

LA VOLUNTAD DEL PACIENTE EN LA ASISTENCIA SANITARIA

(a propósito de un artículo de prensa)

Carmen Blas Orbán

Doctora en Derecho
Licenciada en Medicina y Cirugía

I. Introducción. 1. Principios básicos en el ejercicio de la medicina. 2. El consentimiento del paciente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. 3. Marco normativo actual. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. 4. Definición del consentimiento informado. 5. Expresión de la voluntad. 5.1. Forma de expresión. 5.2. Circunstancias de lugar y tiempo. 5.2. Titular del consentimiento. 6. La información como requisito inseparable del consentimiento informado. 6.1. Contenido de la información. 6.2. Extensión y límites. 6.3. Destinatario de la información. Posible renuncia. 7. El consentimiento del paciente en el Código de Ética y Deontología Médica. 7.1. Veracidad y autenticidad. 7.2. Información en la relación técnico-asistencial. 8. El consentimiento informado en la práctica médica. 9. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de octubre de 2005. 9.1. Relato de hechos. 9.2. Cumplimiento de la *lex artis*. 9.3. Consentimiento del paciente. 9.4. Responsabilidad patrimonial de la Administración. 9.5. Indemnización por daño moral. 10. Traspaso de la responsabilidad del médico. 11. Participación de los pacientes.

INTRODUCCIÓN

Todos somos conscientes de que la relación médico-paciente, basada que la ética médica clásica o tradicional, ha sufrido importantes cambios derivados, en gran medida, de los impulsos de libertad individual que se hicieron patentes a lo largo del pasado siglo.

En efecto, hemos dejado atrás una situación de paternalismo, caracterizada por escasa comunicación o información al paciente, para dar paso a una nueva forma en el ejercicio de la medicina, en la que la defensa de ciertos derechos fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la libertad el paciente, adquieren notable protagonismo.

Ello no sucedió de manera brusca, sino que fue el resultado de un lento pero continuado trabajo de los ciudadanos que, desde distintas instancias, se interesaron por alcanzar ciertas cuotas de protagonismo en aquellas actividades o situaciones de la vida que les afectan de modo especial. Por supuesto, el ejercicio de la medicina no podía quedar al margen de estos impulsos de libertad y defensa de la dignidad personal que se dejaron sentir en los países de nuestro nivel de desarrollo.

Con base en ello, el deseo del paciente de participar en las decisiones que afecten a su vida, dentro de los límites impuestos por los distintos ordenamientos jurídicos, parecen justos e incuestionables.

Nada puede sorprendernos pues que, actualmente, el ciudadano muestre su personal interés por conocer todo cuanto afecte a su salud, tanto en la fase de diagnóstico como en la de posible tratamiento y, muy particularmente, la del pronóstico de la enfermedad que pueda afectarle, así como los posibles remedios de los que disponga la ciencia para atender las necesidades sanitarias que pueda precisar.

Sin embargo, esta realidad cambiante de nuestra sociedad sorprendió al médico -muy poco receptivo a cambios provenientes de otros campos del saber humano- con escasos deseos de participar activamente en el tema, y poco dispuesto a cambiar su clásica forma del ejercicio de la medicina por otro más participativo, en el que el paciente eleva su nivel de presencia activa dentro de la clásica relación médico-paciente.

Pero lo cierto es que la autonomía individual, la personalidad y la capacidad de decisión de los seres humanos imponen su presencia en nuestro derecho positivo. En consecuencia, el médico debe de aceptar esta realidad, y

debe adaptarse a las exigencias que le vienen impuestas, efectivamente, desde otras instancias.

Al respecto, hemos de aclarar que no es la administración sanitaria la que carga sobre el médico nuevas obligaciones, y mucho menos que contribuya a dificultar la labor sanitaria sumándole requisitos administrativos. Es el derecho fundamental a la dignidad de la persona, la autonomía de su voluntad, su propia libertad, el que obliga al médico a compartir con el paciente las decisiones sobre su proceder técnico profesional.

Situándose ambas partes al mismo nivel de participación en la relación médico paciente, y respetando las normas basadas en principios constitucionales, esperamos emprender un camino por el que todos podamos obtener los beneficios deseables de una relación más cordial entre las dos partes de la relación asistencial.

La Ley nos proporciona el instrumento adecuado para encontrar la mejor manera de adaptarnos a una nueva forma de enfocar los valores personales del paciente. Pero el médico tiene la obligación de adaptarse a estas nuevas normas, que si en el momento presente no las vivencia como de orden moral, si ha de entender su presencia como indudablemente legal. Y todos, desde nuestra parcela de poder y en la medida que nos sea posible, nos encontramos ante el deber de colaborar para que ello suceda sin distorsiones que, en ningún caso, benefician el prestigio profesional del médico.

Por ello, con el mejor deseo de colaboración, y el mayor respeto, se da comienzo a este trabajo trayendo al presente un artículo de prensa en el que, bajo el título de *Médicos a la defensiva*, podemos leer :

Uno de los derechos más recientes, consagrado día a día por los tribunales de justicia, es aquel que obliga a informar al enfermo de todos los riesgos que puedan surgir en la intervención que le van a practicar. Además, tienen que ofrecerle, si las hubiere, otras alternativas, y que sea el propio paciente quien decida sobre lo que quiere.

Parece un contrasentido. —continúa diciendo este autor. —El enfermo acude al médico para que lo cure, porque es el experto, y sin embargo, es él mismo quien tiene que optar por un determinado tratamiento. Es la consagración del derecho de autodeterminación del paciente. Consecuencia: corremos el

riesgo de que los médicos practiquen cada vez más una medicina defensiva, traspasando la responsabilidad de su actuación al enfermo.

Agradecemos al autor de este artículo de prensa el anterior texto, que nos permite conocer el nivel de aceptación popular de las normas tendentes a regular la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información, y se lo agradecemos, especialmente, porque nos permite entrar en el tema para reflexionar y puntualizar, a la luz de nuestra normativa sanitaria, aspectos tan importantes en nuestra vida como lo son el derecho fundamental a la dignidad y a la autonomía de la voluntad, que en ningún caso puede perder el ciudadano por el hecho de encontrarse necesitado de asistencia médica.

Entiendo que la objetividad debe de ser preferente en todo caso sobre sentimientos personales, dejando a la normativa legal y ética su parcela de protagonismo. El propio artículo de prensa nos sirve de límite en el desarrollo del contenido del presente trabajo, analizando sus distintos párrafos en la medida en la que entendemos puede clarificar el tema y proporcionarnos datos para un mejor entendimiento de ambas partes en la relación médico-paciente, y una plena aceptación de las normas en el entorno social.

1. Principios básicos en el ejercicio de la medicina

Todos sabemos que la ética médica clásica o tradicional es el resultado de la interrelación entre tres géneros de influencias: la filosofía y la ciencia griegas, la concepción religiosa judeocristiana y la tradición jurídico latina.

Pero también es cierto es que en el transcurso de los siglos se han vivido importantes cambios en la actividad curativa, y los distintos Códigos de Deontología fueron introduciendo en sus textos la letra impresa que las nuevas realidades sociales iban imponiendo. De esta forma, los Códigos de Deontología médica, con la carga ética tradicional, fueron adaptándose a las necesidades de los tiempos. Asimismo, es sabido que desde una época relativamente reciente, en la que el ejercicio de la actividad sanitaria se basaba en las ideas de caridad, se ha ido evolucionando hacia una medicina de tipo social². El enfermo fue tomando conciencia de sus propios derechos.

¹ *La Voz de Galicia*, de 25 de octubre de 2005, página 14, escrito por José Vázquez.

² *Vid. capítulo 1 de Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI, trabajo elaborado por BLAS ORBÁN, Carmen, en el que hace un breve repaso de la historia y evolución de la medicina hasta el momento presente. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2003.*

Es más. A todo ello se han ido incorporando preceptos que encuentran su raíz en el ansia justificada de libertad individual y sentimientos dimanantes de la propia conciencia individual. Estamos hablando, pues, de preceptos nacidos en el campo jurídico. En consecuencia, en los sucesivos Códigos de Deontología médica se fue plasmando la normativa contemplada en el específico derecho sanitario de nuestro país, dándose entrada a los principios constitucionales.

Con ello se pretendió que estos nuevos derechos se fueran incorporando al quehacer médico, de tal forma que a las normas éticas tradicionales se sumaron los preceptos nacidos a medida que fueron evolucionando los sistemas políticos que garantizan el respeto a los derechos constitucionales.

Podemos entender que todo este contenido se encuentra contemplado en el texto del artículo 1. del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, cuando, en su punto 1. define la Deontología Médica como

“El conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico”.

Aunque es bien cierto que el Código de Deontología Médica no hace referencia a preceptos de orden jurídico, también lo es que acoge en su seno los preceptos que en referencia al consentimiento del paciente se contienen en la Ley General de Sanidad, y que tienen su entrada en nuestra específica ley sanitaria por virtud de la Constitución Española de 1978.

Este cambio, que se fue haciendo ostensible en la segunda mitad del siglo XX, sorprendió a los médicos, en su mayoría portadores de los valores que tenían sus raíces en el arraigado concepto de beneficencia. Reacios a cambiar su forma de actuar y poco dispuestos a asumir los nuevos modelos sociales que se percibían en su entorno, se vieron envueltos en litigios que, cada vez con menos timidez por parte de los pacientes, terminaron siendo fuente de un evidente daño en la relación médico-paciente.

2. El consentimiento del paciente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Comienza el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, del que únicamente reproducimos los puntos 5 y 6, diciendo:

“Todos tienen los siguientes derechos con respeto a las distintas administraciones públicas sanitarias”:

5. A que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

-Cuando la no intervención suponga un riesgo para la sanidad pública.

-Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

-Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Visto el texto de este artículo, en una Ley que data de 1986, las palabras escritas por el autor del artículo que motiva el presente trabajo no pueden ser ciegamente compartidas en el punto en el que expone el tema como algo novedoso, pues resulta escasamente aceptable admitir *que uno de los derechos más recientes... es aquel que obliga a informar al enfermo de todos los riesgos que puedan surgir en la intervención que le van a practicar*

Admitimos, sin embargo, que la presencia de estas cuestiones ante los tribunales de justicia comenzó de forma tímida, con reclamaciones aisladas, que fueron estudiadas, comentadas y analizadas por la doctrina jurídica, pero a las que la prensa diaria no prestó la atención con la que ahora las distingue.

Es cierto que en el momento en el que sucedieron los hechos que movieron al autor a escribir este artículo se encontraba vigente la Ley de Sanidad, que fue de aplicación al caso; y, de conformidad con el texto de esta Ley, la información a proporcionar al paciente, dada su gran amplitud, venía abarcando “todos los riesgos”, tal como se relata en el escrito.

Sin embargo, cuando posteriormente comentemos el texto de la Ley 41/2002, volveremos a tratar el tema bajo el prisma y parámetros actuales, lo que nos permitirá afirmar que no sólo no estamos hablando de uno de los derechos más recientes, sino que ya han sido limitadas en su extensión las amplias exigencias que se contemplan en el texto escrito por el autor del artículo que motiva nuestra atención.

Por otra parte, quizá convenga recordar que a Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que tiene sus antecedentes en la Constitución española, la que, a su vez, recibe parte del contenido de su articulado de la Declaración universal de Derechos Humanos, se gestó con tiempo y se plasmó por escrito, con amplio consenso y aceptación.

