

El consentimiento informado
y la responsabilidad médica

DAVINIA CADENAS OSUNA

PRÓLOGO: FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ



Derecho Privado

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO
Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

DAVINIA CADENAS OSUNA



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2018

Primera edición: junio de 2018

El presente trabajo fue terminado en el marco de las actividades del Proyecto I+D «La modernización del contrato de servicios en el Derecho privado: del Código civil a los nuevos instrumentos jurídicos del Derecho contractual europeo y las Directivas» (DER2016-80035), del cual son investigadores principales los Profs. Drs. D. Francisco Oliva Blázquez y D. Francisco José Infante Ruiz.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Davinia Cadenas Osuna
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO: 786-18-035-3
ISBN: 978-84-340-2478-6
Depósito legal: M-18354-2018

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A José Ángel, *alma mater*

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas cuyos nombres sería de justicia que aparecieran en la portada de esta obra, pues han tenido en ella una contribución tanto o más trascendental que la propia de quien escribe. Por ello, dedico las líneas que siguen a mostrar mi más profundo y sincero agradecimiento a algunas de estas personas, a sabiendas de que tal mención en modo alguno resulta suficiente para saldar, ni siquiera en una mínima parte, la deuda de gratitud que, eternamente, tendré con ellos.

Gracias:

A mi director de tesis doctoral (por la presente publicada), el profesor Francisco Oliva Blázquez, cuya inestimable sabiduría y dirección constituyen la clave de bóveda de esta obra.

Al profesor Tomás Rubio Garrido, a quien tengo el inmenso honor de haber disfrutado como docente en el pasado, y como amigo y consejero desde entonces.

A los compañeros del Área de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide y, muy especialmente, al profesor Juan Pablo Pérez Velázquez, por su constante apoyo.

A mis padres, por su amor infinito

A mis hermanos, Jorge y Óscar, los hombres de mi vida.

A mi hermano Jorge y mi cuñada Sol, médicos de profesión y vocación, cuyas valiosas lecciones magistrales sobre la práctica sanitaria me han servido de inestimable ayuda en el proceso de elaboración de esta obra y encuentran su debido reflejo en ella

A Jorge, Sol, Paula, María y Raquel, mis sobrinos, por hacerme feliz.

A mi familia y amigos, por su incesante cariño e impulso. A José, Isabel, Victoriano y Chari, por quererme y cuidarme. A Eloy, por su generosidad. A María José y Ramón, por su amistad.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

A Raquel, María, Yolanda, Adela, Ana Belén Aranda y Ana Belén Sánchez, con quienes comparto tinta y hermandad.

A Sergio y Raquel, por demostrarme que la familia sí se elige.

Y, por último, aun siendo consciente de que son muchos los nombres que me dejo en el tintero, debo brindar un agradecimiento muy especial a José Ángel, alma de todo lo que hago, con quien comparto mi vida desde hace más de una década y a quien deseo, algún día, poder recompensar su amor y confianza incondicional y sus incansables palabras de aliento.

La Puebla de Cazalla (Sevilla), mayo de 2018

ÍNDICE

PRÓLOGO	25
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	33
CAPÍTULO I. DOCTRINA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
1. Introducción	39
2. Relación médico-paciente desde la antigua Grecia hasta la Edad Moderna	40
3. Relación médico-paciente en la modernidad y la Edad Contemporánea	45
3.1 Introducción	45
3.2 Experimentación con seres humanos en el siglo xx y nacimiento del consentimiento en investigación	48
3.3 Origen de la doctrina del <i>informed consent</i> en el <i>case law</i> norteamericano	52
3.3.1 Antecedentes remotos	52
3.3.2 <i>Tort of negligence</i> v. <i>tort of battery</i>	55
3.3.3 Primera etapa: reconocimiento al paciente del derecho al consentimiento (progresivamente) informado	61
3.3.4 Segunda etapa: determinación jurisprudencial del estándar de información previa al consentimiento informado	68

	Páginas
3.3.4.1 Estándar de información del médico razonable o de la práctica médica	69
3.3.4.2 Estándar de información de la persona o paciente razonable	73
3.3.4.3 Estándar de información subjetivo	78
3.3.4.4 Conclusiones	81
3.4 Positivación del derecho a la autodeterminación del paciente ...	84
3.4.1 Evolución normativa del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español	99
4. Conclusiones	103
 CAPÍTULO II. DERECHO A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL DEL PACIENTE	
1. Introducción	105
2. Titular del derecho a la información asistencial	110
2.1 El «paciente» como titular del derecho a la información asistencial	110
2.2 Información a personas vinculadas al paciente previa autorización	111
2.3 Pacientes con la capacidad modificada judicialmente	114
2.4 Pacientes sin capacidad natural suficiente para entender la información	119
2.5 Pacientes menores de edad	124
2.5.1 El sorprendente olvido del derecho a la información del menor de edad	124
2.5.2 Menor de edad y capacidad de obrar	125
2.5.3 Menor de edad y derechos de la personalidad	130
2.5.4 Menor de edad y derecho a la información asistencial ..	137
3. Titular del deber de información asistencial	142
4. Contenido de la información asistencial	148

	Páginas
4.1. Especial consideración a la información sobre riesgos	153
4.1.1 Medicina curativa v. medicina satisfactiva	153
4.1.2 Riesgos típicos v. riesgos atípicos	160
4.1.3 Información en medicina curativa	164
4.1.4 Información en medicina satisfactiva	170
4.1.5 Conclusión: el estándar de información sobre riesgos en el ordenamiento jurídico español	172
5. Requisitos de la información asistencial	175
5.1 Requisitos formales en la entrega de la información asisten- cial	175
5.2 Momento de la información asistencial	178
5.3 Otros caracteres de la información asistencial: verdadera, comprensible y adecuada	180
6. Excepciones y limitaciones al deber médico de información	184
6.1 Estado de necesidad terapéutica	184
6.1.1 Estado de necesidad terapéutica como limitación o ex- cepción al derecho a la información asistencial	188
6.1.2 Estado de necesidad terapéutica y pronóstico fatal	192
6.1.3 Quién debe prestar el consentimiento informado	193
6.2 Renuncia del paciente a recibir la información asistencial	198
6.3 ¿Otras excepciones?: riesgo para la salud pública, situaciones de emergencia y existencia de un vínculo de parentesco, afecti- vidad o amistad entre médico y paciente	203
 CAPÍTULO III. CONSENTIMIENTO INFORMADO	
1. Introducción	207
2. Obligado a recabar el consentimiento informado	211
3. Legitimado para otorgar el consentimiento informado	213
3.1 Consentimiento por representación	214

	Páginas
3.1.1 Pacientes incapaces de adoptar decisiones	215
3.1.1.1 Ámbito de aplicación del artículo 9.3.a) LAP .	216
3.1.1.2 A quién corresponde otorgar el consentimiento por representación	220
3.1.2 Pacientes con la capacidad modificada judicialmente .	223
3.1.3 Pacientes menores de edad: análisis comparado	226
3.1.3.1 Consentimiento informado del menor de edad en el ordenamiento jurídico español	227
3.1.3.2 Consentimiento informado del menor de edad en Inglaterra	245
3.1.3.3 Apuntes sobre el rechazo al tratamiento vital por el menor de edad en los Estados Unidos de América	251
3.1.4 Conclusiones comparativas	254
3.1.5 Criterios para la prestación del consentimiento por re- presentación	254
3.1.5.1 Criterio subjetivo o <i>subjective standard</i>	255
3.1.5.2 Criterio sustitutivo o <i>substituted judgment stan- dard (limited-objective test)</i>	258
3.1.5.3 Criterio del mayor beneficio o <i>best interest standard (pure objective standard)</i>	261
3.1.5.4 Conclusiones	266
4. Requisitos del consentimiento informado	267
4.1 Consentimiento libre y voluntario	267
4.2 Forma del consentimiento informado	270
4.3 Consentimiento específico para cada actuación médico-sani- taria	280
4.4 Momento de prestación del consentimiento informado	288
5. Excepciones al deber médico de recabar el consentimiento informa- do del paciente	291

	Páginas
5.1 Existencia de riesgo para la salud pública	291
5.2 Existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente	294
 CAPÍTULO IV. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RECHAZO A LA ACTUACIÓN MÉDICAMENTE INDICADA	
1. Introducción	299
2. Revocación y rechazo: requisitos	300
2.1 Revocación y rechazo: ¿cómo?	300
2.2 Revocación y rechazo: ¿cuándo?	303
2.3 Revocación y rechazo: ¿por qué?	307
3. ¿Deber de respetar la voluntad revocatoria o de rechazo?: Especial consideración de la actuación médica de carácter vital	309
3.1 Rechazo al tratamiento vital en el ordenamiento jurídico español	310
3.1.1 Doctrina tradicional: la vida como valor superior del ordenamiento jurídico	311
3.1.2 Doctrina vigente: reconocimiento al paciente del derecho a rechazar la actuación médica de carácter vital ...	313
3.1.3 Conclusiones	319
3.2 Tratamiento del rechazo al procedimiento médico vital en el <i>common law</i> del Reino Unido	322
3.2.1 Consideración especial de la paciente gestante	327
3.2.2 Pautas para la determinación de la capacidad del paciente	330
3.3 Régimen del rechazo al procedimiento médico vital en el <i>common law</i> de los Estados Unidos de América	332
3.3.1 Derecho de la paciente en estado de gestación a rechazar un procedimiento vital: una cuestión controvertida	336
3.4 Conclusiones comparativas	339

	Páginas
4. Ineficacia de la revocación y el rechazo: procedimientos médicos obligatorios por razones de salud pública	339
CAPÍTULO V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. REQUISITOS ESENCIALES: DAÑO, NEXO DE CAUSALIDAD Y NEGLIGENCIA	
1. Introducción	341
2. Daño	342
2.1 Secuelas personales derivadas de la actuación médica	342
2.2 Daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente: consideración como daño autónomo	346
2.3 Daño moral por lesión del derecho del paciente a su autonomía personal: consideración como daño dependiente (no autónomo) del resultado negativo de la actuación médica no consentida ..	351
2.4 Pérdida de la oportunidad de rechazar el procedimiento médico: ¿daño autónomo o criterio de imputación probabilística de otros daños?	354
2.5 Conclusiones	366
3. Relación de causalidad	367
3.1 Causalidad fáctica, material o física	372
3.1.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones	373
3.1.1.1 Regla de la <i>condicio sine qua non (but-for test)</i> ..	375
3.1.2 Causalidad fáctica en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente	380
3.1.2.1 Aplicación de la <i>condicio sine qua non</i> a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente ..	388
3.1.2.2 Aplicación de la <i>condicio sine qua non</i> al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente	391
3.2 Imputación objetiva.....	393
3.2.1 Criterio del incremento del riesgo	395

3.2.1.1	Aplicación del criterio del incremento del riesgo a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente	398
3.2.1.2	Aplicación del criterio del incremento del riesgo al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente	399
3.2.2	Criterio de la causalidad adecuada	399
3.2.2.1	Aplicación del criterio de la causalidad adecuada a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente	402
3.2.2.2	Aplicación del criterio de la causalidad adecuada al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente	404
4.	Conducta culposa o negligente	404
4.1	Estándar de diligencia del profesional sanitario	409
4.2	Profesional sanitario: ¿obligación de medios o de resultado?	411
4.2.1	Naturaleza jurídica de la obligación del profesional sanitario en medicina curativa	415
4.2.2	Naturaleza jurídica de la obligación del profesional sanitario en medicina satisfactiva	418
4.2.3	Supuestos particulares: aseguramiento del resultado y actuaciones médicas no aleatorias	426
4.3	Omisión del consentimiento informado: ¿conducta culposa del profesional sanitario?	432
4.4	Carga de la prueba de la omisión del consentimiento informado	435
5.	Breve referencia a la antijuridicidad	439
6.	Prescripción: plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil y <i>dies a quo</i>	440
7.	Determinación del <i>quantum respondatur</i>	444

CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. MODALIDADES DE RES- PONSABILIDAD: ESPECIALIDADES	
1. Introducción	447
2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual	448
2.1 Responsabilidad civil contractual	448
2.1.1 Artículo 1107 del Código civil: relevancia de la forma de imputación subjetiva en la determinación del alcance del daño resarcible	451
2.1.2 Artículo 1103 del Código civil: facultad de moderación de la suma indemnizatoria en supuestos de negligencia	455
2.2 Responsabilidad civil extracontractual por hecho propio	456
2.2.1 Concepto y supuestos	456
2.2.2 Determinación del <i>quantum</i> indemnizatorio: aplicación de los artículos 1103 y 1107 del Código civil en sede de responsabilidad civil extracontractual	457
2.3. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno	461
2.3.1 La responsabilidad por hecho propio del artículo 1902 del Código civil es presupuesto necesario de la establecida por hecho ajeno en el artículo 1903.4 del Código civil ...	462
2.3.2 Debe existir una relación jerárquica o de dependencia entre el causante directo del daño y el centro sanitario que ha de responder por hecho ajeno	463
2.3.3 Los dependientes deben actuar en el ejercicio de las com- petencias que tienen encomendadas conforme a la estruc- tura organizativa de la empresa (<i>scope of employment</i>) ..	466
2.3.4 La responsabilidad del empresario por hecho ajeno es sub- jetiva, si bien se invierte el <i>onus probandi</i> de la culpa	467
2.3.5 La responsabilidad del empresario es directa, indepen- diente y solidaria con la del dependiente	470
2.3.6 Derecho de repetición contra el dependiente	472
2.4 Conclusión: doctrina de la unidad de la culpa civil	473

	Páginas
3. Responsabilidad patrimonial de la administración pública	481
3.1 Responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos	485
3.2 Responsabilidad directa de la Administración y deber de repetir contra el agente	497
CONCLUSIONES	501
CONCLUSIONS	511
BIBLIOGRAFÍA CITADA	521
ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS	
1. Doctrina general del consentimiento informado	557
1.1 España	557
1.2 Reino Unido	557
1.3 Estados Unidos de América	558
1.4 Canadá	559
1.5 Irlanda	560
1.6 Australia	560
2. Derecho a la información terapéutica	560
2.1 España	560
3. Conexión entre el derecho a la información asistencial y el derecho al consentimiento informado	560
3.1 España	560
4. Consentimiento informado: naturaleza jurídica	561
4.1 España	561
5. Menor de edad: valoración de su madurez	561
5.1 España	561
6. Titular del deber de información	561
6.1 España	561

	Páginas
7. Contenido de la información asistencial	562
7.1 España	562
7.2 Reino Unido	570
8. Requisitos de la información asistencial	571
8.1 España	571
9. Estado de necesidad terapéutica	574
9.1 España	574
9.2 Estados Unidos de América	574
10. Renuncia del paciente a recibir la información asistencial	574
10.1 Estados Unidos de América	574
11. Información en supuestos en los que entre médico y paciente existe un vínculo de parentesco, afectividad o amistad	575
11.1 España	575
12. Consentimiento informado: definición	575
12.1 España	575
13. Obligado a recabar el consentimiento informado	576
13.1 España	576
14. Consentimiento por representación: incapaces naturales	576
14.1 España	576
14.2 Reino Unido	577
15. Consentimiento por representación: menores de edad	577
15.1 España	577
15.2 Reino Unido	577
15.3 Estados Unidos de América	578
16. Criterios para la prestación del consentimiento por representación ..	578
16.1 Estados Unidos de América	578

