medicina y el derecho. *Derecho & Salud*, vol. 22, n° 2, p. 39-78.