También se nos dice en este artículo de prensa, igualmente con cierto aire de novedad, que el médico debe ofrecer al paciente, si las hubiere, otras alternativas. Tal como hemos podido leer en la transcripción hecha del punto 6. del artículo 10 de la mencionada Ley, se trata de una obligación impuesta al médico desde que entró en vigor nuestra conocida e importante Ley de Sanidad.

Por tanto, los tribunales de justicia no consagran nada nuevo. Sencillamente, se limitan a aplicar la ley existente ante unos hechos que han sido probados y con base en unos fundamentos jurídicos que están perfectamente contemplados en un texto legal específicamente sanitario, argumentados en juicio, y que son de aplicación al caso. Sobre ello nada hemos de añadir, pues este derecho permanece inalterable en nuestra normativa actual, como posteriormente veremos.

Echamos de menos, en el artículo publicado en prensa que motiva este trabajo, algún argumento tendente a reflexionar sobre la posibilidad y conveniencia de proporcionar al paciente, sin excepciones, una información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, tal como se contemplaba en la Ley General de Sanidad.

Es cierto que, en principio, hubiéramos podido acudir igualmente al texto de la Ley en defensa de su cumplimiento. Pero en ningún caso lo hubiéramos hecho. Como no lo hicieron los jueces que, día a día, en lo que han podido legalmente, han ido interpretando la Ley con el espíritu con el que está redactada: el de proteger la voluntad del paciente dentro de unos límites razonablemente válidos.

No parece tarea fácil relacionar *todos los riesgos* que pueden afectar a un paciente cuando va a ser sometido a una intervención quirúrgica. Aún poniendo su mejor voluntad, es extremadamente difícil que el médico pueda proporcionar esta información, y por otra parte, entiendo que todos estamos de acuerdo en que una información con estas características puede perjudicar notablemente la salud de algún paciente.

No encontramos, en la letra impresa de la Ley General de Sanidad, excepción alguna que permita al médico un margen de libertad en lo que se refiere a la individualización de los pacientes, ni una posible selección para parcelar y dosificar la información, ausencia que fue una de las lagunas merecedoras de justificadas críticas.

Posiblemente todos comprendemos que la información al paciente requiere matizaciones y adecuación al caso para su aplicación real. La doctrina jurídica ha puesto de manifiesto, con gran acierto como se demostró en su día, el daño que pudiera causar en el ánimo del enfermo tal intensidad, en amplitud y frecuencia, como la que parece deducirse del texto de la Ley, aunque los jueces supieron regularla en la medida en la que los argumentos expuestos por el letrado y su propia libertad en la interpretación de las normas, lo hicieron posible.

Pero hemos de aceptar como cierto que la Ley General de Sanidad omitió referirse a lo que hoy se denomina “estado de necesidad terapéutica”³. Y esta rigidez en el contenido del texto difícilmente iba a permitir que por parte de los profesionales de la medicina se cambiase su modo habitual de comportamiento. Dos tipos de dificultades se hicieron patentes:

Por una parte, es cierto que dichos profesionales, muy celosos de cuidar su deber específicamente técnico frente al enfermo, quisieron entender que se le estaban aplicando normas que interferían con su trabajo, y mantuvieron su posición tradicional amparándose, en parte, en que el cumplimiento de estas normas podía dañar la salud de su paciente.

Por otra parte, salta a la vista que la obligación de informar al paciente de forma completa y continuada, verbal y escrita conlleva una imposibilidad real de su cumplimiento, independientemente de los escasos deseos de los médicos de cambiar su forma tradicional de atención al paciente.

Por tanto, la relación médico-paciente tradicional se mantuvo, a pesar de la existencia y estado en vigor del texto de la Ley, hasta que a los litigios, debidos en principio a supuesta infracción de la “lex artis” por parte del personal sanitario, se vinieron a sumar los motivados por defectuosa o nula información al paciente.

³ Terminología utilizada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información.

Los letrados, por su parte, se ocuparon de utilizar la letra de la ley para tramitar con éxito procesos de gran repercusión social, lo que motivó, justificadamente, seria intranquilidad entre los profesionales de la medicina.

3. Marco normativo actual. Ley 41/2002, de 14 de noviembre

Los evidentes defectos contenidos en los artículos comentados, y las desfavorables consecuencias consiguientes derivadas de su aplicación, se fueron haciendo ostensibles, exigiendo, por sí mismas, una adecuación a la realidad social.

A petición de los propios médicos, entre otras partes interesadas, el Ministerio de Sanidad y Consumo encargó a un Grupo de Expertos el estudio de los avances producidos en materia de información, consentimiento y documentación clínica, con el objetivo de fijar criterios que permitiesen clarificar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los pacientes y de las propias instituciones sanitarias integradas en el Sistema Nacional de Salud.

En consecuencia, fue elaborado un Documento Final sobre Información y Documentación Clínica, en cuya Introducción se puso de relieve que la poca concreción de los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad había provocado inseguridad entre los profesionales sanitarios, planteándose la necesidad de publicar una norma jurídica que estableciera directrices claras acerca de estos extremos⁴.

Por ello, a la vista de cuanto se ha expuesto sobre la expresión de la voluntad del paciente, y pareciendo necesaria una mejor y más amplia regulación que la que se contempla en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la distintas Comunidades Autónomas comenzaron la tarea de regular la autonomía del paciente de manera más concreta, en lo que se refiere a los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, entre otros temas⁵.

⁴ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, "El derecho a la autonomía de los pacientes", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo, T. I, pág. 177.

⁵ La Comunidad Autónoma de **Cataluña** dio comienzo a esta labor, que finalizó con la publicación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica.

Le siguió la Comunidad Autónoma de **Galicia**, con la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes

Esta pluralidad de normas que regulan la misma materia, algunas modulando la esfera de derechos del paciente respecto de la Administración sanitaria, podían generar confusiones, tal como advirtió el Defensor del Pueblo en su informe del año 2000, aludiendo a la inexistencia de una norma básica estatal posterior la Ley General de Sanidad que unifique e integre el conjunto normativo. Con esta finalidad, ya se había elaborado el Documento Final del grupo de expertos en Información y Documentación Clínica, de 26 de noviembre de 1997.

Por otra parte, la reforma de la Ley General de Sanidad pasó a convertirse en una necesidad imperativa después de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2002⁶.

Las aparentes contradicciones en algunos puntos y las novedades recogidas en este último texto legal, con respecto a la Ley General de Sanidad, hacían imprescindible una reforma en el ordenamiento jurídico previo al Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, para adecuarlo al mismo.

Por ello, en fecha 21 de febrero de 2001 se presentó en la Cortes Generales una Proposición de Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que fue aprobada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁷.

Entre otros principios básicos, esta Ley reconoce:

La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, los cuales han

*Leyes autonómicas posteriores, sobre esta misma materia, son la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de **Extremadura**; la Ley 6/2002, de 15 de julio, de Salud de **Aragón**, y la Ley Foral de **Navarra**, de 25 de abril de 2002, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.*

A todo este conjunto normativo, hemos de añadir el Decreto 175/1989, de 18 de julio, por el que se aprueba la carta de Derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios del Servicio Vasco de Salud; la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Castilla-La Mancha, y la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

⁶ Vid. ROMEO MALANDA, Sergio, "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes", La Ley, T. I, 2003 págs 1622 a 1593.

⁷ BOE núm. 274/2002 de 15-11-2002

de orientar toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica .

1. 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.

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

2. 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.

Se puede afirmar que, en su conjunto, esta Ley pretende proteger la autonomía de la voluntad del paciente, pues establece una regulación muy concreta tanto en lo relativo a la autonomía personal del paciente como al derecho a la información y al otorgamiento del consentimiento por parte del mismo. En su elaboración se han tenido en cuenta el Convenio de Oviedo y el Documento Final del grupo de expertos del Ministerio de Sanidad sobre información y documentación clínica .

En su Disposición Adicional Primera se establece el carácter de legislación básica, señalando que el Estado y las Comunidades autónomas adoptarán las medidas necesarias para la efectividad de la misma. En su disposición adicional segunda determina la supletoriedad de sus disposiciones en aquella legislación específica que carezca de regulación especial respecto a estas cuestiones. Por tratarse de una Ley básica se asegura a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías, especialmente en el terreno de la información, lo que evita un sin fin de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia como es la que tratamos .

En ningún caso podemos entender esta Ley como improvisada. Más bien es el resultado de una seria reflexión y un meticuloso estudio. Así se puede comprobar en el preámbulo de la Ley en el que podemos leer:

⁸ El contenido de lo dispuesto en los puntos 1 y 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad se mantienen en este nuevo articulado.

⁹ Así se hace constar en el preámbulo de esta Ley.

¹⁰ Así lo contempla ROMERO MALANDA, cuando escribe "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes", en *La Ley*, T. I, 2003, pág.1523.

"...la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones".

4. Definición del "consentimiento informado"

Figura nacida dentro del campo jurídico, el "consentimiento informado" no es un concepto jurídico indeterminado.

Desde el momento en el que los médicos están obligados a su cumplimiento se les ha de proporcionar un conocimiento claro de sus obligaciones al respecto y, por tanto, se hace preciso comenzar conociendo una definición que permita estudiar cada uno de los elementos que componen esta figura y, con este bagaje de conocimientos, puedan los médicos acomodar su ejercicio profesional a los cánones que impone esta figura, relativamente nueva en su forma de expresión, que se suma a nuestras obligaciones éticas tradicionales.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹¹ nos proporciona una definición, relativamente breve, pero que encierra con cierta amplitud la obligación a cumplimentar por el médico en el ejercicio de su actividad profesional. En su artículo 3 define el "consentimiento informado" como:

¹¹ BOE núm. 274/2002 de 15-11-2002

“La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Sabemos, como ya hemos dicho, que esta figura del “consentimiento informado” nació en el campo jurídico y es en este ámbito en el que encontramos múltiples publicaciones, y en el que se han realizado importantes estudios para alcanzar la descripción de un nivel de contenido y expresión ampliamente aceptables.

Marín Gámez destaca los dos elementos conformadores del “consentimiento informado” para alcanzar una definición adecuada. Ambos elementos se perciben, como ya hemos comentado, en el texto del apartado 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad; y se encuentran, igualmente, en el apartado 4 del Código de Ética y Deontología médica, en el que se contemplan las indicaciones precisas para alcanzar una definición del mismo.

Entiende Marín Gámez¹² que “dentro del margen de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es un proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntariamente, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Esta participación permite al sujeto aceptar o rechazar determinadas acciones terapéuticas o cuidadoras en función de los objetivos que él mismo establezca, sin menoscabo de los derechos de los demás, en uso de su autonomía y dignidad personal”.

Así expuesto, fácilmente comprendemos que ello supone un planteamiento diferente, sobre nuevas bases, frente a las tradicionales relaciones médico-paciente, postergando el sesgo jerárquico de dicha relación a favor de un talante más participativo y menos paternalista.

Y así debemos de plantearlo y entenderlo. Los usuarios de la sanidad no deseamos que se dañe la imagen de un derecho que nos costó milenios llegar a alcanzar, por lo que entendemos que es importante la colaboración de

todos: médicos, pacientes y medios de comunicación social para que esta Ley sea comprendida y respetada.

5. Expresión de la voluntad

Podemos resumir lo dicho en los epígrafes anteriores con el siguiente párrafo:

El derecho del paciente a la autonomía de la voluntad ha sido plasmado en nuestra legislación, y está contemplada actualmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley que se encuentra en vigor en nuestro país desde el 15 de mayo de 2003.

La interrogantes que puedan surgir referentes al cómo, cuándo y quién las contestamos a continuación

5.1. Forma de expresión

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dice en su artículo 8:

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

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”.