	Páginas
16.2 Francia	579
16.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	579
17. Requisitos del consentimiento informado	580
17.1 España	580
17.2 Reino Unido	585
17.3 Estados Unidos de América	585
18. Excepciones al deber médico de recabar el consentimiento informa- do del paciente	586
18.1 España	586
18.2 Estados Unidos de América	587
19. Revocación y rechazo: requisitos	588
19.1 España	588
20. Deber de respetar la voluntad revocatoria o de rechazo a la actuación médica	588
20.1 España	588
20.2 Reino Unido	589
20.3 Estados Unidos de América	590
20.4 Italia	591
20.5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	592
20.6 Comisión Europea de Derechos Humanos	592
21. Daño	592
21.1 España	592
21.2 Estados Unidos de América	597
21.3 Reino Unido	598
21.4 Francia	598

	Páginas
22. Relación de causalidad	598
22.1 España	598
22.2 Reino Unido	607
22.3 Estados Unidos de América	607
22.4 Alemania	607
23. Carácter subjetivo de la responsabilidad sanitaria	607
23.1 España	607
23.2 Francia	609
24. Doctrina del daño desproporcionado	609
24.1 España	609
24.2 Estados Unidos de América	611
24.3 Reino Unido	611
25. <i>Lex artis ad hoc</i>	611
25.1 España	611
26. Obligaciones de medios y resultado	617
26.1 España	617
26.2 Francia	628
27. Carga de la prueba	629
27.1 España	629
28. Prescripción	633
28.1 España	633
29. Determinación del <i>quantum respondatur</i>	636
29.1 España	636
30. Responsabilidad civil contractual	637
30.1 España	637

	Páginas
	<hr/>
31. Responsabilidad civil extracontractual por hecho propio	637
31.1 España	637
32. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno	638
32.1 España	638
33. Doctrina de la unidad de la culpa civil	644
33.1 España	644
34. Responsabilidad patrimonial de la administración pública	647
34.1 España	647

PRÓLOGO

El presente libro que el lector se apresta a escudriñar es el resultado final de una excelente tesis doctoral defendida en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, el día 9 de marzo de 2018. El Tribunal encargado de juzgar el trabajo, formado por los profesores doctores Eva Lein (Catedrática de la Universidad de Lausanne), Andrés Domínguez Luelmo (Catedrático de Derecho Civil la Universidad de Valladolid) y, en calidad de presidente, Ángel M. López y López (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), le otorgó la calificación de Sobresaliente *cum laude* por unanimidad, además de la mención de «Doctor internacional». De esta forma, la doctora Davinia Cadenas Osuna puso un brillante colofón a un lustro de intenso trabajo y dedicación académica.

Todo comenzó en el año 2013 (no recuerdo la fecha exacta), cuando mi querido amigo Tomás Rubio Garrido (Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla) me llamó para pedirme que le dirigiera la tesis doctoral a una joven licenciada en Derecho, ya que, por penosas razones burocráticas (cuya explicación debo evitar), él no podía hacerlo en aquel momento en su Universidad. El rigor, excelencia y seriedad académica del profesor Rubio Garrido me hizo comprender inmediatamente que Davinia debía ser necesariamente una estudiante sobresaliente, de las que merece la pena formar y dirigir, y así fue. Pocos días después de haber mantenido dicha conversación, Davinia se presentó en mi despacho con el objeto de delimitar el tema de investigación, y desde un principio mostró su predilección por una materia que aunara el Derecho civil con el ámbito de la Medicina, razón por la cual decidimos de consuno centrar la tesis doctoral en la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del consentimiento informado. A partir de ese momento vinieron años de intensa dedicación, llevada a cabo en el marco del Contrato Predoctoral de Formación del Profesorado Universitario que consiguió en el año 2014, siempre con una predisposición al trabajo y al perfeccionamiento dignos de toda alabanza (y con algún reconocimiento público igualmente digno de mención,

como el Premio Andaluz de Trayectoria Académica Universitaria en el ámbito del Derecho, galardón otorgado por la Fundación Bancaria Unicaja y la Academia de Ciencias Sociales y de Medio Ambiente en el año 2016).

La clave de bóveda de la obra que a continuación paso a presentar es el consentimiento informado, como centro referencial en torno al cual gravita la relación de los sujetos con el sistema de atención sanitaria. La autora es una «true believer» de las bondades de esta categoría, por cuanto condensa la protección de la autonomía de las personas y del libre desarrollo de su personalidad en la esfera de la relación médico-paciente, históricamente presidida, como es bien sabido, por el celeberrimo principio del «paternalismo» que tanto trabajo ha costado (y cuesta) desplazar. Y es que, desgraciadamente, siguen siendo muchos los que, desde la práctica médica, o bien desconocen cómo debe funcionar el consentimiento informado, o bien directamente piensan que se trata de un invento burocrático, de una traba administrativa importada del otro lado del Atlántico que se opone al normal desarrollo de la relación asistencial. De ahí que resulte hasta un cierto punto habitual que los profesionales sanitarios se limiten a entregar un documento, la mayoría de las veces ininteligible, con el objeto de que el paciente lo firme, en la errónea creencia de que, de esta forma, habrán salvado cualquier tipo de futura responsabilidad en caso de que la intervención o tratamiento tenga un resultado inadecuado. Aunque resulte obvio, hay que recordar que esta suerte de medicina defensiva no conduce a nada, ya que el consentimiento informado, tal y como se ha encargado de señalar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es mucho más que un mero formulario: es un derecho bifásico en el que la información del profesional sanitario, aportada de una forma comprensible y adecuada, en el marco de un proceso de diálogo con el paciente, debe preceder a la prestación de su consentimiento.

Con la intención de superar los problemas que aún lastran la correcta aplicación de la doctrina del consentimiento informado en nuestro país, la doctora Cadenas Osuna comienza su obra realizando un estudio detallado del origen de la figura en la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos, ya que sólo la historia de las instituciones nos permite comprender cuál es su finalidad o propósito real. Efectivamente, fueron los tribunales norteamericanos los que, a partir de problemas concretos (*case law*), construyeron la teoría del «informed consent» desde los años cuarenta del siglo pasado en adelante, destacando, en este sentido, los casos *Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, en el que se consagra por vez primera el principio de la autodeterminación del paciente (*patient self-determination*), y *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, donde emerge con propiedad el con-

cepto de *informed consent*. Son muchas las cuestiones que suscita este interesante análisis histórico-comparado, pero la doctrina del *quantum* informativo y los consiguientes debates en torno al llamado «estándar objetivo» y «estándar subjetivo» de información resultan, en nuestra opinión, de una gran utilidad práctica para resolver muchos de los problemas que nuestros profesionales sanitarios se plantean actualmente con relación al tipo, cantidad y calidad de información que deben proporcionar a sus pacientes.

Este capítulo introductorio finaliza con un análisis de la propia evolución de la doctrina del consentimiento informado en nuestro país, a partir del Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972, primer texto legal en el que se hace referencia a la necesidad de que el paciente autorice las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas «que impliquen riesgo notorio previsible». Como puede verse, aún se estaba muy lejos del concepto contemporáneo de consentimiento informado, que sólo se logrará plenamente con 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.

A continuación, la obra aborda, en dos capítulos separados, el deber de información de los profesionales sanitarios y el derecho del paciente a consentir el tratamiento o intervención propuesta, de acuerdo con lo establecido en la citada Ley 41/2002 así como en la legislación autonómica y en la abundantísima jurisprudencia existente, la cual se emplea a lo largo del trabajo como un inexcusable punto de referencia. La autora lleva a cabo un análisis tan minucioso y exhaustivo de todos y cada uno de los problemas prácticos que se presentan en el campo de la información asistencial y el consentimiento del paciente que, en nuestra opinión, prácticamente agota por completo el tratamiento de la materia. Por esta razón, resulta imposible detenerse, siquiera sea brevemente, en la exposición de estas cuestiones, cuyo conocimiento concreto corresponderá al lector.

No obstante, hay una línea de pensamiento muy clara que brilla con potente luz en la obra de la doctora Cadenas Osuna, y que merece por ello ser destacada: la interpretación del principio del consentimiento informado siempre a favor del paciente y de su derecho a la plena autodeterminación. En otras palabras, la autora propone una aplicación netamente expansiva de la doctrina del consentimiento informado, lo cual implica, ante todo, llevar a cabo una interpretación restrictiva y excepcional de cualquier limitación legal al ejercicio de este derecho. Permítanme ilustrar esta posición doctrinal con una serie de ejemplos muy claros.

La situación jurídica de los menores de edad es uno de los elementos más débiles y discutibles de la Ley de Autonomía del Paciente, lo cual ha acabado por generar una enorme inseguridad jurídica en un ámbito en el que, por su carácter especialmente delicado, debería reinar la certidumbre. Efectivamente, por de pronto, el legislador olvidó mencionar algo tan sencillo como la existencia del derecho de los menores de edad a recibir una información asistencial completa y adecuada a sus condiciones personales. La doctora Cadenas Osuna no alberga ninguna duda de que los menores de edad tienen, a pesar del imperdonable olvido normativo, derecho a la información asistencial, ya que forma parte del elenco de los derechos de la personalidad cuya titularidad les corresponde en exclusiva. Por ello, entiende que el menor de edad no emancipado y sujeto a patria potestad o tutela podrá recibir la información asistencial precisa para someterse a una intervención o tratamiento médico siempre y cuando presente las condiciones de madurez suficientes para ello, *id est*, cuando se trate de un «menor maduro» con relación al concreto derecho que se propone ejercitar. Pero es más, aun cuando carezca de tales condiciones de madurez, sostiene que la información asistencial tendrá que serle proporcionada de forma adecuada a su grado de desarrollo psicológico, con el objeto de que pueda manifestar su opinión.

La reforma del artículo 9 de la Ley 41/2002, operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es objeto de duras y justificadas críticas por parte de la autora. Esta reforma, en opinión de quien escribe, ha sido una de las modificaciones más retrógradas y contrarias al espíritu del consentimiento informado que, en cuanto derecho a la autonomía y autodeterminación del paciente, ha padecido nuestra legislación. Efectivamente, la norma citada supedita la prestación del libre consentimiento informado del menor de edad al hecho de que no se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, ya que, en tal caso, el consentimiento siempre será prestado por el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. De esta forma, se invierte la regla anterior, mucho más respetuosa con los derechos del menor, puesto que presumía que a éste le correspondía tomar la decisión, si bien, exigía informar a los padres para que su parecer fuera tenido en cuenta. Pero aquí no termina todo, ya que de forma complementaria la reforma añade que el representante legal deberá adoptar la decisión «atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente», debiendo los profesionales sanitarios adoptar las medidas que resulten necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. En otros términos, el legislador entiende que ni el menor

de edad ni, lo que es aún más grave, su representante legal estarán autorizados jamás para tomar una decisión que vaya en contra de la salud biológica del paciente. Tiene razón la autora cuando sostiene que esta reforma va en contra de la propia esencia del consentimiento informado y de la consideración del menor de edad en el Estado de Derecho. Efectivamente, la autonomía de la voluntad del menor debe respetarse siempre y cuando sea ejercitada en las condiciones de madurez que exija cada caso, esa es la única solución coherente con la previsión contenida en el artículo 162.1 CC, y el recurso a los expedientes de la vida o de la salud biológica no deben anteponerse al ejercicio del consentimiento informado.

Finalmente, entre otros muchos ejemplos posibles, la autora propone una interpretación atrevida del llamado «estado de necesidad terapéutica»: no debe ser enfocado como limitación ni excepción al derecho a la información del paciente (tal y como se hace habitualmente), sino como una exigencia al profesional sanitario de que se replantee el modo de suministrarle la información al objeto de que el conocimiento de su situación perjudique su salud en la menor medida posible. Sólo entendiendo así la necesidad terapéutica, concluye la doctora Cadenas Osuna, se puede cohonstar el respeto del derecho a la información y al consentimiento del paciente con la preservación de su salud.

Una vez expuestos con todo lujo de detalles el fundamento y las características de la teoría del consentimiento informado, la autora aborda, en la segunda parte de su tesis doctoral (capítulos V y VI), el régimen de la responsabilidad civil en el que incurren los profesionales sanitarios cuando vulneran el derecho del paciente, ya sea a recibir la información adecuada, ya sea a consentir, o a ambas cosas conjuntamente. La autora comienza por analizar los presupuestos básicos que comparten las diversas modalidades de responsabilidad civil existentes (contractual, extracontractual por hecho propio, extracontractual por hecho ajeno y patrimonial de la Administración Pública): el daño, el nexo de causalidad y la culpa o negligencia.

Por lo que respecta al primer elemento, la doctora Cadenas Osuna expone las distintas tesis formuladas desde la jurisprudencia, y se inclina por considerar que la omisión del consentimiento informado constituye un daño individualizado y autónomo al derecho a la autonomía del paciente, con independencia de si de la actuación médica se derivó o no un daño corporal. Aquí, nuevamente, aflora la consideración e importancia que le otorga la autora al derecho al consentimiento informado como derecho fundamental (STC 37/2011): su omisión causa en el paciente un daño moral derivado de la lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, y todo ello al margen de la hip-

tética decisión que hubiere adoptado en caso de habersele requerido su opinión, así como del resultado exitoso o fallido de la intervención o tratamiento.

Con relación a la relación de causalidad, los problemas surgen cuando existe (cosa que acaecerá normalmente) incertidumbre sobre la decisión que el paciente habría tomado y, para solventar este inconveniente, la autora recurre a la teoría de la pérdida de oportunidad, que permite imputar el daño corporal a la omisión del consentimiento en la proporción que se corresponde con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la actuación médica. De esta forma, interpreta dicha teoría como un régimen especial de imputación probabilística en supuestos de incertidumbre causal, rechazando la aproximación jurisprudencial que en ocasiones ha considerado la pérdida de oportunidad en los supuestos de omisión del consentimiento informado como un daño en sí mismo. Eso sí, reitera que la omisión del consentimiento causa en todo caso una lesión al derecho a la autonomía del paciente, con independencia de la hipotética decisión que éste hubiese adoptado.

Finalmente, la responsabilidad civil médica es siempre subjetiva, lo que exige del profesional sanitario que observe en todo caso la *lex artis ad hoc*, comprensiva del deber de recabar el consentimiento informado del paciente. En otras palabras, la obligación legal (y ética) de informar y solicitar al paciente su consentimiento informado previo a cualquier actuación médica integra la *lex artis* y su omisión, en consecuencia, constituye un supuesto de mala praxis susceptible de generar responsabilidad civil.

A lo largo de estas páginas he pretendido ofrecer una panorámica muy superficial de una obra extensa y compleja, por lo que son muchísimas las cosas que se han quedado en el camino: contenido y requisitos de la información asistencial, revocación del consentimiento, criterios para el consentimiento informado por representación, rechazo del tratamiento con resultado de muerte, incremento del riesgo, distintos regímenes de responsabilidad civil, etc. Estos y otros problemas, como advertíamos más arriba, tendrán que ser leídos y analizados por el lector interesado en estas materias.

Ya ha llegado el momento de finalizar esta breve presentación, y lo haré atreviéndome a vaticinar la futura importancia (o «impacto», en esta terminología que tanto gusta emplear a los próceres de la moderna evaluación científica) de la obra que he tenido el placer de prologar. Estoy personalmente convencido de que todos los profesionales involucrados en la prestación de servicios médicos, así como los operadores jurídicos que por diferentes razones se ven obligados a intervenir en este sector de la realidad social, encontrarán en este libro un utilísimo estudio teórico y práctico de la mayoría de los problemas que se plantean en la práctica diaria. Además, es conveniente destacar el hecho de que esta obra

es algo más que un mero análisis descriptivo y acróico de la teoría clásica del consentimiento informado, ya que la doctora Cadenas Osuna no sólo no rehúye ninguno de los temas más complejos y delicados que acechan a esta figura, sino que se pronuncia de forma abierta y sin complejos sobre cuál debería ser, en su opinión siempre fundada desde un punto de vista teórico-jurídico (nunca caprichosa o puramente personal), la solución más apropiada. Por todo ello, repito, creo que este libro se convertirá con el paso del tiempo en una obra de inexcusable referencia en la materia.