Siguiendo la letra de esta Ley, la forma de consentimiento en atención primaria será verbal, salvo que se presenten casos para los que la Ley reserva la forma escrita, que es lo menos frecuente en esta faceta de la atención sanitaria.

En realidad, la mayor parte de la información que el médico de atención primaria ha de proporcionar al paciente no se encuentra en el ámbito del “consentimiento informado”, sino en la faceta asistencial, propiamente dicha, del quehacer médico: consejos sobre ingestión y dosificación de la medicación, cuidados fisioterapéuticos a tener en cuenta, advertencias sobre aspectos concretos que conllevan algunos medicamentos, y posibles efectos secundarios derivados de la propia medicación, entre otros

¹² MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, en *Revista General del Derecho*, num.610-611, 1995, pág.8237.

muchos que el propio médico, con su obligada y personal prudencia, distinga como convenientes o necesarios para beneficio del propio paciente y para la más pronta recuperación de su salud, entre los que podemos incluir plazos para repetir análisis, y abstenciones que deberá practicar durante el tiempo que el médico, de acuerdo con los conocimientos científicos actuales, entienda como necesarios o convenientes para la obtención del resultado propuesto o esperado.

Pero no es este el caso en el que se encontró el paciente que precisó la atención médica origen a la sentencia que motivó el artículo de prensa. Este paciente¹³ tenía que haber prestado consentimiento de forma escrita, pues fue sometido a un procedimiento diagnóstico y terapéutico de previsible riesgo, como veremos posteriormente al analizar el relato de hechos de la sentencia resultado de la demanda interpuesta por sus familiares.

5.2. Circunstancias de lugar y tiempo

El consentimiento que ha de expresar el paciente, ya sea en forma verbal, ya lo sea de forma escrita, según el caso que motiva la atención sanitaria, será manifestado, en todo caso, antes de la prestación de la atención médica que se va a realizar, salvo que el enfermo se encuentre en alguna de las situaciones que la Ley contempla como excepcionales. También en esto la Ley es clara cuando dice:

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

- a. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986¹⁴, se comunicarán a la autoridad ju-

¹³ En este caso en concreto, cuando sucedieron los hechos aún no había entrado en vigor la Ley 41/2002, por lo que fue de aplicación al caso la Ley General de Sanidad.

¹⁴ Dice esta Ley en sus tres primeros artículos:

Artículo 1. Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo 2. Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

dicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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

5.2. Titular del consentimiento

La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se pronuncia con claridad cuando dice en su artículo 8:

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”.

La información prevista en el artículo 4 es la que sigue:

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 3. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Se percibe que la Ley 41/2002, tal como sucede en los textos autonómicos, es clara al respecto, pues se establece como ineludible el consentimiento del paciente, quien, tras haber recibido la adecuada información, deberá pronunciarse sobre la atención sanitaria a recibir, en el libre ejercicio de los derechos que le son inherentes.

En virtud de su derecho a la libertad, el paciente puede revocar su decisión sin que tenga que dar explicación alguna sobre su cambio de opción, aunque la Ley establece –lo cual parece importante señalar y debe ser respetado por el profesional de la medicina– que este cambio en la decisión del paciente debe constar por escrito. Si bien es cierto que dentro de la normativa autonómica podemos encontrar leyes que prescinden del requisito de la constancia documental en los casos de revocación¹⁵, la presencia de este documento proporcionaría al médico cierta seguridad ante un posible proceso judicial basado en este tema.

Podemos resumir diciendo que el acto de prestación del consentimiento es un acto personal del sujeto afectado, aunque se contempla el consentimiento por representación en determinados supuestos, si bien el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En todo caso, la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Esta afirmación relativa a que el consentimiento ha de ser emitido por el propio paciente no es nada nuevo. Pero parece cierto, y así ha sido mantenido por la doctrina, que el texto de la Ley General de Sanidad, aprobada el 25 de abril de 1986, no ofrecía suficiente claridad en lo que se refiere a la manifestación de la voluntad del paciente y su repercusión sobre el actuar del médico, a efectos de la posible exoneración de su responsabilidad ante los daños que, eventualmente, pudieran producirse.

Como ya queda comentado, esta aparente falta de claridad dio lugar a confusiones de gran trascendencia para los profesionales de la medicina, aspecto que la Ley 41/2002 deja –al menos aparentemente– completamente resuelto.

¹⁵ Vid. artículos 6.4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; 12.4 de la Ley 6/2002 de Aragón; y 7.1 de la Ley 11/2002 de Navarra.

6. La información como requisito inseparable del “consentimiento informado”

Respecto al contenido y amplitud de la información que el médico ha de proporcionar al paciente, el texto la califica como de suficiente y ponderada. Al médico se le conserva un poder discrecional en su relación con el paciente, pues parece que esta calificación queda al arbitrio del propio médico.

En principio y en líneas generales, podemos tener presente que para que el consentimiento del paciente tenga validez, el interesado ha de conocer aquellos puntos concretos sobre los que debe manifestar su voluntad de consentir, y ello no es posible si no ha sido informado por el médico con la amplitud precisa para que pueda alcanzarse dicho conocimiento.

Por tanto, el consentimiento emitido por el paciente, en cuanto se refiere a la atención médica concreta a recibir, ha de estar precedido de la información suficiente, emitida por el médico con la claridad necesaria, adaptada su comunicación al entendimiento del propio paciente para que este pueda emitir su consentimiento válido. Esta obligación a cumplimentar por el médico no es, –como ya queda dicho– de reciente introducción en el quehacer de este profesional, aunque si es relativamente nueva la forma de expresión gramatical.

Cierto es que, hasta época muy reciente, el tema relativo al “consentimiento informado” no se ha tomado con la seriedad suficiente para que los médicos lo incorporen de forma definitiva y sin reparos ni fisura a su quehacer habitual¹⁶, pero estos profesionales saben muy bien que una correcta interpretación gramatical nos permite entender que el “consentimiento informado” está presente en nuestra normativa legal y en el artículo 10 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

¹⁶ La figura del “consentimiento informado”, gráficamente expresada, aparece como tal en el Real Decreto 944/1978, de 14 de abril y la Orden de 3 de agosto de 1982 que lo desarrolla: introducción del consentimiento informado en la investigación con seres humanos. MARÍN GÁMEZ, citado; en pie de página 8238 nos recuerda que los principios jurídicos que dan vida a la figura del consentimiento informado se han articulado paulatinamente en algunos textos: el Código de Núremberg (1947); el British Medical Research Council (1963); Declaración de Helsinki (1964) de la Asociación Médica Mundial, revisada en Tokio (1975), Venecia (1983) y Hong Kong (1989); artículo 7 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Informe Belmont (1978); el Consejo para la Organización Internacional de Ciencias Médicas y la Organización Mundial de la Salud redactaron en 1982 el documento “Recomendaciones internacionales para la experimentación biomédica en seres humanos”, revisado, actualizado y publicado en 1963 bajo el título “Recomendaciones éticas internacionales para la experimentación biomédica en seres humanos”.

Después de lo comentado, comprendemos perfectamente que el consentimiento y la información necesaria para que este tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la autonomía de la persona¹⁷.

No basta, pues, con presumir la voluntad conforme del paciente al acto médico interpretando que la acción asistencial en beneficio del enfermo legitima la acción por sí sola¹⁸. El consentimiento implícito no es suficiente para legitimar la actuación concreta que el médico ha de proporcionar al paciente. La legitimidad para actuar médicamente viene dada por el mutuo consenso entre el facultativo -que está obligado a actuar con arreglo a la buena fe y la "lex artis"- y el paciente. Ambas voluntades han de estar presentes en el acto médico de asistencia o tratamiento.

La finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias están contemplados en la nueva normativa como un mínimo de información al paciente, que se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica.

Por supuesto, aunque al paciente se le reconoce legalmente el derecho a ser informado, con la extensión que en la Ley se contempla, es verdad que puede manifestar su voluntad en sentido contrario, siempre que este "derecho a no saber" esté, en su caso, permitido legalmente.

Pero, como norma general, no puede quedarnos duda sobre la realidad presente: la consideración constitucional de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad colocan en consentimiento del enfermo en lugar preeminente y legitimador del acto médico.

6.1. Contenido de la información

Si yo entendiese que el artículo de prensa que comentamos estaba abierto a sugerencias que los usuarios de

la sanidad pudiésemos aportar, me permitiría enviarle al autor del mismo la siguiente carta abierta:

"Los pacientes queremos conocer"¹⁹, en principio, y como mínimo, el diagnóstico de la enfermedad que nos aqueja, el pronóstico, y el posible tratamiento que conviene a nuestro caso concreto, que nosotros procuraremos cumplir, conforme a las instrucciones recibidas, con el firme deseo de recuperar nuestra salud. Ello, como principio de nuestra relación.

Porque, si después de haber estudiado nuestro caso, el médico nos dice que debemos ser sometidos a una intervención quirúrgica, tenemos derecho a que amplíe debidamente la información, que ha de alcanzar extremos perfectamente definidos por la ley. Queremos saber:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con nuestras circunstancias personales o profesionales
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

Antes de que el médico tome una decisión firme de llevarme al quirófano, siento la necesidad imperiosa de conocer ciertos datos. Entre otras muchas razones, porque si el médico va a introducir el bisturí en mi cuerpo - aunque solo sea para extirparme el apéndice, y mucho más si se trata de amputarme una pierna o alguna otra parte de mi anatomía- deseo saber porqué me van a practicar esta intervención. He de dar mi consentimiento, que, como todos sabemos, carece de validez si no va precedido de una información adecuada, previa a toda intervención médica.

Por otra parte, mis circunstancias profesionales pueden verse alteradas como consecuencia de una intervención quirúrgica. Puede saberse de antemano que, en el mejor de los casos, quedaré con un cierto grado de invalidez. Y ello tengo que saberlo yo para, en consecuencia, poder organizar mi vida. Nadie, incluido el propio médico -salvo en caso de urgencia vital- puede alterar mi vida bajo sus propios parámetros.

¹⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica", Revista de la Asociación española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2003, núm.6, pág. 5. En este trabajo podemos leer: "El principio de autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo físico, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea, para dirigirlo hacia su propio perfeccionamiento. Reconocer esto significó aceptar la dignidad del ser humano en sí mismo y no en relación a la posición que ocupara en el organigrama social, dignidad que es consustancial a la persona y que deriva hacia una consecuencia universal: todas las personas son igualmente dignas. Este reconocimiento supuso el gran salto al pensamiento moderno y dio origen al nacimiento de los derechos individuales.

¹⁸ Así se pronuncia MARÍN GÁMEZ, citado, pág. 8252.

¹⁹ Es un derecho que me asiste, contemplado en la Ley 14/2002, de 14 de noviembre

Por si estos no fueran suficientes argumentos, le diré algo más: Las intervenciones quirúrgicas llevan consigo un riesgo potencial. Unas veces estos riesgos están directamente relacionados con el tipo de intervención concreta que se va a practicar al paciente, y en otras ocasiones se trata de riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia. Y esto también quiero conocerlo previamente a la intervención que voy a sufrir.

Cuando el médico me haya informado de estas cuestiones, intentaré despejar mis dudas y querré saber las alternativas que tengo si decido no someterme a esta intervención en concreto que el médico me propone, daños que puedo sufrir si no accedo a la intervención, tiempo de espera que mi estado de salud me permite antes de sufrir daños irreversibles, y multitud de interrogantes que me pueden surgir alrededor del tema. Porque yo no tengo más que una vida, y me gusta participar en la toma de decisiones sobre mi futuro. Por ello, espero y confío que el médico me informe debidamente de todas estas cuestiones”.