Francisco Oliv a Blázquez
Catedrático de Derecho Civil
Sevilla, primavera de 2018

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AAP	auto de la Audiencia Provincial
AA. VV.	autores varios
BGH	Bundesgerichtshof
CC	Código civil
CE	Constitución Española
Circular 1/2012	Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (JUR 2012/332864)
Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/61/106), de 13 de diciembre de 2006
Convenio de Oviedo	Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) (BOE n. 251, de 20.10.1999), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
CP	Código penal
D.	Don
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Decreto 246/2005 de Andalucía	Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad (BOJA n. 244, de 16.12.2005)
Decreto 49/2009 de Andalucía	Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía (BOJA n. 53, de 18.3.2009)
Decreto 147/2015 del País Vasco	Decreto 147/2015, de 21 de julio, por el que se aprueba la Declaración sobre Derechos y Deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi (BOPV n. 174, de 14.9.2015)
Código del Derecho Foral de Aragón	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA n. 63, de 29.3.2011)
dir.	director
dirs.	directores
Dña.	Doña
ed.	edición
edit.	editor
edits.	editores
<i>et al.</i>	y otros
Excma.	Excelentísima
Excmo.	Excelentísimo
Ilma.	Ilustrísima
Ilmo.	Ilustrísimo
Informe explicativo del Convenio de Oviedo	Informe explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE n. 274, 15.11.2002)

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 7, de 8.1.2000)
Ley 1/1992 de Asturias	Ley 1/1992, de 2 de julio, de Servicio de Salud de Asturias (BOPA n. 162, de 13.7.1992; BOE n. 211, de 2.9.1992)
Ley 30/1992	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n. 285, de 27.11.1992)
Ley 11/1994 de Canarias	Ley 11/1994, de 26 de julio, de Sanidad de Canarias (BOC n. 96, de 5.8.1994; BOE n. 204, de 26.8.1994)
Ley 2/1998 de Andalucía	Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (BOJA n. 74, de 4.7.1998; BOE n. 185, de 4.8.1998)
Ley 4/1999	Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n. 12, de 14.1.1999)
Ley 21/2000 de Cataluña	La Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Autonomía del Paciente y Derechos de Información y Documentación Clínica de Cataluña (DOGC n. 3353, de 22.3.2001; BOE n. 29, de 2.2.2001)
Ley 3/2001 de Galicia	Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia (DOG n. 111, de 8.6.2001; BOE n. 158, de 3.7.2001)
Ley 12/2001 de Madrid	Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Madrid (BOCM n. 17, de 21.1.2002; BOE n. 55, de 5.3.2002)
Ley 6/2002 de Aragón	Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (BOA n. 46, de 19.4.2002; BOE n. 121, de 21.5.2002)
Ley 2/2002 de La Rioja	Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja (BOR n. 49, de 23.4.2002; BOE n. 106, de 3.5.2002)
Ley 7/2002 de Cantabria	Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Sanidad de Cantabria (BOC n. 242, de 18.12.2002; BOE n. 6, de 7.1.2003)
Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana	Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (DOGV n. 4430, de 31.12.2003; BOE n. 48, de 25.2.2003)
Ley 5/2003 de Illes Balears	Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de Illes Balears (BOIB n. 55, de 22.4.2003; BOE n. 110, de 8.5.2003)

Ley 8/2003 de Castilla y León	Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León (BOCyL n. 71, de 14.4.2003; BOE n. 103, de 30.4.2003)
Ley 3/2005 de Extremadura	Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura (DOE n. 82, de 16.7.2005)
Ley 3/2009 de la Región de Murcia	Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (BORM n. 114, de 20.5.2009; BOE n. 34, de 9.2.2011)
Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha	Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha (DOCM n. 131, de 9.7.2010; BOE n. 248, de 13.10.2010)
Ley 25/2010 de Cataluña	Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo-Persona y Familia) (DOGC n. 5686, de 5.8.2010; BOE n. 203, de 21.8.2010)
Ley Foral 17/2010 de Navarra	Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra (BON n. 139, de 15.11.2010; BOE n. 315, de 28.12.2010)
Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana	Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de Valencia (DOGV n. 7434, de 31.12.2014; BOE n. 35, de 10.2.2015)
Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE n. 158, de 3.7.2015)
Ley 40/2015	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE n. 236, de 2.10.2015)
Ley de Dignidad de las Personas Enfermas Terminales de Galicia	Ley 5/2015, de 26 junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, de Galicia (DOG n. 133, de 16.7.2015; BOE n. 228, de 23.9.2015)
Ley de Muerte Digna de Andalucía	Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte de Andalucía (BOJA n. 88, de 7.5.2010; BOE n. 127, de 25.5.2010)
Ley de Muerte Digna de Aragón	Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, de Aragón (BOA n. 70, de 7.4.2011; BOE n. 115, de 14.5.2011)
Ley de Muerte Digna de Canarias	Ley 1/2015, de 9 febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida de Canarias (BOC n. 30, de 13.2.2015; BOE n. 54, de 4.3.2015)

Ley de Muerte Digna de Islas Baleares	Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de persona en proceso de morir de Illes Balears (BOIB n. 44, de 28.3.2015; BOE n. 96, de 22.4.2015)
Ley de Muerte Digna de Madrid	Ley 4/2017, de 9 marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir de Madrid (BOCM n. 69, de 22.3.2017; BOE n. 149, de 23.6.2017)
Ley de Muerte Digna de Navarra	Ley Foral 8/2011, de 24 marzo, de dignidad de la persona en el proceso de muerte de Navarra (BON n. 65, de 4.4.2011; BOE n. 99, de 26.4.2011)
Ley de Muerte Digna del País Vasco	Ley 11/2016, de 8 julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, del País Vasco (BOPV n. 134, de 14.7.2016; BOE n. 175, de 21.7.2016)
Ley de Voluntades Anticipadas de Andalucía	Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía (BOJA n. 210, de 31.10.2003; BOE n. 279, de 21.11.2003)
Ley del Menor de Andalucía	Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía (BOJA n. 53, de 12.5.1998; BOE n. 150, de 24.6.1998)
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE n. 250, de 17.10.1980)
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE n. 102, de 29.4.1986)
LIA	Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE n. 180, de 29.7.2015)
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE n. 167, de 14.7.1998)
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE n. 239, de 5.10.1979)
LOIA	Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE n. 175, de 23.7.2015)
LOLR	Ley Orgánica 7/1985, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE n. 177, de 24.7.1980)
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n. 157, de 2.7.1985)
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17.1.1996)

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE n. 236, de 2.10.2015)
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE n. 236, de 2/10/2015)
n.	número
nn.	números
<i>op. cit.</i>	obra citada
Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía	Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Público de Andalucía en relación al procedimiento de Consentimiento Informado (BOJA n. 77, de 6.8.2009)
p.	página
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
pp.	páginas
Ref.	referencia
SAN	sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	sentencia de la Audiencia Provincial
<i>sic</i>	así
Sr.	Señor
Sra.	Señora
ss.	siguientes
SSAN	sentencias de la Audiencia Nacional
SSAP	sentencias de la Audiencia Provincial
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
STS	sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SSJCA	sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
SSTC	sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	sentencias del Tribunal Supremo
SSTSJ	sentencias del Tribunal Superior de Justicia
v.	<i>versus</i>
vid.	véase
vol.	volumen

CAPÍTULO I

DOCTRINA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. INTRODUCCIÓN

Resulta ineludible comenzar una obra sobre el consentimiento informado en el ámbito sanitario y la responsabilidad médica derivada de su omisión, dedicando el primero de sus capítulos al estudio de la doctrina general del consentimiento informado, esto es, a analizar su origen y la evolución de su configuración desde sus inicios hasta nuestros días. Esta labor exige la previa realización de un somero periplo por las notas fundamentales caracterizadoras de la relación médico-paciente en distintas culturas y momentos históricos, a fin de conocer los cambios en la relación médico-paciente que motivan el nacimiento del consentimiento informado y comprender, de este modo, su porqué.

Hogaño, podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que existe un conocimiento generalizado en el ámbito sanitario sobre la existencia del consentimiento informado como obligación legal que tienen que cumplir los profesionales sanitarios previamente a la realización de todo acto médico. No obstante, la experiencia judicial plasmada en la jurisprudencia demuestra que la conducta de los facultativos en cumplimiento de dicho deber legal resulta condenada, en multitud de ocasiones, por no respetar los derechos del paciente y, fundamentalmente, su derecho a la autonomía en el ámbito sanitario, cuyo principal exponente es el derecho del paciente al consentimiento informado¹. Ciertamente es que muchas de

¹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013, p. 110: «The basic paradigm of the exercise of autonomy in health care and in research is *express* or *explicit* consent (or refusal), usually informed consent (or refusal)».

las infracciones cometidas por los profesionales sanitarios en sede de consentimiento informado responden al desconocimiento de la regulación jurídico-positiva de tal institución en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, sostenemos firmemente que estas infracciones son debidas, en otras muchas ocasiones, a la ignorancia, por parte de los galenos, de la *ratio iuris* del consentimiento informado y del bien jurídico que con tal derecho se pretende proteger, considerando quien escribe que el conocimiento por la comunidad médica de las razones históricas que motivan el surgimiento del consentimiento informado contribuiría al mejor entendimiento del espíritu al que dicha institución responde y a una aplicación de la misma más respetuosa con los derechos de los pacientes.

2. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE DESDE LA ANTIGUA GRECIA HASTA LA EDAD MODERNA

El hecho de que el estudio histórico de la relación médico-paciente que exponemos en las líneas que siguen parte de la Antigua Grecia no ha de ser interpretado en el sentido de que es en este momento de la Historia cuando encuentra su origen la Medicina. Nada más lejos de la realidad. La Medicina es una ciencia tan antigua como el propio ser humano, si bien, con el paso de los años, se ha transformado el modo de su ejercicio. De esta suerte, mientras que en las sociedades primitivas destaca la consideración del galeno como sacerdote o chamán con un poder *cuasi* divino que le faculta para la sanación², en la Antigua Grecia tiene su origen la Medicina científica que llega a nuestros días. Ésta es la razón por la que nuestro estudio parte de la Antigua Grecia, pues es a partir de Hipócrates de Kos (siglo V a. C.), principal exponente de la Medicina griega, cuando el saber y las facultades curativas del galeno comienzan a sustentarse, no en explicaciones de índole sobrenatural, sino en la observación empírica de la naturaleza³. La Medicina hipocrática persigue la restauración del orden natural perdido con la enfermedad⁴; sólo el estudio de la

² Civeira Murillo, Emilia, «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Clínica», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Consentimiento por representación*, n. 22, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, p. 14.

³ A Hipócrates se le atribuye la autoría del *Juramento* (por ello conocido como *Juramento Hipocrático*), que constituye el texto más conocido de la Historia de la Medicina y en el que parte de la doctrina encuentra el germen de la Deontología médica (Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 27, pie de p. 5).

⁴ Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén, Diego y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier (edits.), Triacastela, Madrid, 2004, p. 36.

naturaleza (*Physis*) a través de la razón (*logos*) permite conocer el origen y remedio de las enfermedades y, de esta forma, intervenir en el curso de la naturaleza a través de la sanación de las enfermedades azarosas o fortuitas⁵. El enfermo es aquel sujeto que no se ajusta al orden supremo preestablecido que rige en la Naturaleza (orden perdido con la enfermedad y cuyo restablecimiento procura el galeno) y, por ello, se le considera un *infirmus* («sin firmeza»), esto es, una persona a quien la enfermedad le genera un estado de debilidad física, psíquica y espiritual que le incapacita para la adopción de decisiones⁶, siendo esta concepción del enfermo la que explica las notas que caracterizan la relación médico-paciente en la época⁷. El enfermo carece de la capacidad ne-

⁵ Según la concepción de la época, en la Naturaleza, que responde a un orden universal preestablecido, acaecen una serie de hechos necesarios, entre los cuales hemos de distinguir los hechos azarosos, fortuitos o negligentes de los hechos necesarios propiamente dichos, derivando los primeros del azar (*tykhé*) y los últimos de la fuerza mayor (*ananké*). Hipócrates propugna el conocimiento científico derivado de la observación de la Naturaleza como forma de intervenir en ésta a través de la sanación de las enfermedades azarosas, no siendo posible, por el contrario, influir en las enfermedades necesarias *stricto sensu*, ante la imposibilidad de actuar en contra de lo que se presenta inevitable en la Naturaleza (Velasco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento informado en el aborto*, tesis doctoral dirigida por de Vega García, Pedro *et al.*, Madrid, 2013, p. 18). Abundando en esta línea, sostiene Laín Entralgo: «Frente a las enfermedades nacidas «por necesidad», netamente distintas en la mente helénica de las que en el cuerpo humano nacen «por azar» o *katà tykên*, frente a las afecciones morbosas «por necesidad» mortales o incurables, ¿qué podrá hacer el arte del médico? Nada, respondieron los griegos. Para confusión y dolor de los hombres, la *téknê iatrikê* se halla divina e inexorablemente sometida al imperativo del límite. Además de tener finalidad (*télos*), las *tékhmai* de los hombres han de soportar limitación (*péras*), y la *tekhne* del médico no constituye excepción a tan severa regla general» (Laín Entralgo, Pedro, *La relación médico-enfermo: historia y teoría*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 56). Este mismo autor postula, desde el prisma ahora del enfermo, que la confianza del paciente helénico «no podía ser ilimitada, porque la *tékhne* del médico hipocrático no era un poder mágico, ni el *tekhnítes* o «artista» un hechicero capaz en principio de todo. El poder de la *tékhne* tiene límites invariables, y nunca dejó de pensarlo así el pueblo griego. La confianza helénica en el poder de la medicina se halló fundamentalmente limitada por la creencia –religiosa, a la postre– en la existencia de forzosidades inexorables (*anánkai*) en el seno de la naturaleza. Hay enfermedades mortales o incurables por necesidad (*kat' anánken*), y frente a ellas nada podría el arte del médico» (Laín Entralgo, Pedro, *El médico y el enfermo*, 2.ª ed., Triacastela, Madrid 2003, p. 55).

⁶ Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital, p. 22.

⁷ Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de consentimiento informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado> (última consulta el 10.1.2018), p. 26. Indica Simón Lorda que, para el griego, «[e]l paciente es un individuo desordenado, por definición falso, feo y malo. Es un *infirmus*, como dirán los latinos, un ser sin firmeza, un minusválido físico, psíquico y moral, incapaz de saber qué le conviene para restablecer el orden perdido, la salud. Sobre todo porque en buena medida él es el responsable de esa pérdida, ya que el desorden natural acontece básicamente por un desorden del sujeto que es a la vez natural, fisiológico, y moral. El médico es todo lo contrario, es un ser que representa el orden de la salud, que expresa lo verdadero –en cuanto conocedor de un saber especial–, lo bueno –en cuanto representante del orden natural y moral– y lo bello –pues lo verdadero y lo bueno no puede ser sino bello, de ahí tanta importancia a la *etiqueta* médica–. Es un conocedor del «arte», un técnico y un científico que sabe muy bien qué hay que hacer para restaurar el orden perdido y por qué. Su tarea básica consiste en regenerar las costumbres del paciente –mediante la *dieta*–, en moralizarlo enseñándole en qué consiste su bien, natural y moral. Dicho lo anterior, la relación entre el médico y el paciente es evidente: el paciente debe obedecer

cesaria para entender la información relativa a su estado de salud y, en consecuencia, para consentir o rechazar la actuación médica que el galeno reputa necesaria o conveniente en atención a su situación clínica. En contraposición, el galeno, al disponer de los conocimientos técnicos y empíricos para el ejercicio de la Medicina, es considerado un ser superior⁸, un «mediador entre los dioses y los hombres»⁹. Así, son precisamente sendas concepciones de médico y paciente las que explican que se «hipertrofien»¹⁰ los derechos del galeno, caracterizándose la relación médico-paciente en la Antigua Grecia por la oscuridad y el secretismo, ocultando el médico al paciente su información asistencial y correspondiendo a aquél la decisión sobre el curso de la acción terapéutica a seguir¹¹. De este modo, en la Antigüedad clásica, se identifica al buen

al médico en todo, colaborar con él en la restauración del orden de la salud cumpliendo las órdenes que éste, en tanto que técnico y científico, estime oportunas» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000, p. 27).