En resumen: cuando se tomen decisiones sobre mi salud, el médico debe contar conmigo. Porque la época en la que el médico decidía por el paciente de forma paternalista –aquella en la que la medicina era ejercida bajo criterios de beneficencia, presidida por ideas de caridad- ha quedado ya muy lejana. Actualmente, el médico y el paciente deciden juntos lo que más conviene al caso, en condiciones de igualdad, independientemente de los conocimientos específicos del propio médico, precisos e imprescindibles para el desempeño de su actividad.

Por supuesto, los buenos sentimientos del médico se dan por supuestos, y todos entendemos que él nos aconsejará lo mejor y lo que más conviene a nuestra salud. Por eso nos inspira nobles sentimientos de gratitud y respeto.

En conjunto podemos decir que los textos escritos sobre el tema del consentimiento del paciente parecen satisfactorios. Pero en medicina nada es matemático. Será la profesionalidad del médico y su buena disposición en el cumplimiento de la norma, sumada a la adecuada respuesta del paciente, las que nos permitirán conocer si el texto es suficiente, como sería lo deseable. Las aportaciones doctrinales y resoluciones judiciales nos permitirán orientaciones sobre aspectos concretos que vayan suscitando dudas, a través de la casuística que, inevitablemente, se irá sucediendo.

6.2. Extensión y límites

La limitación terapéutica de la información, contemplada actualmente en la Ley 41/2002, se configura como admisible y necesaria en la medida que el médico considere que la información completa puede ser gravemente dañina para el paciente. No obstante, esta limitación a la información ha de ser interpretada restrictivamente para evitar que se convierta en ilusorio el derecho del paciente a una información sanitaria adecuada²⁰.

En este punto, parece de interés recordar la sentencia del caso *Canterbury versus Spence* (Columbia, 1972), en la que se señala que “cuando el médico está firmemente convencido e que la información que le facilite al paciente le va a originar un daño psicológico severo, su deber de cuidado, entendido en conjunto, supera a su deber de información, que es sólo un aspecto de aquel, debiendo cargar el médico con la prueba de que tal acción es justificable”²¹.

En cualquier caso, la limitación terapéutica de la información, anclada en el paternalismo, debe ser excepcional y rigurosamente justificada, de tal forma que sólo tendría cabida en aquellos supuestos en los que la revelación de la realidad pueda generar un daño grave e irreversible en la salud del paciente. Se ha de tener presente, como norma general de conducta, que el enfermo tiene derecho a una información completa y adecuada, debiendo ser analizada con sumo cuidado y rigurosidad la situación que motive una excepción a esta regla.

6.3. Destinatario de la información. Posible renuncia

El destinatario de la información es el propio paciente por cuanto es el titular de este derecho. No obstante la Ley dice que también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la

²⁰

Vid. GALAN CORTES, Julio César, “Responsabilidad médica. Cirugía de carcinoma vesical. Contenido de la información a facilitar al paciente. Excepción terapéutica. Protocolos de actuación médica. Doctrina tradicional de la responsabilidad civil del médico. Sentencia de 31 de marzo de 2004” (RJ 2004, 2323), en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2005, N.67, pág. 148.

²¹

GALAN CORTES, Julio César, “Responsabilidad médica...”, citado, pág. 143. Con motivo de esta sentencia, recuerda este autor al juez Robinson, quien dice:

“Sin embargo, el privilegio del médico de ocultar información por razones terapéuticas debe ser cuidadosamente circunscrito, porque de otro modo podría devorar la misma regla de la obligación de informar. El privilegio no puede suponer la aceptación de la noción paternalista de que el médico puede permanecer en silencio simplemente porque el revelar información podría inducir al paciente a rechazar una terapia que el médico considera que el paciente necesita realmente. Tal actitud presume la inestabilidad o incluso la perversidad de los pacientes más normales, y camina en contra del principio fundamental de que el paciente podría, y de hecho habitualmente puede, decidir por sí mismo”.

medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

Actualmente no existe duda al respecto: el paciente es el sujeto legitimado para adoptar cualquier decisión que a él mismo afecte en el curso de la relación médico-sanitaria. Ello –como afirma Marín Gámez²², cuyo texto reproducimos– “no sólo por el carácter personalísimo lógicamente derivado de su particular interés civil, sino, y sobre todo, porque el elenco de derechos subjetivos constitucionales conjugados difícilmente deja margen para otra deducción”.

Una vez asumida su situación y conocido el nivel de gravedad de su estado de salud, así como el pronóstico, es el propio enfermo el que debe colaborar con el médico para obtener los beneficios que se pueden esperar del tratamiento adecuado, del que también deberá ser informado el paciente.

Por parte del afectado, su deseo de recuperación, su propia ilusión por salir de la situación negativa en la que se encuentra, su deseo de vivir, van a colaborar muy eficazmente con las medidas tomadas por el médico en la fase de tratamiento. No se nos oculta la posible ayuda psicológica que pueda precisar el paciente, dado el caso, pero ese tema queda fuera de los límites del presente trabajo

Aunque ya se ha mencionado, no podemos finalizar este tema sin recordar que el paciente, titular del derecho a ser informado en lo que se refiere a su propia salud, lo es también para renunciar a recibir esta información. Es por ello por lo que la Ley 41/2002, después de dejar constancia de que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible de la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley, dice, en el mismo punto 1 de su artículo 4.:

“Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.

En lo que se refiere a la conducta a seguir por el médico ante los posibles casos en los que el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, la Ley se pronuncia con claridad, pues dice: “se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

²² MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado.
252

Por tanto, en cumplimiento de la norma contenida en el texto legal vigente, cuando la limitación de información se encuentre presente el médico deberá dejar, en la historia clínica del propio paciente, constancia razonada de las circunstancias que motivaron esta decisión limitativa de los derechos, de los que el paciente es titular.

Conviene, sin embargo, que recordemos que esta posibilidad de renuncia, por parte del paciente, a conocer la información sobre su estado, se encuentra limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

Así pues, como resumen de lo dicho, podemos afirmar que, conforme a la actual Ley, el médico está obligado a proporcionar al paciente la información debida, con la extensión y con las excepciones que en su propio articulado se contemplan, pero, también salvando situaciones concretas, al paciente le asiste el derecho a renunciar a recibirla, en cuyo caso serán las personas que la propia Ley establece las destinatarias de la misma.

En todo caso, y cualquiera que sea el nivel de información proporcionada al interesado, esta ha de ser cierta. Distinto es que, en los casos concretos de situación excepcional, no deba extenderse más allá de lo que permita la salud del paciente.

7. El consentimiento del paciente en el Código de de Ética y Deontología Médica de 1999

Desde cualquier ángulo que se enfoque este tema, parece cierto que, en el momento presente de la práctica médica, ya nadie pone en duda que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información que la normativa legal contempla²³, haya valorado las opciones propias del caso.

En esta misma línea, en el texto del actual Código de Deontología médica podemos contemplar los dos elementos constitutivos de la definición referente al “consentimiento informado”, aunque quizá el elemento subjetivo no esté suficientemente desarrollado. Pero la presencia del consentimiento específico del paciente, como elemento imprescindible para que el médico pueda actuar lícitamente cuando realiza determinadas prácticas profesionales, queda fuera de duda.

²³ Artículo 8 de la Ley/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información.

En efecto, el Código de Ética y Deontología médica de 1999, que destina el capítulo III a la regulación de las relaciones del médico con sus pacientes, presta la debida atención al tema referente a la información. En su artículo 10, dice:

“Si el paciente debidamente informado no accediera a someterse a un examen o tratamiento que el médico considerase necesario, o si exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzga inadecuado o inaceptable, el médico queda dispensado de su obligación de asistencia”.

Pero es en el artículo 11, con un contenido más amplio, en el que encontramos semejanzas significativas con nuestra actual normativa legal, específicamente sanitaria:

1. Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad, y el médico debe esforzarse en facilitársela con las palabras más adecuadas.

2. Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo importante para el paciente, el médico proporcionará información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas.

3. Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento a la atención médica por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

4. En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de responsabilidad del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o allegado más íntimo o a otra persona que el paciente haya designado para tal fin.

5. En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro.

Comprobamos que el Código ético contempla la figura que la Ley 41/2002 denomina “estado de necesidad terapéutica”. En la práctica, tendremos oportunidad de valorar el acierto con el que el médico la mide.

Entiendo que es este el momento oportuno para recordar que el consentimiento informado, aunque está contemplado actualmente en nuestro Código Deontológico²⁴, no es un derecho graciable que el médico conceda al enfermo, sino que el paciente es el titular del derecho a recibir la asistencia con arreglo a su autonomía individual y libre desarrollo de su personalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución española. Sobre ello se ha pronunciado tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia. El médico se limita a cumplir con una obligación legal dimanante de los derechos fundamentales del paciente.

Por otra parte, dentro del campo de la información debida al paciente, hemos podido ver que tanto en la Ley General de Sanidad como en el Código de Ética y Deontología médica, encontramos contemplados los dos aspectos del deber de información: un deber de tipo asistencial, preciso o conveniente para una mejor evolución de la enfermedad, y un deber de información, necesario en todo caso, por cuanto es requisito imprescindible para que el paciente pueda tomar una decisión válida en lo que respecta a la actuación del médico. Es esta información un elemento intrínseco de lo que viene denominándose “consentimiento informado”.

7.1. Veracidad y autenticidad

En lo que se refiere al artículo 11 de este mismo Código deontológico, se contemplan en su contenido normas de respeto a la intimidad del paciente y a su derecho a obtener un informe veraz y auténtico; y lo que es más destacable: este informe será entregado personalmente al paciente o persona a la que él haya autorizado. Textualmente dice:

1. Es derecho del paciente obtener un certificado médico o informe realizado por el médico que le ha atendido, relativo a su estado de salud o enfermedad o sobre la asistencia prestada. Su contenido será auténtico y veraz y será entregado únicamente al paciente o a la persona por él autorizada.

2. El médico certificará sólo a petición del paciente, de su representante legalmente autorizado o por imperativo legal. Especificará qué datos y observaciones ha hecho por sí mismo y cuáles ha conocido por referencia. Si del contenido del dictamen pudiera derivarse algún perjuicio para el paciente, el médico deberá advertírselo.

²⁴ Aunque el Código evita la expresión gramatical de “consentimiento informado”, contiene los elementos que componen esta figura.

Por tanto, respecto al deber de información, el actual Código de Ética y Deontología está en línea con la doctrina jurídica y con nuestras normas legales ya vistas, cuando afirma que la información a recibir por el paciente ha de ser veraz, y que el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla.

También en la misma línea y en similares términos el Código de Deontología médica contempla el derecho del paciente a no ser informado, si así lo comunica al médico expresamente, debiendo ser respetada esta decisión en los términos que en el texto se especifican.

7.2. Información en la relación técnico-asistencial

Realmente, el deber de información, en alguno de sus aspectos y contenido, forma parte tradicional del quehacer médico, pues el conocimiento del diagnóstico, y del tratamiento por parte del paciente pueden y deben favorecer el pronóstico, aspecto este que el paciente debe conocer en mayor medida al objeto de que pueda colaborar activamente en la recuperación de su salud, objetivo de primer nivel, por cuya consecución, en líneas generales, el paciente busca la atención médica.