⁸ Komrad, Mark S., «En defensa del paternalismo médico: potenciar al máximo la autonomía de los pacientes», *Ars Medica. Revista de Humanidades*, vol. 1, n. 2, 2002, p. 152.

⁹ López Carmona, Virginia, «Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva», vol. 23, n. Extra 1, 2013, p. 179.

¹⁰ Arango Restrepo, Pablo, «La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI», *Médicas UIS*, vol. 25, n. 1, 2012, p. 68.

¹¹ Dice Hipócrates, en su tratado *Sobre la decencia*: «[no se dé] jamás a los profanos la posibilidad de tomar ninguna decisión» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos*, vol. I (63), Editorial Gredos, Madrid, 1983, p. 210–. En el mismo tratado, defiende el griego que no se debe informar al paciente, afirmando, literalmente: «Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras anímale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que va a pasar ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos... op. cit.*, p. 209). La defensa a ultranza del secretismo médico contenida en *Sobre la decencia*, contrasta con los planteamientos sostenidos en otros tratados del *Corpus Hipocraticum*, donde se considera esencial la información al paciente. A título meramente ejemplificativo, podemos citar el tratado *Sobre la medicina antigua*, donde se afirma lo que sigue: «Es fundamental, en mi opinión, que el que habla de este arte diga cosas inteligibles para los profanos, ya que no les compete ni investigar ni hablar de algo distinto a las dolencias que ellos mismos padecen y sufren. Ciertamente que a ellos, por ser profanos, no les resulta fácil comprender sus propias enfermedades, cómo se producen y cesan y por qué causas crecen o disminuyen; pero si es otro el que lo ha descubierto y se lo explica, les es comprensible porque cada uno, al escuchar, no tiene más que recordar lo que le sucede a sí mismo. Y si se falla en hacerse comprender por los profanos, y no se les pone en tal disposición, se está fuera de la realidad» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos... op. cit.*, p. 139). Observamos cómo existe una contradicción evidente entre dos textos incorporados al *Corpus*, no siendo el único caso de incoherencia existente entre los distintos tratados atribuidos a Hipócrates. Dichas discordancias, junto a otras razones (verbigracia, la ingente cuantía de textos que integran el *Corpus*), son argüidas para justificar que no todos los textos cuya autoría es atribuida a Hipócrates son fruto de su escritura o, en otras palabras, «que tales obras no podían ser de una persona, una misma época y un mismo lugar» (Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica... op. cit.*, p. 12, pie de p. 25). Abundando en esta línea, Rodríguez Idígoras llega a afirmar, refiriéndose al mismísimo *Juramento Hipocrático*, que «nadie atribuye su autoría a Hipócrates», debido a que determinadas prohibiciones contenidas en el *Juramento* «no se ajustan a ciertas prácticas no censuradas por Hipócrates, como el aborto o los métodos anticonceptivos» (Rodríguez Idígoras, Begoña, «Juro por Apolo», *Thamyris*, n. 1, 2010, p. 91).

médico con los remedios, y no con la palabra (*herba, non verba*)¹². Ciertamente es que cuando el paciente es libre y rico, el médico puede proporcionarle cierta información sobre su estado de salud; no obstante, tal información en ningún caso busca permitir la participación del paciente en la toma de decisiones sobre su salud, sino que cumple una finalidad preventiva, de aseguramiento del resultado terapéutico perseguido con el acto médico¹³.

Por su parte, el paciente, lejos de oponerse a la actuación pretendida por el galeno, se somete voluntariamente a la misma, profesando una confianza plena en el facultativo sustentada en los conocimientos médicos que el mismo posee, su altruismo y la certeza de que actúa en todo caso persiguiendo la misma finalidad buscada por el paciente, a saber, su sanación¹⁴. No obstante, en aquellos aislados supuestos en que el paciente se niega a la práctica del acto terapéutico pretendido por el galeno, éste puede utilizar la información como un mecanismo de persuasión e, incluso, de manipulación (en ningún caso de codecisión)¹⁵. Ahora bien, aun cuando, tras haber sido informado, el paciente

¹² Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de Asisa-La Vinia, *El consentimiento informado*, Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA, 2010, p. 16.

¹³ Katz, Jay, *The silent world of doctor and patient*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2002, p. 6. En sentido similar se pronuncian Simón Lorda y Júdez Gutiérrez, al postular que «[s]olo sería justificable [la información al paciente] excepcionalmente cuando la comunicación de una cierta cantidad de información o solicitud del consentimiento para alguna actividad terapéutica fuera estrictamente imprescindible a fin de garantizar la efectividad de la médica y la colaboración del paciente. Tal era el caso de la cirugía» (Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 205).

¹⁴ Por contra, Katz considera que la conversación entre médico y paciente resulta esencial para que ambos sujetos, que poseen identidades diferentes y actúan movidos por intereses distintos, persigan las mismas metas, no siendo suficiente para ello con confiar en el «altruismo silencioso» del facultativo. En palabras del autor: «To be sure, physicians and patients are united in the common pursuit of restoring patients to «healthy» life. Since that objective rarely can be fully achieved, however, it remains an ambiguous one. To the extent it can be achieved it is attainable by many different and uncertain routes, each with its own benefits and costs. In the absence of any one clear road to well-being, identity of interest cannot be assumed, and consensus on goals, let alone on which paths to follow, can only be accomplished through conversation. Two distinct and separate parties interact with one another –no one mind (the physician's), not one body (the patient's), but two minds and two bodies. Moreover, both parties bring conflicting motivations and interests to their encounters. Professional considerations, personal value judgments, and self-interest decisively influence physicians' pronouncements. Personal values, considerations of life style, and other competing preferences influence patients' choices. Conflicts within and between the parties are inevitable. Silent altruism alone cannot resolve these conflicting tensions» (Katz, Jay, *The silent... op. cit.*, pp. xlv-xlv). De hecho, es la progresiva toma de conciencia social acerca de la posibilidad de que médico y paciente puedan tener valores y preferencias diferentes y evaluar de modo diverso los riesgos y beneficios inherentes a las distintas alternativas terapéuticas lo que permite, dos milenios después, la superación (al menos en el plano teórico) del paternalismo en favor de una relación asistencial regida por el Principio de Autonomía del paciente (Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for health care ethics committees*, 2ª ed., Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2015, p. 16).

¹⁵ Como afirma Katz: «Disclosure in medicine has served the function of getting patients to «consent» to what physicians wanted them to agree to in the first place. «Good» patients follow doctor's orders without question. Therefore, disclosure becomes relevant only with recalcitrant patients» (Katz, Jay, *The silent... op. cit.*, p. 1).

rechaza la actuación médica propuesta, el facultativo puede practicarla, habida cuenta de la incapacidad de aquél para adoptar las decisiones relativas a su salud debido a su condición de *infirmus*.

Como podemos comprobar, la relación médico-paciente en la Antigua Grecia se caracteriza por presentar un marcado carácter paternalista, vertical y asimétrico, adoptando el médico una posición activa (decisoria) y el paciente una postura pasiva (de sometimiento). Es el galeno quien adopta las decisiones médicas relativas al paciente actuando en su interés, de igual modo que el padre actúa buscando el beneficio de su hijo («beneficencia paternalista») ¹⁶. De hecho, el propio *Juramento* recoge el compromiso del galeno de hacer uso del régimen de vida para ayudar al enfermo «según [su] capacidad y recto entender» ¹⁷; de ello se infiere que el médico ha de actuar en beneficio del paciente, siendo aquél «el que puede, debe y tiene que decir lo que es beneficioso para el paciente, no éste» ¹⁸, poniéndose así manifiestamente de relieve el marcado carácter paternalista que caracteriza al *Juramento*. En definitiva, en la Antigua Grecia se asienta una cultura médica a la que le resulta aplicable sin reparos una versión adaptada al ámbito sanitario del tópico del paternalismo político, acuñado por Luis XIV, «Tout pour le peuple, rien par le peuple» ¹⁹, a saber, «Todo para el paciente, pero sin el paciente».

Este paternalismo médico, instaurado y asentado férreamente en la Antigua Grecia, permanece incólume durante más de dos milenios, presidiendo las relaciones médico-paciente de modo incontestable durante la época romana, la Edad Media e incluso, como exponemos con más detalle en el apartado siguiente, durante la Edad Moderna, no siendo más que anecdótica cualquier

¹⁶ Son muy numerosas las definiciones doctrinales del paternalismo en el ámbito sanitario, pero todas coinciden en encontrar un paralelismo entre la relación médico-paciente y la relación paterno-filial (Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica... op. cit.*, pp. 7-8). A título meramente ejemplificativo, podemos citar a de la Torre Díaz, conforme al cual las decisiones paternalistas «[s]on decisiones tomadas como un padre las toma sobre su hijo, simplemente pensando en su mayor beneficio» —de la Torre Díaz, Javier, «La recuperación del paternalismo en la relación médico-paciente», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 86—. *Vid.* también Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, pp. 28-29. En sentido similar, si bien desde una perspectiva extrajurídica, define el Diccionario de la Real Academia el paternalismo como la «[t]endencia a aplicar formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales, etc.»

¹⁷ «Haré uso del régimen dietético para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender: del daño y la injusticia le preservaré» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos... op. cit.*, p. 77).

¹⁸ Graña Guillén, Diego, *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 261.

¹⁹ Pese a que su traducción literal sería «Todo para el pueblo, nada por el pueblo», la fórmula reproducida se traduce al castellano por la doctrina mayoritaria como «Todo por el pueblo, pero sin el pueblo» (Graña Guillén, Diego, *Como arqueros... op. cit.*, p. 261).

experiencia próxima al consentimiento del paciente que date de fecha anterior al siglo xx ²⁰.

3. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN LA MODERNIDAD Y LA EDAD CONTEMPORÁNEA

3.1 Introducción

Como hemos señalado en el apartado anterior, las relaciones entre el galeno y el paciente en la Antigua Grecia se singularizan, esencialmente, por corresponder al médico la adopción de las decisiones relativas a la salud del paciente, incluso en los supuestos aislados en los que la confianza existente entre ambos se resquebraja y el paciente se opone al parecer del facultativo. Este paternalismo que acabamos de describir en el ámbito sanitario, rige también en la esfera política hasta la Modernidad, cuando comienza a extenderse el liberalismo político de la mano de John Locke (conocido como el «Padre del Liberalismo Clásico»), y con él la idea de que los ciudadanos son sujetos de derechos y que el poder político se legitima, no por razones divinas o sobrenaturales, sino por la voluntad de los ciudadanos que libremente deciden salir del

²⁰ En contraposición, O'Shea defiende que, ya en la Edad Media, existe un «nascent consent ritual», diseñado por los galenos como un mecanismo de defensa frente a posibles sanciones: «The first record of its use is in the late sixth century, when Byzantine physicians were hesitant to operate on the gravely ill Emperor Justin II lest they be held responsible for his death. Although he promised that they would not be punished, they reportedly asked that the Emperor personally hand them the scalped as an explicit sign of his willingness to be operated upon» (O'Shea, Tom, *The Essex Autonomy Project, Green Paper Report, Consent in History, Theory and Practice*, 2011, p. 9). A nuestro parecer, no resulta riguroso asociar experiencias como la descrita por O'Shea con el nacimiento del consentimiento informado, no sólo porque el recurso al consentimiento en la Edad Media no es generalizado, solicitándose únicamente en los supuestos en que el paciente ostenta una influencia y supremacía respecto del galeno que puede dar lugar a imposición de sanciones en caso de no obtenerse el resultado esperado con la actuación médica, sino también porque no se da relevancia a la información previa al consentimiento ni mucho menos se reputa éste como un derecho del paciente. El consentimiento, tal y como se concibe en la Edad Media, no es más que un mero instrumento al servicio de la medicina defensiva, un mecanismo destinado a proteger al facultativo frente a futuras sanciones. El consentimiento solicitado por los médicos bizantinos en el caso expuesto en nada se parece al *informed consent* que diseña el *case law* norteamericano a lo largo del siglo xx y que hoy día se encuentra absolutamente arraigado en la práctica clínica diaria. Ello justifica que no se pueda encontrar el germen del consentimiento informado en prácticas medievales como las descritas, pues ello implicaría desnaturalizar en origen el consentimiento informado, es decir, defender que el consentimiento nace con unas características radicalmente opuestas a las que tiene hoy día por reconocimiento de la jurisprudencia norteamericana, pudiendo dicho planteamiento llevarnos a confusión sobre el espíritu último al que responde el consentimiento informado desde su origen. En suma, el consentimiento medieval, de un lado, y el consentimiento informado tal y como se concibe en la actualidad, de otro, son dos figuras radicalmente distintas, que no comparten características ni espíritu, no pudiendo considerarse al primero como antecedente histórico o embrión del segundo.

estado de Naturaleza para constituir el Estado²¹. La progresiva penetración de las ideas liberales da lugar a un cambio progresivo en el régimen de gobierno, que deriva en el destronamiento de las monarquías absolutistas y la entrada de la democracia representativa, instaurándose así en el ámbito político la autonomía, término legado de la Antigua Grecia que procede de los vocablos griegos *autos* («uno mismo», «a sí mismo») y *nómos* («norma»), que, unidos, se refieren originariamente al autogobierno de las ciudades-estado independientes²². No obstante, el concepto de autonomía se aplica, progresivamente, a los individuos, primero en la esfera política (como capacidad de autogobierno de los ciudadanos en la ciudad-estado²³) y extendiéndose posteriormente a otros ámbitos, como el ético²⁴ o el sanitario, si bien la autonomía del paciente en el

²¹ Sostiene Locke que la sociedad política o civil se origina únicamente cuando «any number of men so unite into one society as to quit every one his executive power of the law of Nature, and to resign it to the public [...]. And this is done wherever any number of men, in the state of Nature, enter into society to make one people one body politic under one supreme government: or else when any one joins himself to, and incorporates with any government already made. For hereby he authorises the society, or which is all one, the legislative thereof, to make laws for him as the public good of the society shall require, to the execution whereof his own assistance (as to his own decrees) is due. And this puts men out of a state of Nature into that of a commonwealth, by setting up a judge on earth with authority to determine all the controversies and redress the injuries that may happen to any member of the commonwealth, which judge is the legislative or magistrates appointed by it» (Locke, John, *Concerning civil government, Second essay*, Infomotions, Inc., ed. digital, 2000, p. 29).

²² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 101.

²³ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, Nueva York, 1986, p. 8.