Aunque algunos aspectos de la información, tal como se entiende actualmente, no estuvieran incluidos tradicionalmente entre los específicos deberes deontológicos, con base en que el único que sabía de medicina era el propio médico, en la actualidad este deber de información se amplía, debiendo comunicar al paciente los resultados de los análisis practicados en su caso, y darle instrucciones sobre control de la alimentación, ejercicio físico adecuado y otros consejos que el médico entienda convenientes, dentro de este nuevo marco de participación del paciente en todos aquellos aspectos sanitarios en los que el mismo puede actuar o intervenir, en su lícito deseo de estar informado del estado de su salud, situación que se entiende como un derecho protegido constitucionalmente.

Dado que es habitual que el paciente acuda a los servicios de atención primaria acompañado de otras personas, cabe que podamos preguntarnos a quién ha de dirigirse el médico en cuanto se refiere a la información sobre estado de salud del paciente. La respuesta a esta interrogante está perfectamente expuesta en nuestros textos de referencia. Conforme a ello, será el paciente, a título personal, el que reciba la información, aunque el médico informará a sus acompañantes en la medida en que lo permita el paciente, ya de manera expresa ya de forma tácita.

Desde que la figura del médico paternalista ha dejado paso al médico responsable legalmente de sus actos profesionales transcurrió un largo período de tiempo. Pero en la época actual, el médico sabe con certeza que la información que ha de proporcionar al paciente al que presta atención sanitaria ha de ser una información verdadera, lejos de ocultaciones y temores. Como ya queda dicho, solamente en casos límite, calificados en la vigente legislación como de necesidad terapéutica, se puede omitir la información al paciente.

Verdad es que el médico puede entender que al paciente le va a afectar negativamente cualquier información que pueda proporcionarle si conlleva noticias negativas sobre su estado de salud. Pero ha de admitir que a la única persona que le importa de verdad la salud del enfermo es al propio interesado y es él el que ha de decidir sobre su salud y la recuperación de la misma, empezando por dar el primer paso: tomar conciencia de su situación real.

Todo lo antedicho, que no supone un esfuerzo personal del profesional, forma parte de las propias obligaciones del médico ubicadas en el ámbito de la "lex artis", lo que contribuye de manera notoria a mejorar la calidad de la asistencia sanitaria y, lo que es muy importante, repercute favorablemente en la relación médico-paciente.

Lejos quedan ya aquellas palabras del doctor Marañón, escritas en 1935, cuando nos dice:

*"El médico, pues –digámoslo heroicamente-, debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio a la salud. ¡Cuántas veces una inexactitud, deliberadamente imbuida en la mente del enfermo, le beneficia mas que todas las drogas de la farmacopea! (...). ¿Cómo va el médico, entonces, a no mentir? Pecado lleno de disculpas magníficas es, por lo tanto, este de mentir al enfermo que lo necesita. Y, en ocasiones, el pecado se convierte en obligación"*²⁵.

Al leer la frase que antecede nos sentimos trasladados a lejanos tiempos. Pocos años después de que fueran escritas estas palabras, concretamente en el año 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos aportó un nuevo aire de respeto a la verdad y una marcada tendencia a la defensa de la dignidad personal.

En este momento, el doctor Marañón entró, por la puerta grande que le abrió su gran prestigio, a formar parte de la Historia de la Medicina.

²⁵ En *Vocación y Ética*, Colección Austral, 6ª edición, Madrid, 1976, págs. 71 y ss.

Daba comienzo una nueva época en la que al paciente se le reconocía su mayoría de edad. Un enfoque nuevo de la relación médico-paciente tendía a situar a las partes de esta relación en un mismo nivel de igualdad, dignidad y respeto.

En esta relación médico-paciente, establecida sobre nuevas bases, el médico conserva, entre otras, una parcela importante de influencia, pues, al menos hasta el momento, cabe afirmar que la valoración sobre la capacidad del paciente para consentir válidamente es una cuestión en la que los profesionales de la sanidad han de pronunciarse expresamente, ya que la evaluación de esta capacidad²⁶ forma parte de sus obligaciones.

En su conjunto, las dudas que pudieran surgir en la práctica de la medicina las resuelve la Ley con aceptable claridad y, como ya hemos visto, en la misma línea se pronuncia el Código de Deontología médica.

8. El “consentimiento informado” en la práctica médica

Dice el autor del artículo de prensa que sirve de fondo a este trabajo:

1. *“El enfermo acude al médico para que lo cure”*

Pero sabido es que el médico no está obligado a curar al paciente en todo caso.

De haber sido posible un diálogo con el autor del texto, me hubiera parecido prudente decir:

“Por mi parte, cuando acudo al médico, soy consciente de que este profesional no tiene obligación, ni moral ni legal, de obtener este resultado favorable. Su obligación se limita a poner todos los medios a su alcance para lograrlo, y a disponer –innecesario decirlo– de la preparación adecuada. Ello encierra la siguiente afirmación: el médico tiene la obligación moral y legal de actuar con prudencia y con pericia.

Sabido esto, sólo espero que mi médico cumpla con el deber de cuidado al que le obliga el ejercicio

de su profesión, y actúe con la diligencia debida, dentro del máximo respeto a la lex artis. Y le agradezco que así sea”.

Porque todos somos conscientes de la propia debilidad de la naturaleza humana y sabemos que no siempre el médico alcanza la curación pretendida; en unas ocasiones por la presencia de sucesos imprevisibles, y en otras porque, aún siendo previsibles, son imposibles de superar. Por eso, frente a los médicos que se atreven a garantizarnos la curación, parece prudente elegir aquellos que nos dicen que van a hacer todo lo que esté a su alcance, legal y moralmente, para obtener el resultado más beneficioso para nuestro caso.

2. *“...sin embargo, es él mismo (el paciente) quien tiene que optar por un determinado tratamiento”*

Evidentemente. Queremos y agradecemos que el médico nos informe de las posibilidades que tenemos con una u otra opción de las varias que, como posibles, nos ofrezca él que, como muy bien dice el autor, es el experto. Después de explicarnos, de forma breve, las ventajas e inconvenientes de cada una de las distintas opciones; después de que nos aclare dudas y nos de la razonable sensación de que entendemos la situación real que nos afecta, nos encontramos en una posición que nos permite entender lo que más conviene a nuestra salud, dentro de los parámetros y circunstancias que nos envuelven. Sólo entonces estamos en condiciones de ponderar los riesgos previsibles (no todos los riesgos posibles), y las ventajas a obtener como resultado de la actuación médica.

Resumiendo lo dicho, podemos afirmar que queremos que el médico (aún siendo un experto, o precisamente, porque lo es) tome decisiones, en lo que respecta a nuestra vida, no por nosotros sino con nosotros, en un ambiente relajado que contribuya a mejorar nuestro estado de ánimo y despeje lógicos temores.

La verdad, dicha con delicadeza –¡eso sí!– nos inspira confianza.

Y sabemos que la relación de confianza entre el médico y el paciente es uno de los mejores medios para llegar a resultados favorables. Por ello ambas partes, médico y paciente, debemos optar por esta vía de entendimiento.

Por otra parte, el deber de información previo a una actuación médica (lo que se viene denominando “consentimiento informado” no es una concesión gratuita que el médico nos hace, ni tampoco –como parece entenderse en el mencionado artículo– se trata de una decisión de los Tribunales de Justicia. Es algo mucho más profundo: el

²⁶ Sin embargo, como recuerda Marín Gámez, la evaluación que el médico pueda hacer sobre la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido está presidida por el respeto a los principios constitucionales, a las normas del Código civil relativas al consentimiento (artículo 1.262 y siguientes), y a las construcciones tradicionales sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar del mismo Código civil (artículos 29, 30, 32 y siguientes), “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado, pág. 8242.

resultado de la continua lucha que el hombre viene sosteniendo a través de generaciones para alcanzar el derecho a la autonomía de su voluntad, el respeto a nivel individual, de su libertad, en armonía con el conjunto de derechos que en las distintas normas de máximo rango jurídico están contemplados.

En cualquier caso, la primacía de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad que son cimiento del orden social, desvelan que el consentimiento del paciente en cualquiera de sus formas es requisito de la licitud de la actuación médica. La exigencia escrita, en su caso, está justificada por las inercias formalistas del ordenamiento y la seguridad jurídica²⁷.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica contempla la materia de la que venimos hablando con una gran claridad. Se trata de una Ley en la que tenemos puestas grandes esperanzas por lo que respecta a su favorable repercusión en la relación médico-paciente, y, por lo tanto, en la calidad de la asistencia sanitaria.

9. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de octubre de 2005

Cuando leemos el artículo de prensa que venimos comentando, tenemos a la vista, en la misma página del periódico en el que aparece publicado el texto, un breve resumen de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia referente a la muerte de un paciente al extraerle cálculos biliares.

Todo parece indicar que sobre ella fue elaborado el comentado artículo, lo que justifica que relatemos aquí los hechos sucedidos y considerados probados en el juicio que antecedió a su publicación.

9.1. Relato de hechos

Se trata de un paciente, varón, de 40 años de edad, que ingresó en el servicio de urgencia de un hospital gallego aquejado de ictericia. En el momento de su ingreso presentaba una buena orientación y un buen estado general.

Con el fin de confirmar el diagnóstico de Ictericia Obstructiva se le somete a una serie de pruebas, como

resultado de las cuales se programa y realiza una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE).

A las 6 horas de la intervención el paciente se despierta con sensación de mareo y náuseas, que continuaron con vómitos de contenido hemático, con dolor gástrico muy intenso. El estado del paciente lejos de mejorar, empeora, por lo que tres días después es operado de nuevo, detectándose una importante hemorragia. Ante el agravamiento del estado del paciente cinco días después de la intervención anterior es intervenido por tercera vez, falleciendo a las pocas horas.

Destacamos -porque así se hace en el relato de hechos- que “en ningún momento se informó al paciente o a sus familiares de cuál era la finalidad de la prueba, qué alternativas tenía (el paciente) a dicha intervención, ni de las complicaciones que pudieran surgir”.

Con motivo de la demanda presentada, el Tribunal Superior de Justicia examina los hechos probados, lo que nos permite entrar en más detalles sobre la atención recibida por el enfermo:

1º. En primer lugar, se realiza al paciente una ecografía abdominal, que mostró varios cálculos enclavados en el cuello de la vesícula y dilatación del colédoco.

2º. A continuación se realiza un TAC hepático, en cuyo informe se puede leer: hallazgos compatibles con coledocolitiasis y dilatación de la porción intrahepática del colédoco y de la vía biliar intrahepática, observándose imágenes compatibles con cálculos en los conductos biliares posteriores derechos, recomendándose completar dicho estudio con colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE).

3º. Se informa como hallazgos de dicha prueba: papila prominente sin lesiones mucosas, normalidad en la vía pancreática, coledocolitiasis en la vía biliar por presencia de cuatro o cinco cálculos en colédoco.

4º. Al mismo tiempo, se practica esfinterectomía endoscópica (EE) y arrastre con balón, extrayéndose cuatro o cinco cálculos en colédoco. El cirujano que realizó la intervención muestra sus reservas acerca de la existencia de otros cálculos residuales.

5º. Al día siguiente de la intervención el paciente presenta sensación de mareo, náuseas, que continuaron con vómitos de contenido hemático, dolor abdominal muy intenso y aumento de la amilasa sérica.

²⁷ Así se expresa MARÍN GÁMEZ, en “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado, pág. 8257.