²⁴ Se abandona la concepción heterónoma de la Ética: es el hombre el que crea sus propios valores morales, no siendo éstos determinados por la Naturaleza (como se sostiene en la Antigua Grecia) ni de creación divina (como afirma el pensamiento cristiano). El defensor por antonomasia de la concepción de la persona como sujeto moralmente autónomo es Kant, conforme al cual: «la voluntad no está sometida sin más a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada autolegisladora, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a aquella ley de la que ella misma es autora» –Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Martínez de Velasco, Luis (ed.), Espasa, Madrid, 1999, p. 107–. De esta suerte, es la voluntad de cada persona la que establece las máximas que van a guiar sus propias decisiones. La moralidad de estas reglas concretas de conducta son valoradas conforme al denominado «imperativo categórico», que se formula como sigue: «obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal» (Kant, Immanuel, *Fundamentación de... op. cit.*, p. 92). Sigue la senda marcada por Kant el político, filósofo, moralista y economista británico del siglo XIX Mill, férreo valedor de la autonomía moral del individuo, como se desprende de sus propias palabras plasmadas en la obra *On Liberty*: «the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised Community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over

campo de la Medicina no se impone hasta la centuria pasada. Resulta, cuando menos, sorprendente que la participación del paciente en la adopción de las decisiones sanitarias no se produzca hasta el siglo xx, pese a que ya se habían conseguido siglos atrás logros importantes en lo que a la participación política de los individuos se refiere. Simón Lorda encuentra la razón justificada de la tardía participación del paciente en el ámbito de su salud en el hecho de que no es hasta la segunda mitad del siglo xix cuando el desarrollo de la microbiología permite explicar científicamente algunas enfermedades, de suerte que las actuaciones médicas, que hasta entonces se reputan verdades absolutas, pueden en lo sucesivo ser enjuiciadas y contrastadas, demandando el paciente una participación de pleno derecho en las decisiones relativas a su cuerpo, vida y salud²⁵. En otros términos, los pacientes comienzan a reclamar una relación más personal con el médico, una relación en la que se les considere como personas, como sujetos autónomos, y no como meros objetos de actos terapéuticos decididos unilateralmente por el galeno. Así, el diálogo con el paciente cobra importancia, no sólo al objeto de asegurar un mejor diagnóstico y consolidar la confianza entre médico y paciente necesaria para la mayor efectividad terapéutica del tratamiento²⁶, sino como medio para proporcionar al paciente su información asistencial a fin de que pueda participar en la adopción de decisiones relativas a su salud.

El examen de la doctrina del consentimiento informado exige hacer una previa distinción entre el consentimiento informado en la investigación y en la relación asistencial médico-paciente. En nuestra obra nos centramos en el estudio de la regulación jurídico-positiva del derecho del paciente al consentimiento informado en el ámbito asistencial, y en la responsabilidad civil derivada de la vulneración de tal derecho. Sin embargo, en el presente capítulo resulta insoslayable el estudio del origen del consentimiento informado, no sólo en el campo de la medicina asistencial, sino también de la investigación, habida cuenta de la indudable influencia que en el nacimiento de la doctrina del *informed consent* tiene el conocimiento de las aberraciones cometidas en el ámbito

himself, over his own body and mind, the individual is sovereign» (Mill, John Stuart, *On liberty*, Informations, Inc., ed. digital, 2000, p. 7).

²⁵ Simón Lorda, Pablo, «El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas prácticos del consentimiento informado*, n. 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, p. 15. Como afirma Katz, durante la «Edad de la Fe» («Age of Faith»), debido a la especial vinculación existente entre Dios, galenos y pacientes, éstos no pueden criticar las decisiones médicas porque tal reproche casi equivale a blasfemia e, incluso, en los supuestos en que los pacientes cuestionan las decisiones terapéuticas adoptadas, los médicos, «being anointed by God, also would disdain explaining themselves and their practices» (Katz, Jay, *The silent... op. cit.*, p. 9).

²⁶ Peabody, Francis W., «The care of the patient», *The Journal of the American Medical Association*, vol. 88, n. 12, p. 882.

de la experimentación con seres humanos llevadas a cabo durante el siglo xx y la aparición en dicha centuria de múltiples textos normativos (tanto éticos como jurídicos) en los que se reconoce el derecho a la autodeterminación de los sujetos experimentales. Por tanto, el presente epígrafe lo estructuramos en tres apartados en los que exponemos, sucesivamente, el contexto de la experimentación con seres humanos en el siglo xx, el nacimiento de la doctrina del consentimiento informado en la jurisprudencia norteamericana y la positivación del derecho a la autodeterminación del paciente y del sujeto experimental en el ámbito asistencial y de la investigación biomédica, respectivamente.

3.2 Experimentación con seres humanos en el siglo xx y nacimiento del consentimiento en investigación

Hablar de experimentación con seres humanos en el siglo xx es hablar de Alemania y del régimen nacionalsocialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, conocido también por sus siglas, NSDAP). En el ocaso del siglo xix, estando el *Reich* ya unificado bajo el mandato de Otto von Bismarck (el «Canciller de Hierro»), Alemania es una de las Naciones de referencia en el dominio de la investigación biomédica, no sólo en Europa, sino a escala global. No obstante, el potencial germánico en el campo de la experimentación con seres humanos no se limita únicamente a su praxis, sino que ésta se acompaña de una pionera regulación de las directrices éticas que deben regir el progreso científico y la investigación. En este sentido, resulta destacable el denominado *Código ético de Berlín* (1900)²⁷ o las *Directrices para nuevas terapias y experimentación en humanos* (1931)²⁸, con las que se establece, en el ámbito de la investigación biomédica, una escala de valores en la que consideraciones de índole ética y humana se anteponen al puro progreso científico

²⁷ Conjunto de normas que regulan la aplicación de nuevas herramientas terapéuticas a seres humanos. Estas pautas son dictadas tras ser conocido el caso «Neusser», en el que el médico germano Albert Ludwig Sigismund Neisser se sirve de prostitutas para ensayar una nueva vacuna contra la sífilis, obviamente, sin recabar su consentimiento para participar en la investigación.

²⁸ Dictadas por el Departamento de Salud del *Reich*, estas directrices establecen, en su artículo 12, la prohibición de practicar una investigación con seres humanos sin haber previamente informado al sujeto experimental y obtenido su consentimiento (de las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 667). Pese a que la doctrina mayoritaria coincide en estimar el «Código de Núremberg» como el primer documento relevante en el campo de la ética en la investigación que aborda con detalle la cuestión del consentimiento, Faden y Beauchamp consideran una «ironía» este planteamiento, habida cuenta de que «the 1931 regulations contain no less adequate provisions than those in the Code itself» (Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 154).

Con la Primera Guerra Mundial (1914-1919) decae el impulso del *Reich* a la Medicina en general, y a la investigación biomédica en particular; empero, tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y la llegada al poder del régimen nacionalsocialista, con Alfred Hitler al frente, el Estado alemán impulsa profusamente la investigación con seres humanos movida por un único vector: la defensa de una pretendida «raza aria» a través del progreso científico, con absoluta vulneración del marco normativo preexistente (incluyendo la obligación del galeno de obtener el consentimiento del sujeto experimental²⁹), lo que hace incluso «más condenable» las aberraciones cometidas³⁰. Con este propósito, el *Tercer Reich* adopta una serie de medidas eugenésicas, previstas en el programa político que presenta el partido nacionalsocialista a las elecciones en las que, democráticamente, vence, triunfo que le vale para acceder al poder. Entre estas medidas podemos destacar la *Ley para la prevención de las enfermedades hereditarias de la descendencia* (*Gesetz zur Verhütung Erkrankung Nachwuchses*), promulgada el 14 de julio de 1933³¹, o la conocida como «Operación T4» o «Acción T4»³². Estas medidas, y otras muchas que lleva a cabo el régimen nazi, ampliamente difundidas por el *Reich* en incisivas campañas publicitarias, legitiman la realización de auténticas barbaries en el ámbito de la experimentación con seres humanos que afectan a toda aquella minoría que se considera inferior (judíos, discapacitados físicos y psíquicos, gitanos, prostitutas, homosexuales, polacos...), todo ello con el fin de evitar que puedan reproducirse y contaminar la «genética alemana».

No obstante, no es Alemania el único Estado donde se cometen abominables atrocidades en el ámbito de la investigación biomédica. El impulso del *Reich* a la experimentación con seres humanos se extiende a otras muchas Na-

²⁹ Entiende la comunidad científica de la época que la exigencia del consentimiento de los sujetos experimentales como requisito previo al ensayo clínico puede bloquear el progreso científico, puesto que muchos no prestarían su consentimiento a la experimentación de ser informados de los riesgos a los que se exponen con su realización (Beecher, Henry K., «Ethics and Clinical Research», *The New England Journal of Medicine*, n. 274, 1966, p. 367).

³⁰ Pfeiffer, María Luisa, «Bioética y derechos humanos: una relación necesaria», *Revista Redbioética/UNESCO*, año 2, 2 (4), 2011, p. 78.

³¹ Conocida como «Acta de Esterilización», esta Ley legitima a un tribunal integrado por un juez y dos médicos para decidir la esterilización forzosa de sujetos diagnosticados de alguna afección, fundamentalmente hereditaria.

³² El 1 de septiembre de 1939 (día en que da comienzo la Segunda Guerra Mundial), Adolf Hitler firma un decreto que sirve de base para la práctica del «Programa para la Eutanasia» (también llamado «Operación T4» o «Acción T4»), que, encubierto como una medida con la que se pretende permitir el acceso a la eutanasia a pacientes incurables internos en establecimientos hospitalarios psiquiátricos alemanes con el propósito de poner fin a su sufrimiento, es concebido y diseñado como «un programa magno de eutanasia para librar a Alemania de adultos no productivos, especialmente enfermos mentales» (Palma-Aguirre, José Antonio *et al.*, «Los nazis, la norma ICH y los Comités de Ética», *Gaceta Médica de México*, vol. 139, n. 4, 2003, p. 418).

ciones, siendo muy remarcable el ejemplo de los Estados Unidos de América, donde, existiendo algún experimento aislado con sujetos propiamente voluntarios (*id est*, personas que libre y voluntariamente consienten someterse a la investigación³³), la práctica habitual es la omisión de toda información a los sujetos experimentales sobre los riesgos anejos al experimento e, incluso, el desarrollo de investigaciones biomédicas en personas que ni siquiera son conscientes de ser objeto de experimentación³⁴. De hecho, es el propio Gobierno norteamericano el que financia la realización de múltiples proyectos de investigación biomédica no consentidos por los sujetos experimentales, incluso cuando ya han visto la luz diversos instrumentos internacionales que exigen la información y el consentimiento de los sujetos experimentales previamente al inicio de la investigación, como el *Código de Núremberg*, que se integra en el veredicto dictado por un tribunal norteamericano en un proceso en el que se enjuicia a altos cargos del ejército y gobierno nacionalsocialista por participar en la muerte de miles de civiles, y a múltiples científicos y médicos nazis, por la práctica de experimentaciones con seres humanos promovidas por el *Reich*³⁵. A título meramente ejemplificativo, cabe citar el experimento desarrollado en *Bikini Atoll*³⁶,

³³ Quizás el más conocido sea el experimento conducido por Walter Reed en unas tierras al oeste de La Habana, donde establece, en el año 1900, un campamento en cuarentena (*Camp Lazear*) al objeto de realizar una serie de investigaciones sobre el origen de la fiebre amarilla. Los participantes como sujetos experimentales, que deben tener al menos veinticinco años de edad, son propiamente voluntarios, pues, para intervenir en el estudio, han de suscribir unos documentos contractuales, muy semejantes a los actuales formularios de consentimiento informado, en los que consta la información sobre los riesgos que conlleva el experimento (y, entre ellos, el de contraer la enfermedad objeto de investigación) y con cuya firma se comprometen a cumplir las condiciones del experimento a cambio de una retribución (Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent: legal theory and clinical practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, p. 250). Finalmente, la realización del experimento en *Camp Lazear* permite demostrar que la transmisión del germen de la fiebre amarilla se produce a través de un mosquito.

³⁴ En 1966, Beecher denuncia el desarrollo en los Estados Unidos de América de más de veinte experimentaciones con seres humanos cuyo carácter ético niega o, al menos, pone en entredicho («unethical or questionably ethical studies»), entre otras razones, por la ausencia de consentimiento informado de los sujetos experimentales (Beecher, Henry K., «Ethics and...», *op. cit.*, pp. 1355 y ss.).

³⁵ Boladeras Cucurella, Margarita, Voz «Autonomía, Principio de», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 111.

³⁶ El Gobierno de los Estados Unidos, bajo el mandato del presidente Truman, financia un experimento con el que se pretende comprobar los efectos de las armas nucleares en barcos en alta mar y en su estiba, que comprende desde animales vivos a aviones de guerra. El lugar seleccionado para la realización de las detonaciones es *Bikini Atoll*, en la *Republic of the Marshall Islands*. Ésta no es una elección azarosa, sino que se opta por dicho atolón debido a que el mismo se encuentra fuera del tráfico aéreo y marítimo, lo que resulta muy aconsejable habida cuenta de que el Gobierno pretende mantener en secreto el experimento. Las explosiones se distribuyen en cuatro fases (*Crossroads*, *Castle*, *Redwing* y *Hardtack*) desarrolladas entre 1946 y 1958, afectando los efectos de las radiaciones a los habitantes de islas cercanas al atolón y a los tripulantes del pesquero japonés *Lucky Dragon n. 5*. Pese a que el Gobierno estadounidense pretende que el experimento no trascienda a la opinión pública, finalmente se difunde, interponiéndose, en 1975, la primera demanda contra el Estado por las radiaciones derivadas de las detonaciones.

las investigaciones de la sífilis practicadas en Guatemala³⁷, los ensayos con radiaciones practicados en enfermos de cáncer³⁸, la inyección de células cancerígenas en enfermos internos en el *Jewish Chronic Disease Hospital*³⁹, la inoculación del virus de la hepatitis en menores internos en el *Willowbrook State School*⁴⁰ o el conocido como *Tuskegee Syphilis Study*⁴¹. Este último experimento (con toda probabilidad el más sobrecogedor de los llevados a cabo en Norteamérica a lo largo del siglo xx, tanto por el número de personas afectadas como por su duración) constituye un hito esencial en sede de consentimiento informado en el ámbito de la investigación biomédica, por su repercusión mediática y porque, con él, queda en evidencia el Gobierno de los Estados Unidos, hasta el extremo de que el propio presidente Bill Clinton pronuncia un discurso en la Casa Blanca mostrando arrepentimiento en nombre propio, del Gobierno y de la

³⁷ El Gobierno de los Estados Unidos financia un programa de experimentación para estudiar la evolución de la sífilis que implica la inoculación de la enfermedad en prisioneros, enfermos mentales, prostitutas e, incluso, en niños huérfanos en Guatemala, entre 1946 y 1948.

³⁸ Entre 1960 y 1972 se desarrolla en Cincinnati un estudio consistente en el sometimiento a radiación a enfermos de cáncer que, lejos de consentir dicha investigación, ni siquiera conocen su existencia, siendo informados de que van a recibir tratamiento para combatir el cáncer que padecen, sin incluir referencia a experimento alguno.

³⁹ Esta experimentación se desarrolla en 1963 y consiste en la inoculación de células cancerígenas en veintidós internos en situación de debilidad en el *Jewish Chronic Disease Hospital* (Brooklyn, Nueva York) con el propósito de estudiar la evolución de la enfermedad en los sujetos experimentales y compararla con el desarrollo de la enfermedad en sujetos cuya situación de debilidad es causada por el cáncer. Este ensayo se lleva a cabo sin contar con el previo consentimiento informado de los sujetos experimentales, pese a que éste es ya preceptivo con arreglo a diversos instrumentos que regulan la experimentación biomédica a nivel internacional.

⁴⁰ En 1956 se inicia un ensayo consistente en la inyección del virus de la hepatitis en menores mentalmente incapacitados y alojados en el *Willowbrook State School*, de la ciudad de Nueva York, con el propósito de estudiar la evolución de la enfermedad. El estudio se prolonga durante catorce años, siendo numerosísimos los menores utilizados como sujetos experimentales contando con la autorización de sus padres, si bien sin que éstos sean informados de la naturaleza, finalidad y riesgos de la investigación.

⁴¹ Mediante este experimento, becado por el *Tuskegee Institute*, el *United States Public Health Service* pretende realizar un *experiment in nature* de la sífilis en el *Macon County*, con la mayor tasa de sífilíticos del país y de población mayoritariamente de raza negra, no estando la mayoría de los infectados recibiendo tratamiento para su enfermedad. De esta suerte, con el propósito de estudiar la evolución de la sífilis sin intermediar los efectos de tratamiento alguno, son seleccionados cuatrocientos enfermos con dicha patología con el pretexto de que van a ser tratados de su enfermedad, recibiendo, por el contrario, medicación inefectiva para el tratamiento de la sífilis al objeto de evitar sospechas. Pese a que a partir de la década de 1940 se descubre la penicilina como tratamiento efectivo de la sífilis y se hace plenamente accesible en los albores de la década de los cincuenta, el experimento se mantiene durante cuarenta años, hasta que, en 1972, Heller destapa abiertamente la barbarie que se está realizando por el *United States Public Health Service* en su artículo *Syphilis victims in the U. S. study went untreated for 40 years*, publicado en la portada del *New York Times* el 26 de julio de 1972. Ante la conmoción social creada por el citado artículo, el *Department of Health, Education and Welfare* (actual *Department of Health and Human Services*) crea el *Tuskegee Syphilis Study Ad Hoc Advisory Panel*, cuya misión es la de aconsejar al *Assistant Secretary for Health and Scientific Affairs* sobre, *inter alia*, la justificación del estudio y su continuación. El Comité decide que el ensayo no está justificado, al no haberse obtenido el consentimiento informado de los sujetos experimentales previamente a su inicio, y concluye que el mismo debe ser inmediatamente finalizado.

sociedad estadounidense por una atrocidad cuyo resultado es demoledor: hasta 1972, de los participantes en el estudio, veintiocho mueren de sífilis y otros cien de complicaciones relacionadas con la sífilis; asimismo, de resultas de no tratar la patología en los enfermos seleccionados para el estudio, las esposas de cuarenta de ellos resultan infectadas y diecinueve bebés contraen la enfermedad al nacer⁴². Tras el *Tuskegee Syphilis Study*, la sociedad norteamericana toma conciencia definitivamente de la relevancia del consentimiento informado como requisito previo al inicio de toda experimentación con seres humanos, lo que, unido a la positivación del derecho a la autodeterminación del sujeto experimental en multitud de textos normativos de índole tanto jurídica como ética⁴³, contribuye a que el consentimiento informado se introduzca progresivamente como práctica habitual en sucesivas experimentaciones.

3.3 Origen de la doctrina del *informed consent* en el *case law* norteamericano

3.3.1 Antecedentes remotos

La doctrina del *informed consent* encuentra su origen en los Estados Unidos de América, país, como es sabido, perteneciente a la tradición jurídica del *common law*. Esto explica a la perfección que el nacimiento del consentimiento informado venga de la mano del *case law*, siendo los tribunales norteamericanos los que definen e imponen el consentimiento informado como derecho del paciente en el ámbito asistencial. No obstante, no nace el consentimiento informado súbitamente con los perfiles que lo caracterizan en la actualidad, sino que es fruto de una larga evolución jurisprudencial que ocupa gran parte del siglo xx. Ciertamente, ya desde la segunda mitad del siglo xviii, encontramos pronunciamientos aislados en los que el *case law* británico y norteamericano impone condenas a profesionales sanitarios que actúan sobre el paciente sin que éste haya prestado previamente su consentimiento, pudiendo citarse como exponentes, los asuntos *Slater v. Baker and Stapleton*, 2 Wils. K. B. 359, 95 Eng. Rep. 860 (1767)⁴⁴ o *Carpenter v. Blake*, 75 N. Y. 12 (N. Y. 1878) (Court

⁴² CNN, «Clinton apologizes to Tuskegee experiment victims», 16 de mayo de 1997, <http://edition.cnn.com/ALLPOLITICS/1997/05/16/tuskegee.apology/> (última consulta el 10.1.2018).

⁴³ Vid. *infra*, apartado 3.4 del presente capítulo de nuestra obra.

⁴⁴ Según los historiadores, este supuesto se resuelve con el primer pronunciamiento judicial que impone a los médicos la exigencia de obtener el consentimiento del paciente en el ámbito asistencial (Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 116). El Sr. Slater, tras sufrir una fractura ósea en la pierna, contrata a los Dres. Baker y Stapleton para retirar el vendaje que se le ha realizado en la ex-

of Appeals of the State of New York, 14.6.1872)⁴⁵. En estos casos, sin embargo, a la información y consentimiento del paciente se les otorga un significado muy distinto del que poseen hoy día: no se reconocen como derechos del paciente ni se estiman exponentes de su derecho a la autonomía en el ámbito sanitario, sino que se consideran un hábito que integra la práctica médica al reputarse beneficiosos para el proceso terapéutico⁴⁶, juzgándose su incumplimiento, por consiguiente, como un supuesto de *malpractice* atacable mediante el *tort of negligence*. No obstante, en los aislados casos anteriores al siglo xx en los que el paciente acude a la justicia aduciendo su sometimiento a una actuación médica sin su previo consentimiento, existe una tendencia jurisprudencial a desestimar las pretensiones del paciente sólo con que exista lo que Berg *et al.* denominan *simple consent*; esto es, los tribunales tienden a considerar que existe autorización del paciente al médico para practicar la actuación propuesta sólo con que se produzca una mínima conversación entre ambos, aunque dicho diálogo finalice con una expresa prohibición del paciente de que la actuación médica se lleve a cabo⁴⁷.

tremidad inferior. Sin embargo, lejos de ejecutar la actuación comprometida frente al paciente, vuelven a romperle la pierna y le colocan un aparato ortopédico por ellos mismos fabricado al objeto de enderezar la pierna del paciente, todo ello sin consentimiento de este último. El Sr. Slater acude a los tribunales en ejercicio del *tort of negligence*, alegando que los demandados han realizado las mencionadas actuaciones sin su consentimiento. Los facultativos demandados, por su parte, arguyen que el Sr. Slater debía haber acudido al *tort of trespass*. Los médicos fueron condenados tanto en primera instancia como en apelación. La *appeals court*, con el fin de evitar que el demandante-recurrido viera frustradas sus expectativas de resarcimiento por haber acudido al *tort* equivocado, argumenta en su decisión, de 1767, que el consentimiento es habitual en la práctica médica y, en consecuencia, integra el estándar de cuidado y diligencia que debe cumplir el médico, con lo que, en caso de omisión del consentimiento del paciente, el actuar del galeno resulta negligente y, por tanto, el paciente podría accionar contra el mismo por *malpractice* (Faden , Ruth R. y Bea uchamp , Tom L., *A history... op. cit.*, p. 117).

⁴⁵ Una paciente presenta una dislocación en la articulación del codo que intenta ser reducida por un facultativo. Sin embargo, el médico ejecuta dicha maniobra de modo negligente, volviendo a descolocarse los huesos del codo y sufriendo la paciente, en consecuencia, un daño grave en el brazo. La paciente interpone una acción por *malpractice* contra el médico, alegando que no reduce correctamente la dislocación y que no intenta *a posteriori* la recolocación de los huesos desplazados, pese a que la paciente presenta una evidente hinchazón de la articulación. La *Court of Appeals of the State of New York* considera que el médico actúa negligentemente, bien al no realizar de modo correcto la maniobra de reducción de la dislocación, bien al permitir la relajación del codo la noche de la operación. Además, concluye el Tribunal que el médico no informa de manera debida a la paciente sobre el estado real de su brazo tras reducirse la dislocación, limitándose a comunicarle que su situación mejoraría con el tiempo, lo que conduce a la paciente a desistir de llamar a otro cirujano que la examine. Afirma el Tribunal: «The proof tended to show that it was attributable to malpractice on his part, and if in interviews after he had been discharged, he gave advice which was wrong and which tended to mislead and deceive her, I think he was responsible for such advice.»

⁴⁶ Faden , Ruth R. y Bea uchamp , Tom L., *A history... op. cit.*, p. 117.

⁴⁷ Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent... op. cit.*, pp. 42-43: «courts were willing to find that a patient had not provided valid consent to treatment only in the most egregious circumstances. A simple interchange between patient and physician long passed for valid consent. In substance the physician said to the patient, «You need to do thus-and-so to get better,» and the patient responded with some phrase or

Como podemos comprobar, en las aisladas decisiones en las que los tribunales ingleses y norteamericanos se ocupan del consentimiento del paciente desde fines del siglo xviii y hasta los albores del siglo xx, éste se aborda desde una perspectiva opuesta a la actual, es decir, no desde el prisma del paciente, como derecho del mismo, sino desde la óptica del facultativo, reputándose parte de la práctica médica. Es por ello que no vamos a incluir estas decisiones entre las que constituyen el germen del consentimiento informado tal y como es configurado por el *case law* en los Estados Unidos de América a lo largo del siglo xx, pues el consentimiento exigido por los tribunales ingleses y norteamericanos en los siglos xviii y xix no comparte con el actual ni significación ni fundamentación; por tanto, no pueden tales pronunciamientos estimarse embrionarios de la doctrina del «moderno» *informed consent*.

El examen del origen de la doctrina del consentimiento informado exige un análisis en profundidad de la jurisprudencia norteamericana dictada a lo largo del siglo xx, estudio que nos permite comprobar cómo el *case law* amplía progresivamente el margen de autonomía reconocido al paciente en el ámbito sanitario. A nuestro entender, deben distinguirse dos etapas distintas en el desarrollo jurisprudencial del consentimiento informado: una primera fase, que abarca la primera mitad del siglo xx, en la que los tribunales comienzan a gestar la doctrina del *informed consent*, reconociendo progresivamente a los pacientes el derecho a consentir o rechazar las actuaciones sanitarias sobre la base de su derecho a la autodeterminación y atribuyendo una creciente relevancia a la información como requisito previo al consentimiento del paciente, y una segunda etapa, que abarca fundamentalmente las décadas de los sesenta y setenta del siglo xx, en la que se establecen judicialmente diversos estándares para la determinación del *quantum* informativo. En los apartados que siguen nos centramos en el examen detallado de las decisiones dictadas por los tribunales norteamericanos durante la pasada centuria en las que se gesta la doctrina del consentimiento informado, partiendo de las dos etapas mencionadas, no sin antes incluir unas siquiera básicas pero ineluctables referencias al *Tort Law* y, concretamente, a la distinción jurisprudencial entre el *tort of negli-*

action indicating the intention to go along with the doctor's recommendations or not. The response may have been very broad: «O. K. Doc, whatever you say»; slightly less inclusive: «Go ahead and do thus-and-so»; somewhat more limiting: «Go ahead and do thus, but I don't want you to do so»; or even totally restrictive: «If that's what I need, then I'd rather be sick, and don't do anything at all». Each of these responses (even the express prohibition!) has been considered authorization to treat by physicians at various times. The courts have generally agreed that the patient has, by speaking some phrase, authorized the physician to proceed and thereby provided the physician with a defense to an action for battery. We refer to this as a «simple consent» requirement.»

gence y el *tort of battery*, para poder así dirimir la vía procesal que debe seguir una acción por omisión del consentimiento informado.

3.3.2 TORT OF NEGLIGENCE V. TORT OF BATTERY

Hemos de partir, imperiosamente, de una aclaración preliminar: en el *common law* no existe un Derecho de daños más o menos uniforme (aunque con regímenes especiales) al estilo de los países del *civil law*, que se amparan en la existencia de una cláusula general indemnizatoria por daños, sino que existen distintos *torts*, cada uno de los cuales presenta unas características y régimen particulares⁴⁸. En el ámbito asistencial, son dos los *torts* a los que puede acudir el paciente para exigir responsabilidad civil al galeno por omisión de su consentimiento informado (evidentemente, en los casos en que éste sea preceptivo) o por ausencia o insuficiencia de la información exigida con carácter previo a su otorgamiento, a saber, el *tort of negligence* y el *tort of battery*, cuyos requisitos son muy dispares.

De un lado, el *tort of negligence*⁴⁹ exige al demandante la acreditación de los siguientes requisitos⁵⁰: 1) que el demandado tenga un deber de cuidado (*duty of care*) respecto del demandante; 2) que exista un actuar negligente por parte del demandado, esto es, que actúe incumpliendo el deber de cuidado que le incumbe respecto del demandante (*breach of the duty of care*)⁵¹; 3) que se produzca un daño de resultados del incumplimiento por el demandado de su deber de cuidado (*actual damage*), y 4) que se cumplan los requisitos de previsibilidad y proximidad del daño⁵².

⁴⁸ Un *tort* es «a civil wrong in the sense that it is committed against an individual (which includes legal entities such as companies) rather than the state. The gist of tort law is that a person has certain interests which are protected by law» (Cooke, John, *Law of Tort*, 9.ª ed., Pearson Longman, Harlow, 2009, p. 1). *Vid.* también Van Dam, Cees, *European Tort Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 101-102.

⁴⁹ El *tort of negligence* (para un estudio detallado *vid.* Van Dam, Cees, *European Tort.. op. cit.*, pp. 102-110) engloba diversos *torts*, destacando, en lo que nos interesa a los efectos de nuestra investigación, el *tort of malpractice*, reservado para aquellos supuestos en los que un profesional causa un daño al demandante como consecuencia del incumplimiento del estándar de diligencia debido en la prestación del servicio comprometido (*professional negligence*). Para un análisis en profundidad de la *medical malpractice*, *vid.* Faure, Michael (edit.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 2.ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 341-374; Cooke, John, *Law of... op. cit.*, pp. 295-316.

⁵⁰ Cooke, John, *Law of... op. cit.*, p. 31; Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, pp. 49-50; Viguri Perea, Agustín, «El consentimiento informado desde una perspectiva comparada», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Cabanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 1111-1113.

⁵¹ *Irma Natanson v. John R. Kline and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc.*, 186 Kan. 393 (1960), 350P.2d 1093 (Kan. 1960) (Supreme Court of Kansas, 9.4.1960).

⁵² *Vid.* Lewis, Charles J., *Clinical negligence. A practical guide*, 6.ª ed., Tottel publishing, Haywards Heath, 2006, pp. 18 y ss.