6°. Bajo el diagnóstico de pancreatitis aguda post-CPRE se somete el paciente a tratamiento médico conservador, mostrando ligera mejoría, pero dos días después, el paciente presenta un estado de shock, siendo trasladado a la UCI bajo la impresión diagnóstica de shock séptico de origen biliar y pancreatitis aguda post-CPRE.

7°. Este mismo día es reintervenido con abordaje subcostal derecho, sin poder realizarle colecistectomía debido al gran sangrado que padece, practicándole coledocotomía, constatándose la presencia de pus y sangre en gran cantidad, y siendo realizada la extracción de un cálculo en papila de 1 centímetro de diámetro, concretándose la impresión diagnóstica de colangitis, cálculo a nivel de papila, litiasis vesicular y pancreatitis aguda.

8°. Tras seguir sangrando durante varios días, es intervenido de nuevo bajo la sospecha de sangrado intraabdominal, practicándose laparotomía media que demostró la existencia de hemoperitoneo con aspiración de dos litros de líquido hemático y una dudosa necrosis hemorrágica de páncreas.

9°. A partir de esta última operación, el paciente tuvo una evolución desfavorable, con episodios de hipotensión, bradirritmia, parada cardiorrespiratoria refractaria, falleciendo posteriormente con el diagnóstico de: necrosis hepática aguda, pancreatitis aguda grave, coledocolitiasis, shock hipovolémico, coagulopatía severa.

Ante este resultado final no esperado, es fácil entender el disgusto de la esposa e hija del fallecido, y resulta comprensivo que iniciaran las actuaciones que estimaron pertinentes.

Desestimada la reclamación presentada ante la Consellería de Sanidad, tampoco prosperó a través de la jurisdicción penal, en la que se entendió que el médico, en su actuación, no había infringido la “*ex artis*”.

9.2. Cumplimiento de la “*lex artis*”

En la reclamación patrimonial presentada ante la Administración, respecto a la atención recibida por el paciente y su adecuación a la *lex artis ad hoc*, el Tribunal entiende que en ausencia de una prueba pericial propiamente dicha, en el caso presente ha de estarse a las apreciaciones del médico forense en las diligencias penales seguidas anteriormente, dada su objetividad e imparcialidad en el dictamen.

El médico forense destaca en su informe que la ausencia de una autopsia clínica o médico-legal perturba considerablemente cualquier tipo de consideración referente al presente caso, pues aquella hubiera podido constatar una serie de alteraciones anatomopatológicas verdaderamente importantes para poder llegar a comprender en su totalidad lo sucedido.

No obstante, considera que la intervención quirúrgica puede considerarse, en términos generales, justificada y adecuada a la naturaleza de la enfermedad, pues la CPRE llevada a cabo está indicada en el diagnóstico etiológico de la ictericia, particularmente en las de tipo obstructivo, como la presente, y todo parece indicar que se han seguido las pautas de comportamiento habituales en este tipo de técnica. También parece que han sido los habituales los estudios clínicos y cuidados postoperatorios (analítica de sangre, ECG, radiología de tórax, TAC y ecografía abdominal).

Además de lo dicho, cita el médico forense como complicaciones más habituales de la CPRE las hemorragias, pancreatitis, perforación y colangitis, especialmente en pacientes con obstrucción muy grande o completa de la vía biliar, presentándose con una frecuencia que puede alcanzar entre el 5% y el 10%.

En resumen, tal como consta en los informes médicos que figuran en autos, se ha descartado la quiebra de la “*lex artis*”, tanto en la indicación quirúrgica como en el desarrollo de la técnica empleada y en la evolución del postoperatorio, así como en la actuación del personal facultativo.

9.3. Consentimiento del paciente

Tal como se hace constar en la sentencia motivo del presente comentario, en la fecha en la que sucedieron los hechos que dieron motivo a esta resolución aún no se habían dictado ni la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, de regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, ni la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que hay que atender al texto del artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad, con arreglo al cual el paciente tiene derecho “a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

Por razones prácticas, para resaltar la importancia y actualidad del tema que tratamos, parece de interés recordar que con la derogación del anterior texto de la Ley General de Sanidad, la información debida al paciente no sólo no perdió su inicial importancia sino que adquirió mayor protagonismo. Por ello, traemos a este epígrafe el contenido del artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En lo que se refiere al derecho a la información asistencial, textualmente dice:

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Pues bien, en el presente caso la recurrente alega que nadie informó al paciente o a sus familiares de las posibilidades de éxito o fracaso de la intervención consistente en CPRE y esfinterectomía y otras pruebas realizadas, ni de alternativas de tratamiento y complicaciones posibles, presentándose después en el paciente todos los posibles riesgos o complicaciones que se conocen como posibles y secundarios a dicha intervención.

Por su parte, la Administración sostiene que se suministró información suficiente y adecuada al paciente y a pesar de que a ella correspondía dicha prueba, no consta acreditado que así fuese, pues no figura en el expediente documento escrito alguno de que se informara al paciente o a sus familiares de los riesgos inherentes a la CPRE, en especial de que iba a ser combinada al mismo tiempo con una EE, ni del pronóstico de la misma, las posibles consecuencias del postoperatorio y las alternativas terapéuticas

a dicha técnica; y tampoco consta debidamente probado que esa información se hubiera suministrado verbalmente.

Lo que si parece demostrado es que el paciente sufrió pancreatitis, perforación, hemorragia y colangitis (lo cual se ha puesto de manifiesto en el informe médico forense evacuado en las diligencias penales seguidas en principio), sin que el paciente hubiera tenido oportunidad de saber que esta situación pudiera presentarse en su caso. Se privó, pues, al interesado, de la información necesaria para prestar su consentimiento válido previo a la realización de dicha intervención

Aunque tanto el letrado del Sergas como el de la Xunta alegan la inexistencia de nexo de causalidad, parece que queda fuera de duda que la mencionada operación ha sido el desencadenante del fallecimiento del paciente, pues, pese a la ausencia de autopsia clínica, todo parece indicar que la alteración fundamental que tuvo lugar fue la hemorragia irreductible, que suele deberse a la perforación o sección instrumental de una zona de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos, cuya eventualidad tiene lugar, como ya queda dicho, en un conocido porcentaje de casos tratados.

Queda pues sobradamente probado que el médico no tuvo presente que:

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. Principio básico al que podemos añadir los que siguen:

- 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.

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

- 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.

Pues bien. Al paciente que motiva este estudio no se le dio oportunidad de negarse a recibir información. Sen-

cillamente, no se le dio ninguna, al menos, no se demostró que la recibiera. La ausencia de información podría ser disculpable en la realización de distintas pruebas como analítica de sangre, ECG, radiología de tórax, TAC y ecografía abdominal, pero no lo es tanto en otras de las actuaciones llevadas a cabo.

Quizá el médico nunca entendió como dudoso el resultado de la intervención a la que sometió al paciente y, por tanto, no tuvo presente que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento del paciente²⁸.

Pero, a la vista del informe del médico forense, todo parece indicar que en el caso del paciente que motiva nuestra atención se presentaba una grave obstrucción en la vía biliar. Informa dicho médico que las complicaciones más habituales de la CPRE, abarcando entre el 5% y el 10% de los casos, son las que efectivamente se presentaron en el presente caso.

Por ello, se entiende que el paciente debió de conocer este riesgo así como otras opciones posibles, con mayor motivo si se tiene en cuenta que el tamaño y el número de los cálculos, que en este caso eran varios y uno de ellos de 1 centímetro, lo que, si bien no supone contraindicación, incrementan la probabilidad de fracaso terapéutico, siendo mayor la necesidad de tratamiento quirúrgico, de lo que se desprende la importancia de la opción por el paciente entre las técnicas alternativamente aplicables y la relevancia de la omisión de la adecuada información.

Se presenta como cierto que en estas circunstancias pueden surgir interrogantes sobre la conveniencia de utilizar el método que se adoptó o acudir a otra cirugía, más tradicional y sobradamente conocida. Ello obligaba a ponderar riesgos con un somero estudio de ventajas e inconvenientes en ambos casos.

Por ello mismo, se hacía más necesario el suministro de información previa para que el paciente pudiese participar en la decisión a tomar sobre la intervención más adecuada al caso, afirmación que sostenemos apoyándonos en la continua jurisprudencia, en el texto de la sentencia que comentamos y en nuestro derecho sanitario de aplicación al caso.

Cierto que estamos hablando de una intervención realizada por un excelente profesional de la medicina, con conocido prestigio profesional, digno de confianza. Y, en lo que queda admitido, realizó la intervención con abso-

luto respeto a la “lex artis”, lo que hace menos aceptable – utilizando argumentos amistosos, no legales- el negativo resultado emitido por el Tribunal.

Pero los sentimientos de simpatía hacia el médico que actuó en el presente caso no pueden hacernos olvidar la realidad plasmada en nuestro derecho positivo, que hace recaer sobre el profesional de la medicina el deber de acercarse al paciente haciéndole participe de la situación en la medida que la prudencia del médico lo entienda adecuado al caso, sin exageraciones, siempre inconvenientes e innecesarias, y sin ocultaciones, aparentemente proteccionistas, no permitidas ni deseables.

A favor del médico hemos de decir que, pendiente como lo estaba de la salud de su paciente, ante la evidente necesidad de una intervención quirúrgica, no se le presentó mentalmente la necesidad de compartir con él las interrogantes que pudieron surgirle cuando eligió este procedimiento y vía quirúrgica, y probablemente pensó que lo único importante era la atención específicamente profesional al paciente con la técnica que le pareció adecuada al caso, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse de su decisión.

Por parte de la Administración se argumenta que el paciente no podía elegir no operarse ni existían alternativas a la solución dada. Sin embargo, queda demostrado que la elegida no era la única opción y que, ante la ausencia de aquella información, unilateralmente se optó por una técnica que, en definitiva, no logró superar la patología, lo cual autoriza a especular primero y a deducir después con el hecho de que su práctica agravó aquella al no haberse conseguido la extracción de todos los cálculos, lo cual ocurre, por lo menos, en un 10% de los casos de empleo de la técnica no quirúrgica. Y ello justificaba sobradamente la comunicación adecuada al paciente, haciéndole participe de la opción estimable como la más conveniente al caso.

Concluimos diciendo que, dado que la elegida no era la única opción, y que, como se ha visto, ninguna otra técnica de aplicación al caso hubiera sido más desafortunada que la realizada, fue en este momento cuando el médico cometió el error más significativo (dentro del conjunto de ausencia de información al paciente) que motivó como consecuencia que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, dictase una resolución ajustada a derecho²⁹, a través de una sentencia clara, estu-

²⁸ Afirmación contenida en el punto 2. del artículo 10 de la Ley 41/2002.

²⁹ Salvo que se presentase recurso de casación en el que se resolviese algo diferente.

diada y razonada, pronunciándose en términos favorables a la petición de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

9.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración

Es fácil entender la reacción solidaria y de apoyo moral al profesional que se ve demandado a través de la jurisdicción penal, por una actuación como la que se ha relatado a través de los hechos contemplados en el texto de la sentencia que comentamos.

Obviamente, la gran profesionalidad del médico desvirtuó las alegaciones de la parte demandante, entendiendo que su actuación, respetuosa con la "lex artis", no era merecedora de tan duro reproche como el que conlleva este tipo de juicios.

Pero también es fácil comprender el estado de ánimo de la cónyuge del fallecido, madre de una hija menor de edad, quien pierde a su esposo y se encuentra con una hija huérfana, como consecuencia de una intervención que, en principio, no se esperaba que pueda llevar tan desafortunado final. Al menos, nadie parece haberles informado, en ningún momento, de la gravedad que pudiera conllevar esta intervención, programada sin carácter de especial urgencia.