De otro lado, la *battery* puede definirse como toda actuación intencional consistente en la imposición de una fuerza ilegal sobre una persona⁵³. Tal actuación puede constituir tanto un *tort* (*id est*, un ilícito civil) como un delito, si bien nos centramos en nuestra obra en el estudio de la *battery* desde el prisma rigurosamente civil. En el ámbito sanitario, se estima *battery* todo uso intencional e ilegal de la fuerza del médico sobre el cuerpo del paciente⁵⁴, con independencia del carácter más o menos invasivo que pueda tener la actuación realizada por el facultativo y de si se trata de un contacto directo del médico con el cuerpo del paciente o mediante un artefacto emisor de ondas sobre su organismo (verbigracia, una máquina de resonancia magnética). No obstante, queda excluida la *battery* cuando exista una habilitación legal que justifique la invasión a la integridad física del paciente (verbigracia, haber prestado válidamente éste su consentimiento informado) o cuando el contacto se deba a una conducta socialmente aceptada⁵⁵. Por tanto, el *tort of battery* únicamente exige, en el ámbito sanitario, que el paciente acredite una invasión de su integridad física por el facultativo sin contar dicho acto con habilitación legal alguna, como puede ser la existencia de un consentimiento informado válidamente prestado por el paciente⁵⁶ o la concurrencia de una situación de emergencia en

⁵³ El *tort of battery* compone, junto al *assault* (actuación que conduce a un sujeto a temer la imposición de una fuerza ilegal e inmediata sobre su persona) y el *false imprisonment* (privación de la libertad de movimiento de una persona sin causa legal que la justifique), el *tort of trespass to the person*, que constituye una de las categorías que, junto al *tort of trespass to chattels* y el *tort of trespass to land*, conforma el *tort of trespass*. Vid. *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All ER 374 (High Court of Justice, 16.4.1984). En la doctrina, vid. Van Dam, Cees, *European Tort.. op. cit.*, pp. 110 y ss.

⁵⁴ *Pedesky v. Bleiberg*, 251 Cal. App.2d 119 (Cal. Ct. App. 1967) (Court of Appeal of California, 17.5.1967). Con la excepción de *Wilson v. Pringle*, [1987] 1 Q. B. 237 (Court of Appeal, 26.3.1986), donde la Court of Appeal exige al demandante, como una *quaestio facti*, la prueba del carácter hostil de la conducta del demandado como requisito para la apreciación de *battery*, el *case law* inglés interpreta el requisito de la intencionalidad como la exigencia de deliberación en la conducta, pero no en el daño; dicho de otro modo, lo que debe ser intencional es la conducta, con independencia de que el demandado tenga o no la intención de causar un daño con su actuar. Vid. *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All ER 374 (High Court of Justice, 16.4.1984); *T. v. T. and another*, [1988] Fam. 52 (High Court of Justice, 10.7.1987); Lord Goff en *F. v. West Berkshire Health Authority and another (Mental Health Act Commission intervening)*, [1989] 2 All ER 545 (House of Lords, 24.5.1989), y Lord Slynn of Hadley en *R. v. Brown and other appeals*, [1993] 2 All ER 75 (House of Lords, 11.3.1993). En la doctrina, vid. Lewis, Charles J., *Clinical negligence... op. cit.*, p. 344; Khan, Malcolm y Robson, Michelle, *Clinical negligence*, 2ª ed., Taylor & Francis Ltd, Londres, 2002, p. 550.

⁵⁵ The Open Learning Foundation, *Healthcare active learning. Legal aspects of health care*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1995, p. 59.

⁵⁶ Indica Simón Lorda: «Para defenderse de una demanda [por *battery*] el acusado tiene que demostrar, o bien que sí hubo consentimiento, o bien que no era conocido ni esperable que esa acción fuera desagradable para el demandante porque pertenece a las formas ordinarias de relación social (por ejemplo, el besar la cara como forma de saludo). Un acto médico en el cual se produce un contacto corporal con el paciente no es, sin embargo, una *relación social ordinaria*, por lo que no puede presuponerse nunca la existencia de un consentimiento genérico previo. Se precisa un consentimiento específico para ese acto si se quiere evitar la *battery*. Y para garantizar la validez legal del mismo el paciente tiene que haber recibido

la que no sea posible obtener tal consentimiento. En todo caso, no está obligado el paciente a acreditar ni la negligencia del médico en su proceder (el *tort of battery* es una acción de *strict liability*)⁵⁷, ni la causación de un daño a su integridad física o psíquica ni, en consecuencia, la existencia de una relación de causalidad entre dicho daño (en caso de haberse producido) y el contacto injustificado del médico sobre su cuerpo

Hechas estas aclaraciones preliminares sobre el Derecho de daños en el *common law*, nos podemos preguntar qué *tort* debe ejercitar un paciente cuando un facultativo realiza sobre su cuerpo una determinada actuación asistencial sin contar con su previo consentimiento informado. Para dar respuesta a esta cuestión, existe una asentada jurisprudencia en el *case law* norteamericano, que parte de la distinción entre dos situaciones distintas.

De un lado, el paciente debe accionar por *battery* en los siguientes supuestos: primero, cuando el profesional sanitario realiza la intervención o aplica el tratamiento sobre el cuerpo del paciente sin que éste consienta dicha actuación; segundo, cuando el médico lleva a cabo una actuación sanitaria distinta de la consentida por el paciente; tercero, cuando el profesional sanitario actúa excediendo los límites del consentimiento prestado por el paciente, y, por último, cuando el paciente consiente la actuación sanitaria realizada sin tener un suficiente conocimiento y entendimiento sobre su naturaleza, al no haber recibido una mínima información al respecto por parte del facultativo. En estos casos, como hemos señalado, la vía procesal que debe seguir el paciente es el *tort of battery*, como declara el *case law* en numerosos pronunciamientos, entre los que podemos citar, a título meramente ejemplificativo, los dictados en los asuntos *Amanda M. Nolan v. Harry Kechijian*; *Charles E. Nolan v. Same*, 75 R. I. 165 (R. I. 1949) (*Supreme Court of Rhode Island*, 1949)⁵⁸;

una cierta información acerca de lo que se le va a hacer, de lo contrario se considerará «viciado», inválido» (Simón Lorda, P. ablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, p. 49).

⁵⁷ *Irma Natanson v. John R. Kline and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc.*, 186 Kan. 393 (1960), 350 P.2d 1093 (Kan. 1960) (*Supreme Court of Kansas*, 9.4.1960). Vid. también *Bernard Berkey v. Frank M. Anderson*, 3d 790 [82 Cal. Rptr. 67] (*Court of Appeals of California*, 18.11.1969), donde Chantry, J., afirma: «If appellant did not give his informed or knowledgeable consent, the performance of the myelogram would constitute a technical battery (Pedesky v. Bleiberg, 251 Cal. App. 2d 119 [59 Cal. Rptr. 294]) for which the defendant would be liable for all damages proximately resulting, whether the myelogram was or was not skillfully performed. (Pedesky v. Bleiberg, supra) and whether they could be anticipated or not (Valdez v. Percy, 35 Cal. App. 2d 485 [96 P.2d 142]).»

⁵⁸ La Sra. Nolan es sometida, en 1944, a una intervención quirúrgica para reconstruir los ligamentos que mantienen el bazo en el lugar que le corresponde dentro de la cavidad abdominal, habida cuenta de que «was hanging by a thread». No obstante, la intervención no se desarrolla como se espera y, finalmente, el cirujano tiene que extirpar el bazo. La *Supreme Court of Rhode Island* declara que, salvo que concurren circunstancias excepcionales (como una situación de emergencia), una actuación médica realizada sin el consentimiento del paciente, o excediendo tal consentimiento, constituye un supuesto de *assault* y *battery*.

Hundley v. St. Francis Hospital, 327 P.2d 131 (Cal. Ct. App. 1958) (California Court of Appeal, 3.7.1958)⁵⁹; *Gray v. Grunnagle*, 423 Pa. 144 (1966) (Supreme Court of Pennsylvania, 24.6.1966)⁶⁰; *Belcher v. Carter*, 13 Ohio App.2d 113 (Ohio Ct. App. 1967) (Court of Appeals of Ohio, 14.3.1967)⁶¹; *Bernard Berkey v. Frank M. Anderson*, 3d 790 [82 Cal. Rptr. 67] (Court of Appeals of California, 18.11.1969)⁶²; *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229

⁵⁹ Emily Hundley, tras ser diagnosticada de prolapso uterino (matriz caída), es sometida a una intervención en la que se le extirpa el *fundus* uterino y la trompa de Falopio y el ovario que aún le quedan a la paciente (la otra trompa y ovario le habían sido extirpados en una cirugía anterior). Se acredita en el juicio que no existe consentimiento de la paciente a tales ablaciones. Tras la intervención, los tejidos extirpados son sometidos a examen patológico, resultando acreditada la normalidad de los mismos. De la sentencia se deduce que no puede constituir la actuación del médico *battery* cuando es consentida por el paciente.

⁶⁰ El Sr. Gray ingresa en el *Allegheny General Hospital* el 18 de enero de 1960. Al tiempo de ser hospitalizado, firma un formulario de *Consent to Operation*, que dice como sigue: «WHEREAS, I, /s/ Chas. B. Gray residing at No. _____ Street, _____ (City and State) and now in the Allegheny General Hospital of Pittsburgh, Pa.; and of full age, have been informed by the physicians of said hospital that in their opinion an operation on me is necessary for the proper treatment of my illness. I hereby consent to the same and said physicians are hereby authorized to employ whatever operative procedure they deem necessary, using their best skill and judgment.» El paciente es examinado por el neurocirujano demandado, el Dr. Jerome F. Grunnagle, que llega a un diagnóstico tentativo de lesión de la médula dorsal o torácica causada por razón de un disco formado entre las vértebras, un tumor (neoplasia benigna o maligna), una degeneración o una combinación de todo ello, localizándose dicha lesión, con una alta probabilidad, en el área del T-8, T-9, T-10. De resultas de dicho diagnóstico, el Dr. Grunnagle prescribe la práctica de varias pruebas, sobre la base de cuyos resultados el neurocirujano recomienda al paciente que se someta a una laminectomía exploradora, que el mismo Dr. Grunnagle lleva a cabo el 25 de enero de 1960, sin explicar previamente al paciente sus riesgos, pese a que la intervención practicada conlleva riesgos «not only as to paralysis but as to life». La intervención se desarrolla con normalidad y el paciente es dado de alta el 6 de febrero de 1960. Con posterioridad a la operación, pero como consecuencia de la misma, el paciente sufre una parálisis de cintura para abajo. El Sr. Gray interpone una acción contra el Dr. Grunnagle por *battery*, alegando que, pese a haber firmado el formulario de consentimiento al tiempo de ser ingresado en el hospital, no conocía la naturaleza y riesgos de la intervención a la que iba a ser sometido (laminectomía exploradora) al no recibir información alguna al respecto y, en consecuencia, la operación practicada por el Dr. Grunnagle no queda abarcada por el mencionado documento de consentimiento informado. La *Supreme Court of Pennsylvania*, por mayoría, sostiene que la firma del formulario de consentimiento al tiempo del ingreso en el hospital, cuando aún no está el paciente a cargo del Dr. Grunnagle, no puede reputarse como un válido consentimiento informado y, sobre esta base, condena al Dr. Grunnagle por *battery*; en otros términos, la mayoría del Tribunal entiende que el Dr. Grunnagle actuó sin obtener previamente el consentimiento informado del paciente y, en consecuencia, lo condena por *battery*. Mr. Chief Justice Bell disiente con la opinión mayoritaria del Tribunal, al entender que no se puede condenar al neurocirujano por *battery*, habida cuenta de que el Sr. Gray firma un formulario de consentimiento a su ingreso en el hospital, no debiendo permitirse al paciente repudiar dicho consentimiento escrito con base en su testimonio oral sobre la falta de información de los riesgos anejos a la intervención practicada.

⁶¹ En este supuesto, en el que una paciente sufre daños como consecuencia de su sometimiento a un tratamiento de radiación, la *Court of Appeals of Ohio* confirma la decisión dictada en primera instancia por la *Common Pleas Court*, sosteniendo que el galeno no puede alegar el consentimiento del paciente a una determinada actuación médica como defensa legal frente a una acusación de *battery* si dicho consentimiento es prestado sin tener el paciente un suficiente conocimiento y entendimiento de la naturaleza de la actuación médica propuesta.

⁶² En 1961, Bernard Berkey sufre un daño en el cuello de resultas de una caída. Durante algunos meses, es tratado por un médico no envuelto en el proceso y, a mediados de 1961, comienza a ser atendido por el Dr. Anderson. Su estado comienza a mejorar, pudiendo el Sr. Berkey volver a su trabajo. No obstante, el 5 de febrero de 1962, vuelve a dañarse el cuello al sentarse en el asiento trasero de su coche. Al día

(*Supreme Court of California*, 27.10.1972)⁶³ y *Norma Jo Scott and Dale M. Scott v. Vance A. Bradford*, 1979 OK 165, 606 P.2d 554 (*Supreme Court of Oklahoma*, 28.11.1979)⁶⁴.

siguiente, el Dr. Anderson le practica un examen neurológico, tras el cual recomienda al paciente que se someta a un procedimiento diagnóstico conocido como mielograma. Siguiendo el consejo del Dr. Anderson, el 8 de febrero de 1962 el Sr. Berkey acude al *Good Samaritan Hospital* para someterse al procedimiento propuesto por el galeno. El paciente pregunta al Dr. Anderson si el mielograma es como los electromiogramas a los que se ha estado sometiendo, a lo que el médico responde que es un procedimiento meramente diagnóstico que no produce dolor y que no tiene de qué preocuparse, sin informarle de la naturaleza ni de los riesgos inherentes al mismo, información que tampoco proporciona el Dr. Rickenberg, radiólogo encargado de practicar el mielograma. Tras realizarse la prueba, se prescribe al paciente que permanezca durante las siguientes veinticuatro horas tendido sobre su espalda. Transcurrido tal período, el Sr. Berkey intenta incorporarse, y es entonces cuando descubre que tiene una «rubber leg» (es decir, que ha perdido la sensibilidad en su pierna), desplomándose al ponerse de pie. Posteriormente, se le diagnostica un síndrome del pie de equino, causado por la intervención practicada. El paciente declara que si hubiera sido informado de los riesgos inherentes al mielograma no habría consentido su realización. La *Court of Appeals of California* sostiene que la práctica de una actuación médica sin el consentimiento del paciente constituye *battery*, pudiendo éste acceder a una indemnización sin tener que demostrar la conducta negligente del médico al llevar a cabo la intervención o tratamiento no consentido.

⁶³ Ralph Cobbs padece una úlcera intestinal. El Dr. Jerome Sands, su médico de cabecera, le recomienda someterse a una intervención quirúrgica y le informa en términos generales de los riesgos que conlleva la anestesia general. A requerimiento del Dr. Sands, el Dr. Dudley F. P. Grant examina al paciente y coincide en que éste padece una úlcera péptica duodenal y que el proceder recomendado es la cirugía. El Dr. Grant explica al paciente la naturaleza de la intervención propuesta, pero no le informa de los riesgos inherentes a la misma. La operación se desarrolla de modo aparentemente exitoso, siendo dado de alta el paciente ocho días después de la intervención. No obstante, el mismo día que el Sr. Cobbs vuelve a casa, comienza a sufrir un intenso dolor en el abdomen, razón por la cual regresa al hospital donde, dos horas después de su readmisión, entra en estado de shock y tiene que ser intervenido de urgencia. En la operación, el cirujano demandado observa que, como consecuencia de la lesión de una arteria en el hilio esplénico, el paciente sufre una hemorragia interna, siendo los daños al bazo un riesgo inherente a la primera intervención practicada y materializándose en, aproximadamente, un 5% de los casos. Ante la gravedad del sangrado y habida cuenta de que un adulto puede desarrollar una vida normal sin bazo, el cirujano demandado decide su extirpación. Tras la segunda intervención, el paciente se recupera durante dos semanas en el hospital, pero, un mes después de ser dado de alta, tiene que ser ingresado de nuevo, presentando dolor agudo en el estómago. Una prueba radiográfica evidencia en el paciente el desarrollo de una nueva úlcera gástrica, que también constituye un riesgo inherente a la primera cirugía llevada a cabo. Tras varios meses sin ser intervenido, el paciente comienza a vomitar sangre, siendo recomendada por el Dr. Sands la práctica de una tercera intervención: una gastrectomía para extirpar el 50% de su estómago con el fin de reducir su capacidad de producir ácidos. Tras la intervención, el paciente es dado de alta, debiendo ser hospitalizado nuevamente al sufrir un sangrado interno debido a la prematura absorción de la sutura, riesgo inherente a la intervención realizada. Tras la hospitalización del sujeto, el sangrado comienza a remitir y, una semana después, el paciente es dado de alta definitivamente. El Sr. Cobbs acude a los tribunales en ejercicio del *tort of malpractice* contra el Dr. Grant y el hospital. En primera instancia, el jurado condena al pago de 45.000 dólares al hospital y de 23.800 dólares al cirujano. El Dr. Grant recurre esta decisión alegando, de un lado, que existe insuficiente prueba para fundamentar un veredicto de negligencia y, de otro, un error del tribunal al instruir al jurado en la cuestión del consentimiento informado. La *Supreme Court of California* sostiene que, cuando un médico recaba el consentimiento del paciente para realizar un determinado tratamiento, pero aplica un tratamiento sustancialmente distinto del consentido, nos hallamos ante un ostensible supuesto de *battery*. Sirvan como muestra del posicionamiento del Tribunal las palabras de Mosk, J.: «Where a doctor obtains consent of the patient to perform one type of treatment and subsequently performs a substantially different treatment for which consent was not obtained, there is a clear case of battery».