Calmados los ánimos, en lo que cabe, después de desestimada la reclamación por vía de la jurisdicción penal, queda a la familia la posibilidad de reclamar cierta cantidad económica como indemnización por el daño sufrido, representado por la pérdida de su esposo y padre, en sus respectivos casos.

Nada hay que reprocharles a las demandantes. En este tipo de procesos no se demanda al médico sino a la propia Administración.

La Sala tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la responsabilidad³⁰ patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y 121 y 122 de la Ley de Expropiación forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva, bastando para declararla que como conse-

cuencia directa de aquella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para exigir esta responsabilidad no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa que han generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad, la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

Solamente en los casos de fuerza mayor se excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal como se deduce del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

En el presente caso, se considera como razonablemente cierto que la alteración fundamental en todo el proceso postoperatorio fue la hemorragia irreductible y sus posteriores complicaciones que condujeron al empeoramiento del paciente, hecho constatado por la profunda perturbación de los valores sanguíneos y de coagulación, señalando el médico forense que la hemorragia, como eventual complicación, suele deberse a la perforación o sección instrumental de una rama de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos, lo cual tiene lugar aproximadamente en un 5% de los casos con una tasa de mortalidad en torno al 2%.

Entiende el médico forense que aún no habiéndose practicado la autopsia clínica (lo cual es imputable a los facultativos y servicio sanitario), lo que dificulta la deducción segura, con argumentos conocidos es suficiente para considerar que ha existido vínculo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento del paciente, pues posiblemente tuvo lugar aquella perforación o sección instrumental de una rama de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos.

En todo caso, la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal asistencial no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad sino más bien desde la estricta objetividad mecáni-

³⁰ En sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

ca de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material³¹, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado³¹.

No obstante lo dicho, con absoluta lógica, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales³².

Se entiende pues que, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados³³, en ocasiones la jurisprudencia³⁴ ha hecho depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la "lex artis ad hoc". Por eso se puede leer:

“...cuando del servicio sanitario o médico se trata el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente”³⁵.

En consecuencia, el Tribunal, en el presente caso, tuvo presente que la tendencia objetivadora no puede hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio.

En el caso que comentamos, si bien la asistencia y atención por los facultativos en lo técnico podrían reputarse conformes a la "lex artis", sin embargo el paciente ha sufrido complicaciones de las que se incluyen entre los riesgos previsibles (pueden alcanzar el 10%), como ha sucedido con la hemorragia, pancreatitis y colangitis, de modo que la ausencia de “consentimiento informado” supone que se traslada la responsabilidad por el resultado

dañoso del paciente al servicio sanitario del que forma parte el facultativo.

Al quedar descartada la vulneración de la “lex artis”, se entiende que la relación causal entre el actuar administrativo y el fatal desenlace de las intervenciones sufridas por el enfermo se traslada a la ausencia de información, pues obliga a que sea el servicio público sanitario quien deba asumir los riesgos derivados de complicaciones relativamente frecuentes de la intervención realizada sin contar con el necesario “consentimiento informado”.

Realmente, la “lex artis” y el “consentimiento informado” son dos figuras de naturaleza jurídica diferente que pueden estar presentes en el mismo acto médico. Pero es mucho más fácil demostrar la ausencia de la obligación de informar al paciente (cuya prueba positiva ha de ser aportada por la propia administración sanitaria) que la de demostrar una infracción de la “lex artis” (que, salvo excepciones, ha de ser aportada por el paciente) y, como se deduce del informe emitido por el médico forense, en ausencia de autopsia clínica muy difícilmente puede el paciente demostrar alguna posible infracción técnica, de haber sucedido.

Por otra parte, e independientemente de la vulneración o no de la “lex artis”, que ya ha quedado descartada como causa del fallecimiento, existía la objetiva obligación de información encaminada a obtener el permiso consciente por parte del paciente, quien difícilmente puede asumir el riesgo de la intervención y soportar sus consecuencias si no está debidamente informado de este posible riesgo y de la oportunidad de tomar una decisión distinta a la efectuada por el médico.

Se admite que el paciente, al no haber tenido oportunidad para elegir otra vía distinta o de confirmar la que recibió para la atención de su patología, privado de la oportunidad de emitir su “consentimiento informado”, no tiene el deber jurídico de soportar el daño sufrido, declarándose en esos casos por la jurisprudencia contencioso-administrativa el valor autónomo del “consentimiento informado” como bien moral de suyo resarcible.

Finaliza el fundamento jurídico cuarto de la sentencia comentada con la siguiente afirmación:

“En base a lo anteriormente argumentado procede acoger la reclamación planteada por integrar la vulneración de las reglas del “consentimiento informado” el título de imputación de la responsabilidad patrimonial bajo la idea de funcionamiento anormal del servicio público”.

³¹ STS 14 de junio de 1991, confirmando sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985, y STS de 13 de julio de 2000.

³² Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002.

³³ Sentencias TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999.

³⁴ Sentencia sala 3ª TS de 10 de febrero de 1998.

³⁵ Sentencia TS de 22 de diciembre de 2001.

9.5. Indemnización por daño moral

No cabe deducir un consentimiento tácito o presunto en este caso porque, no siendo la elegida la única opción, se ignora si el paciente no se hubiese decidido por otra en caso de haber sido informado de otras alternativas clínicas, de modo que este no es homologable al caso en que la única alternativa que se le presentase al paciente fuese el normal desarrollo de su enfermedad.

Aunque en el caso que analizamos, si bien la asistencia y atención por los facultativos en lo técnico podrían reputarse conformes a la "lex artis", sin embargo el paciente ha sufrido complicaciones de las que se comprenden entre los riesgos previsibles (pueden alcanzar el 10%), como ha sucedido con la hemorragia, pancreatitis y colangitis, de modo que, como ya queda dicho, la ausencia de "consentimiento informado" supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso del paciente al servicio sanitario del que forma parte el facultativo.

Al no haber sido advertido del riesgo al que se le sometía, y no pudiendo ser aceptada la exclusión invocada fuerza mayor, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño producido. En estos casos, la jurisprudencia contencioso-administrativa viene declarando el valor autónomo del "consentimiento informado" como bien moral de suyo resarcible.

En base a lo anteriormente argumentado, el Tribunal procede a acoger la reclamación planteada por integrar la vulneración de las reglas del "consentimiento informado" el título de imputación de la responsabilidad patrimonial bajo la idea de funcionamiento anormal del servicio público.

Por ello, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria³⁶, se tiene en cuenta el valor independiente de la autonomía del paciente o su dignidad, de modo que se resarce el daño moral, si bien sobre la base de la lesión resultante. Dice el Tribunal en el fundamento jurídico quinto:

“Desde el momento en que, al margen de la quiebra de las reglas del consentimiento informado, no se ha acreditado una inadecuada o incorrecta actuación de los facultativos que atendieron al enfermo, sólo aquel daño moral es resarcible en cuanto adquiere entidad propia al materializarse sobre los derechos de la personalidad y facultad de determinación del paciente.

Siguiendo la jurisprudencia anterior³⁷, este Tribunal entiende, en este caso, que:

“...lo procedente no es indemnizar por los daños corporales directamente generados, ya que la falta de información y del consentimiento informado no es directamente causa del fallecimiento, sino por la violación del derecho de autodeterminación del paciente, lo que lógicamente ha de llevar a una indemnización de menor cuantía que si existiese aquella incorrecta actuación de los facultativos”.

Con carácter general se admite que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante³⁸ -aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes- sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*³⁹, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados⁴⁰.

Pero en el presente caso, al fijar la cuantía indemnizatoria, el Tribunal tiene en cuenta que la CPRE y la EE fueron realizadas con intención curativa e intención de paliar las molestias que el paciente venía padeciendo, muy lejos del ánimo de causar daño, y que no hubo infracción de la "lex artis". Por otra parte, no se han proporcionado datos que permitan conocer la situación económica en la que quedó la familia del fallecido. Por ello, solamente se ha indemnizado el "pretium doloris". La Sala considera adecuada la fijación de una suma de 50.000 euros para la viuda y de 25.000 euros para la hija.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000.

³⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1106 del Código civil.

³⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984, 7 de octubre y 1 de diciembre de 1989.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988. Está muy consolidada la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud ó en la vida del enfermo.

³⁶ En base al artículo 141 de la Ley 30/1992.

10. Traspaso de la responsabilidad del médico

La tesis del Tribunal Supremo en esta decisiva sentencia es por tanto, que la omisión del consentimiento priva a los interesados de ponderar la conveniencia o no de sustraerse a la operación o a una determinada prueba diagnóstica, lo que constituye un daño moral grave.

En cuanto a los requisitos de la calidad de la información que cabe exigir, el Tribunal tiene en cuenta las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril y 3 de octubre de 2000⁴¹, y con base en ello entiende que el contenido concreto de la información transmitida al paciente, o sustitutivamente a los familiares, para obtener su consentimiento de cara a la realización de una complicada prueba diagnóstica o para la actuación terapéutica, ha de quedar referido a la información que puede condicionar la elección o el rechazo de una terapia por razón de sus riesgos.

Por más que se pretenda aludir a la lógica de la prestación de información verbal y de autorización del mismo tenor, lo cierto es que, ante la alegación en contra del recurrente, era carga de la Administración la acreditación de la existencia de ese consentimiento⁴², lo cual no se ha logrado, por lo que no puede afirmarse que haya de ser el paciente quien debe arrostrar los riesgos de la intervención⁴³.

Por el contrario, la falta de acreditación del consentimiento del paciente reafirma la antijuridicidad de la lesión, por haber asumido el servicio sanitario los mayores riesgos de la opción que tomaron.

Pues bien, del conjunto del texto escrito por el autor del artículo publicado en la prensa, extraemos un párrafo, sin duda discutible, en el que se dice:

Consecuencia: corremos el riesgo de que los médicos practiquen cada vez más una medicina defensiva, traspasando la responsabilidad de su actuación al enfermo.

En el caso concreto que hemos contemplado a través de la sentencia analizada, la única medicina defensiva que cabe es la de informar debidamente al enfermo.

⁴¹ Todavía estaba vigente la Ley General de Sanidad. La Ley 41/2002 concreta el contenido de la información debida al paciente, y, en los casos en los que se requiere consentimiento escrito, como hubiera sido el presente, cabe destacar el contenido del artículo 10 de dicha Ley.

⁴² Sentencias TS de 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000.

⁴³ Quedó claro que en el presente caso no era de aplicación ninguno de los supuestos de excepción del artículo 10.6 de la Ley 14/1986.

En efecto, en la falta de información se fundamentó la demanda y es esta ausencia de información la que motivó la resolución del Tribunal que estudió el caso. El juez, a la vista de los hechos y de la prueba pericial practicada resolvió conforme a derecho, con la aplicación de la ley en vigor.

Desde el principio, se admitió que no había existido infracción de la “lex artis”, pero, también desde el principio, se percibió que el paciente no había recibido la información a la que tenía derecho y que el médico estaba obligado a proporcionarle. Al paciente, carente de información, no se le dio posibilidad de intervenir en ninguna toma de decisión.

Lo cierto es que el médico, después de informar convenientemente al paciente, debió de obtener su consentimiento para realizar una u otra intervención dentro de las que se perciben como igualmente adecuadas al caso. Sin duda, el paciente hubiera aceptado la que el médico entendiera más aconsejable, pero después de haber tomado conciencia de la situación real y de las dos posibilidades que la ciencia ofrecía al médico para intervenir en esta patología concreta.

En una de ellas, era de esperar un post-operatorio más corto, más fácil -en condiciones normales- de ser aceptado por el paciente. La segunda opción, una intervención dentro de la cirugía tradicional, que presenta un campo abierto más amplio y, con ello, mayor facilidad para el propio médico en un caso que se presentó con tantas dificultades como las que la realidad hizo presentes.

El médico debe comentar con el paciente ambas posibilidades, ayudándole a tomar la decisión más conveniente al caso. No se ve la posibilidad de que el médico pueda traspasar esta responsabilidad al enfermo. Lo que si se percibe es la falta cometida por el médico al intervenir sin el consentimiento válido del paciente.

En ningún caso el médico puede traspasar al paciente responsabilidad alguna. Muy al contrario: él se exime de responsabilidad, pero no se la traslada a nadie.

De no hacerlo así, al haber tomado una decisión que corresponde al ámbito de libertad del paciente, el médico asume los riesgos de un resultado desfavorable, pues priva al interesado de su derecho a participar en las decisiones que le atañen y asume los riesgos derivados de su decisión personal.

Cierto que la indemnización procedente consecuencia de esta falta de información la costea la propia administración sanitaria, y que al médico no le afecta a título perso-

nal, ni moral, ni legalmente (pues se trata de una responsabilidad objetiva que asume la propia administración). Si en este caso ha trascendido al público con la difusión que ha tenido se debe a la información aparentemente bien intencionada de una noticia de prensa en un periódico de elevado nivel de prestigio. En ningún caso se trata de un reproche personal hacia el médico interviniente.

Evidentemente, la información que el médico ha de proporcionar al paciente ha de ser la adecuada en cada caso, pero la suficiente para que cuando el médico tome la decisión que entiende adecuada, el consentimiento del paciente esté presente, después de haber sido informado, en los términos que en la propia ley se contemplan. Así de sencillo:

El médico no puede actuar **por** el paciente sino **con** el paciente.

Y, al no haberlo hecho así, la administración sanitaria se ve obligada a indemnizar a la familia del fallecido para intentar reparar un daño que, en el caso concreto contemplado en la sentencia comentada, se limita al campo de los daños morales, pues, independientemente del daño físico sufrido por el paciente, que nunca podremos saber si era inevitable, se produjo un daño cierto en el campo de los derechos fundamentales del paciente: su derecho a la libertad, al privarle del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cualquiera que sea la voluntad del profesional de la medicina a favor del respeto a la figura del “consentimiento informado”, lo cierto es que, en el presente, por imperativo legal al conjunto de cuidados que el médico ha de proporcionar al paciente, que vienen siendo presididos desde antiguo por el respecto a la “lex artis”, ha venido a sumarse una nueva obligación: la de informar al paciente de forma adecuada para que este pueda elegir, entre las distintas opciones sanitarias que las circunstancias le ofrecen, aquella que mejor convenga a sus intereses personales.

Y esta obligación, que ya venía existiendo desde la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, se reafirma con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que dice con absoluta claridad:

“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta obligación 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”.

A través de la información, el paciente recibe el estímulo para la toma de decisiones sobre lo que más conviene a su salud. El médico influye en la decisión del paciente cuando le proporciona la información precisa para que pueda materializarse su idea de autonomía individual, pero ya no se trata de decidir por el paciente, desde la superioridad del criterio médico, como venía haciéndose en la forma tradicional del ejercicio de la medicina, sino de decidir con él, sobre lo más conveniente a su salud, en cada caso en concreto.

El ejercicio del derecho a la autonomía personal, en el ámbito de la asistencia sanitaria, podrá haber llegado a nuestro país con ligero retraso respecto a otros de nuestro entorno, pero tienen un mismo punto de origen, que se basa en el reconocimiento de los valores del hombre entendido como individuo, a su libertad y a su dignidad, consecución del logro de un deseo por el que viene trabajando a nivel universal.

Por otra parte, el médico no puede alegar desconocimiento de esta situación pues este conjunto de obligaciones se encuentra contemplado en distintos artículos del Código de Ética Deontología Médica de 1999, que se han reproducido textualmente en el apartado correspondiente del presente trabajo.

11. Participación de los pacientes

Se puede oír decir, dentro del ambiente de los profesionales de la medicina, que, en la práctica diaria, a los pacientes no les interesa que se les informe, que realmente solo quieren que los curen.

Si la actividad sanatoria del médico pudiera ser tan absoluta puede que una gran mayoría de personas se adhirieran a esta postura. Pero la realidad de la medicina no responde a estos presupuestos: acudir al médico y curarse.

Ya hemos tenido la oportunidad de comentar que el médico no está obligado a obtener una curación en todo caso, solamente está obligado a poner todos los medios a su alcance para lograrlo, y a actuar con prudencia y prontitud pretendiendo lo más conveniente para el enfermo. Y lo más conveniente, en muchas ocasiones, está rodeado de dudas razonables.

Por eso, preguntamos a los propios pacientes cuál es, ciertamente, su postura en este tema.

Para encontrar respuestas válidas, en ausencia de encuestas entre los usuarios a título personal, podemos traer

al presente la declaración de Barcelona⁴⁴, que tiene como eje fundamental una correcta relación médico-paciente, basada en el respeto y la confianza mutua⁴⁵.

Su objetivo es conseguir que los pacientes jueguen un papel más activo, tengan conocimiento acerca de sus derechos y que se tengan en cuenta sus preferencias a la hora de tomar una decisión terapéutica.

Así pues, podemos afirmar que los pacientes defienden una posición que encaja perfectamente en el conjunto de lo aquí dicho, tal como está contemplado en nuestra normativa legal. Sus pretensiones las dan a conocer por medio de sus asociaciones y organizaciones.

Después de la Declaración de Barcelona, en el Decálogo de los Pacientes incluyen un punto que está en la línea que se ha expuesto. En su punto 4, se dice:

“Se define la importancia de la relación médico-paciente como una relación fundamental basada en el respeto y la confianza mutua, que conduce a la mejora y/o a la resolución de los problemas de salud y calidad de vida de los pacientes y de sus familiares. Las asociaciones pueden contribuir a mejorar esta relación y a que ésta se produzca de forma más simétrica”.

Cuando el médico acepte la conveniencia de este equilibrio de poder, la relación médico-paciente recordará las antiguas formas en su faceta de mutua confianza, que se verá enriquecida por las aportaciones que los derechos constitucionales introducen en esta relación que, de dependencia, pasa a situarse en plano de igualdad.

Bibliografía

ALONSO OLEA, Manuel, “El consentimiento informado en Medicina y Cirugía”, *Revista de Administración Pública*, núm.155, 2001, pág. 7.

⁴⁴ Los días 20 y 21 de mayo de 2003 se llevó a cabo en Barcelona una reunión en la que participaron profesionales de la salud y representantes de organizaciones y asociaciones de pacientes y usuarios de todo el Estado español. El objetivo de la reunión era la obtención de información sobre la visión y vivencias de los pacientes o sus representados en seis temas de interés sobre los que se había hecho un trabajo de preparación previo. La organización y presentación de la información obtenida constituye la denominada la Declaración de Barcelona de las Asociaciones de Pacientes, que se resume como el Decálogo de los Pacientes.

⁴⁵ Recordemos que la actual Constitución Española, en el punto 2. del artículo 51, dice: “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

AMAYA RICO, Víctor, “El deber médico de información: un derecho humano fundamental”, *La Ley*, T. I, 2002, págs.1831 a 1832.

ARCE FLOREZ-VALDES, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas” (La tutela del siglo XXI), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, pág.207 a 220.

AVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “El derecho a la autonomía de los pacientes”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, págs. 173 a 205.

BLAS ORBÁN Carmen, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2003.

-*Aspectos penales del consentimiento en el tratamiento médico*, INSALUD, Servicio de Relaciones Públicas, Información y Publicaciones, número 1.442, Madrid, 1985.

CECCHINI ROSELL, Xavier. “El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio” (RJ 2002,5216), en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1(10), 2003, págs. 181 a 192.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en *Actualidad Civil*, T. I, 2003, págs. 311 a 326.

COSTAS LOZOYA, Jaime A. y PIÑEIRO VIDAL, J. L., *Curso de Consentimiento Informado en la Práctica clínica*. Vigo. Fundación de Estudios y Formación Sanitaria. 2000.

DÍAZ GÓMEZ, M^a Jesús, “Algunas claves para el estudio de la responsabilidad médica: el derecho a recibir información como expresión de la dignidad de la persona. Comentario a la STS de 2 de julio de 2002” (RJ 2002, 5514), *Revista de Derecho Patrimonial*, 1(10), 2003, págs. 207 a 216.

FRAGA MANDIAN, Antonio y LAMAS MEILAN, Manuel María, “El consentimiento informado”. (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica). Edit. *Revista Jurídica Galega*, 1999.

GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad médica. Cirugía de carcinoma vesical. Contenido de la informa-

ción a facilitar al paciente. Excepción terapéutica. Protocolos de actuación médica. Doctrina tradicional de la responsabilidad civil del médico. Sentencia de 31 de marzo de 2004” (RJ 2004, 2323), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.67, 2005, págs. 135 a 148.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, “El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 6, 2003, págs. 5 a 19.

MACÍA MORRILLO, Andrea, “Responsabilidad de los profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con malformaciones genéticas que no fueron detectadas por los ecografistas y de las que no se informó a los progenitores. Sentencia de 18 de diciembre de 2003” (RJ 2003, 9302), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 66, 2004, págs. 1023 a 1040.

MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001”, *La Ley*, T.6, 2001, págs. 1587 a 1602.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel, ”A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, *Revista General del Derecho*, núm. 610-611, 1995, pág.8237.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Contagio de sida por transfusión posterior a cesárea. Deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión. Cuantificación del daño. Daños sufridos por terceros. Indemnización de daños futuros. S. de 17 de octubre de 2001”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 58, 2002, págs. 325 a 330.

- “La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi civil*, T. I, 2003, págs. 1901 a 1930.

REGUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, *Actualidad administrativa*, T.2, 2002, págs. 889 a 943.

RIBOT IGUALADA, Jordi, “Cirugía estética. Intervención quirúrgica correctora de mamas con resultado de cicatrices antiestéticas. Deficiente información sobre los riesgos de la operación; ineficacia de la suministrada más de un año antes. Sentencia de 22 de julio de 2003” (RJ 2003, 5391), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 64, 2004, págs. 395 a 417.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El derecho español ante la relación médico-paciente. Deber de información y consentimiento”, *La Ley*, T.4, 1996, pág. 1251.

ROMERO MALANDA, Sergio, “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes”, *La Ley*, T. I, 2003, págs. 1522 a 1593.

SANCHEZ CARO, Javier, “El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles”, *La Ley*, T.3, 1993, pág. 941.

SEUBA TORREBLANCA, Joan C., “Responsabilidad civil médica. Consentimiento informado: causalidad; carga de la prueba; riesgos típicos y riesgos previsibles”. (Sentencia de 12 de enero de 2001), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.56, 2001, pág. 719.

SOLDEVILLA FRAGOSO, Santiago, “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el consentimiento informado. Comentario a la SAN de 25 de febrero de 2004”, *Actualidad Administrativa*, T. I, pág. 1193 a 1201.

VIANA CONDE, Antonio, “El consentimiento informado del enfermo”, *La Ley*, T. 2, 1996, pág. 1330.

VIGURI PEREA, Agustín, “El consentimiento informado desde una perspectiva comparada”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, T. I, págs. 1105 a 1126