⁶⁴ La Sra. Scott, tras ser diagnosticada de varios tumores fibroides en el útero, es ingresada en el hospital, donde firma un formulario rutinario de consentimiento informado antes de ser sometida a una histerec-

De otro lado, si el paciente presta su consentimiento al procedimiento aplicado sobre su cuerpo habiéndole el médico ocultado cierta información sobre sus riesgos y alternativas, el paciente debe accionar contra el facultativo a través del *tort of negligence*, siendo éste el posicionamiento adoptado por el *case law* en numerosos pronunciamientos, como los dictados en *Irma Natanson v. John R. Kline and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc.*, 186 Kan. 393 (1960), 350 P.2d 1093 (Kan. 1960) (*Supreme Court of Kansas*, 9.4.1960)⁶⁵; *Pedesky v. Bleiberg*, 251 Cal. App.2d 119 (Cal. Ct. App. 1967) (*Court of Appeal of California*, 17.5.1967)⁶⁶ y *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (*Supreme Court of California*, 27.10.1972)⁶⁷.

tomía. Tras la intervención, practicada por el Dr. Bradford, la paciente experimenta problemas de incontinencia, acudiendo a otro facultativo que le diagnostica una fistula vesico-vaginal que permite el filtrado de la orina desde la vejiga hasta la vagina. Este médico la remite a un urólogo que, tras tres intervenciones, le corrige su problema. La Sra. Scott y su marido entablan una acción por *medical malpractice*, aduciendo una actuación negligente del Dr. Bradford al no informarle, con carácter previo a la práctica de la histerectomía, de los riesgos anejos a la intervención y de las alternativas terapéuticas disponibles a la cirugía. Asimismo, la paciente arguye que, en caso de haber sido debidamente informada, habría rechazado la intervención. Sostiene la *Supreme Court of Oklahoma* que, si la actuación médica se lleva a cabo sin haber prestado el paciente previamente su consentimiento, la conducta del facultativo es constitutiva de *battery*.

⁶⁵ La Sra. Irma Natanson sufre graves lesiones de resultados de una terapia de cobalto aplicada tras una mastectomía, al objeto de evitar la reaparición o propagación del cáncer de mama. La paciente demanda a su radiólogo, el Dr. John R. Kline, por negligencia en la práctica de la terapia y por no haberle informado sobre la naturaleza y riesgos del procedimiento propuesto. La *Supreme Court of Kansas* distingue los supuestos de intervención practicada sin consentimiento del paciente (*battery*) de aquéllos en los que éste presta su consentimiento habiendo el médico incumplido negligentemente sus deberes de información (mala praxis). Afirm Schroeder, J.: «The fundamental distinction between assault and battery on the one hand, and negligence such as would constitute malpractice, on the other, is that the former is intentional and the latter unintentional. (Hershey v. Peake, 115 Kan. 562, 223 Pac. 1113; and Maddox v. Neptune, 175 Kan. 465, 264 P.2d 1073)».

⁶⁶ Claudine A. Pedesky, que sufre desde hace muchos años problemas en sus pies, acude a la consulta del Dr. Leon Bleiberg, podólogo. Tras examinar los pies de la Sra. Pedesky, el Dr. Bleiberg le recomienda someterse a una intervención quirúrgica, que la paciente consiente y que se practica el 5 de enero de 1961. Tras la operación, la Sra. Pedesky acciona contra el Dr. Bleiberg, arguyendo: 1) la negligencia del médico al practicar la intervención; 2) la omisión del consentimiento informado, y 3) la innecesariedad de la intervención y su falta de justificación conforme a los deberes de cuidado y tratamiento predominantes en la localidad y en el momento en que se lleva a cabo. En primera instancia, el veredicto del jurado es favorable al demandado. La Sra. Pedesky recurre en apelación, aduciendo, en lo que nos interesa a los efectos de nuestra tesis doctoral, el error del tribunal de primera instancia al rechazar instruir al jurado sobre la *theory of battery* en los supuestos de cirugía innecesaria o inapropiada. La *Court of Appeal* sostiene que, cuando el paciente consiente la práctica de una intervención tras ser informado por el médico de su naturaleza, la conducta del facultativo al realizar la operación no puede considerarse *battery*, sino *malpractice*, aunque la intervención no esté completamente justificada conforme al dominante estándar de cuidado y tratamiento en la localidad y momento en que se practica. En estos supuestos, el consentimiento prestado por el paciente constituye una válida defensa para el médico frente a la acusación por *battery*, siendo el *tort of negligence* la vía procesal oportuna a la que debe acudir el paciente cuando el médico no le proporciona la debida información con carácter previo a la prestación del consentimiento.

⁶⁷ *Vid. supra*, nota al pie n. 63. En el pronunciamiento de referencia, sostiene la *Supreme Court of California* que, en los supuestos en que se materializa un riesgo conocido por la ciencia médica del que no se ha informado al paciente con carácter previo a la prestación de su consentimiento, la jurisprudencia mayoritaria (con la que el Tribunal se alinea) califica dicha información deficiente como un supuesto de negligencia (no de *battery*). Al respecto, afirma Mosk, J.: «However, when the patient consents to certain

En conclusión, los tribunales en los Estados Unidos de América reservan la apreciación de *battery* en el ámbito sanitario para supuestos tasados en los que el consentimiento del paciente resulta inexistente, no abarca la concreta actuación médica practicada o es prestado sin que el médico entregue previamente ni siquiera una mínima información sobre la naturaleza de la actuación propuesta⁶⁸. Ahora bien, siempre que el paciente consienta la realización del procedimiento prescrito habiendo recibido una mínima información sobre su naturaleza, aunque el profesional sanitario haya omitido informarle sobre ciertos riesgos o alternativas del tratamiento o intervención realizada, el paciente debe servirse del *tort of negligence* para accionar contra el médico. En definitiva, el recurso al *tort of negligence* o al *tort of battery* en los supuestos de inexistente o deficiente información previa al consentimiento depende del «grado» de comunicación que tenga lugar, de suerte que, si el médico no suministra información alguna sobre la naturaleza de la intervención, el paciente ha de hacer uso del *tort of battery*, mientras que, si el facultativo le informa siquiera mínimamente sobre aquello en que consiste la actuación médica propuesta, aunque acalle ciertos riesgos o alternativas terapéuticas disponibles, el paciente debe recurrir al *tort of negligence*.

3.3.3 Primera etapa: reconocimiento al paciente del derecho al consentimiento (progresivamente) informado

Desde los inicios del siglo pasado se suceden en el *case law* norteamericano los pronunciamientos en los que los tribunales exigen a la comunidad

treatment and the doctor performs that treatment but an undisclosed inherent complication with a low probability occurs, no intentional deviation from the consent given appears; rather, the doctor in obtaining consent may have failed to meet his due care duty to disclose pertinent information. In that situation the action should be pleaded in negligence.»

⁶⁸ En el Reino Unido, desde los años ochenta del siglo pasado, el *case law* tiene fijados unos criterios para resolver cuándo se ha de acudir al *tort of negligence* y cuándo al *tort of battery* en supuestos de falta de información y consentimiento en el ámbito sanitario. Así, en *Chatterton v. Gerson and another*, [1981] 1 All ER 257 (High Court of Justice, 31.1.1980), Bristow J., afirma que, cuando el paciente es informado en términos generales sobre la naturaleza del procedimiento propuesto y consiente su práctica, si quiere accionar contra el profesional sanitario por falta de información debe acudir al *tort of negligence*, reservándose el *tort of battery* para los casos en que el consentimiento se presta para un acto médico totalmente distinto al realizado (actuación sanitaria no consentida) o en que el consentimiento prestado está viciado por fraude, al haber el médico actuado de mala fe, bien ocultando al paciente la debida información sobre la actuación médica propuesta o bien suministrándole una información tergiversada (consentimiento no válido). Esta posición es seguida en *Hills v. Potter and another*, [1984] 1 W. L. R. 641 (High Court of Justice, 18.5.1983) y *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others*, [1984] 1 Q. B. 493 (Court of Appeal, 23.11.1984). Vid. Cadenas Osuna, Davinia, «El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el *common law*: una visión panorámica», *InDret*, n. 4, 2016, pp. 18-19.

médica que, antes de iniciar el procedimiento propuesto, recaben el consentimiento del paciente. No obstante, si bien en tales decisiones judiciales se destaca la relevancia de la información como requisito previo al consentimiento del paciente, nos parece cuando menos osado calificar el consentimiento de las primeras décadas del siglo xx como un consentimiento informado, habida cuenta de que la información que el médico debe proporcionar al paciente con anterioridad a la prestación del consentimiento es muy básica. Es a partir de los años cuarenta cuando los tribunales comienzan a atribuir una creciente relevancia a la información asistencial y a ampliar su contenido. Por tanto, el consentimiento adquiere progresivamente un carácter informado, a medida que los tribunales norteamericanos comienzan a ampliar el alcance de la información que el médico está obligado a suministrar al paciente en un momento previo a la prestación de su consentimiento.

Exponente de esta primera etapa es la decisión dictada en el asunto *State v. Housekeeper*, 70 Md. 162 (*Court of Appeals of Maryland*, 10.1.1889)⁶⁹, donde la *Court of Appeals of Maryland* afirma que el consentimiento del paciente es necesario para la práctica de la intervención quirúrgica propuesta, si bien dicho consentimiento se presume existente si la víctima se presenta de manera voluntaria en la fecha y lugar donde es citada para la práctica de la operación, salvo que se le haya suministrado una información tergiversada⁷⁰.

En 1905 destacan, en sede de consentimiento del paciente, las decisiones dictadas en los asuntos *Mohr v. Williams*, 104 N. W. 12 (*Minn. 1905*) (*Minnesota Supreme Court*, 1905)⁷¹ y *Pratt v. Davis*, 118 Ill. App. 161 (1905) (*Illinois Appellate Court*, 1905)⁷², que suelen citarse conjuntamente por su proximidad

⁶⁹ La Sra. Janney es intervenida por el Dr. Housekeeper para la extirpación de un tumor en la mama derecha, determinándose, *a posteriori*, que se trata de un cáncer. La paciente fallece seis meses después de la operación. El marido acude ante los tribunales aduciendo la inexistencia de consentimiento para la intervención.

⁷⁰ Declara el Tribunal: «The consent of the wife, not that of the husband, was necessary. The professional men whom she had called in and consulted, being possessed of skill and scientific knowledge, were the proper persons to determine what ought to be done. They could not, of course, compel her to submit to an operation, but if she voluntarily submitted to its performance, her consent will be presumed, unless she was the victim of a false and fraudulent misrepresentation, which is a material fact to be established by proof. The Court below was therefore right in rejecting the first and third prayers of the plaintiffs, which place the burden of proof in regard to consent on the defendants.»

⁷¹ La Sra. Mohr otorga su consentimiento para ser intervenida de su oído derecho. No obstante, en el curso de la operación, el médico considera que la cirugía del oído izquierdo es más urgente, razón por la cual decide intervenir tal oído, pese a la inexistencia de consentimiento de la paciente para dicha operación. De resultados de la cirugía no consentida, la paciente pierde audición en el oído intervenido, acudiendo a los tribunales en ejercicio del *tort of battery* en reclamación al médico de los daños sufridos por la práctica de la operación por ella no consentida.

⁷² La Sra. Parmelia Davis sufre epilepsia desde hace muchos años. El Dr. Pratt considera que la curación de dicha patología exige la práctica de una histerectomía, que se realiza sin informar a la paciente de la naturaleza de la intervención recomendada. Tras ser realizada la histerectomía, la Sra. Davis se per-

cronológica y similitud de sus razonamientos. En ambos supuestos, los Tribunales sostienen que el consentimiento del paciente es requisito previo a la práctica de toda actuación médicamente propuesta, consentimiento que debe ser expreso, salvo en situaciones de emergencia y aquéllas en las que, durante una intervención expresamente consentida, surjan condiciones imprevistas que exijan modificar el curso de la acción programada, encontrándose el paciente en estado de inconsciencia y, por tanto, sin capacidad para prestar un nuevo consentimiento tras ser informado de las sorpresivas circunstancias concurrentes. Sólo en estas excepcionales tesituras se admite el consentimiento implícito. Resultan destacables las palabras del juez Brown en *Pratt v. Davis*, según el cual:

«under a free government at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all the others –the right to the inviolability of his person, in other words, his rights to himself– is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however, skilful or eminent [...] to violate without permission the bodily integrity of his patient [...] and [to operate] on him without his consent or knowledge.»

Por lo que respecta a la información, en ambos casos los tribunales declaran que el paciente debe prestar su consentimiento a la intervención tras ser informado de su naturaleza y riesgos, incurriendo el médico en *battery* (y no en *negligence*) en caso de no cumplir con su deber informativo. En conclusión, coincidimos con Faden y Beauchamp al afirmar que, en las decisiones de referencia, el consentimiento no es reputado como una «bare permission to touch», sino como un verdadero proceso de elección y decisión por el paciente⁷³.

Años después, en 1913, la *Supreme Court of Oklahoma* declara, en *Rolater v. Strain*, 1913 OK 634, 137 P. 96, 39 Okla. 572 (*Supreme Court of Oklahoma*, 11.11.1913)⁷⁴, que el médico debe recabar el consentimiento del paciente con carácter previo al inicio de toda intervención, incluso en los supuestos en los que éste no tenga suficiente capacidad para consentir personalmente, en cuyo caso el

cata de la extracción de sus ovarios y matriz (consecuencias de la intervención de las que no había sido informada), reclamando ante los tribunales la reparación por los daños sufridos de resultados de la intervención practicada. Ante el tribunal, el Dr. Pratt declara que no consideró digna a la Sra. Davis de recibir información alguna sobre la actuación que se proponía realizar y que manipuló a la paciente para que no se percatara de que había sido engañada.

⁷³ Faden , Ruth R. y Beauchamp , Tom L., *A history... op. cit.*, p. 121.

⁷⁴ El Sr. M. I. Strain, tras sufrir una perforación en el pie derecho con un cuerpo extraño que le produce intensos dolores, consiente que le sea realizada una intervención únicamente al objeto de drenar la infección que padece en el pie, rechazando expresamente la extracción de hueso alguno en el curso de dicha operación. Pese a la explícita negativa del Sr. Strain, el cirujano, anestesiado aquél, procede a retirar el hueso sesamoideo de su pie derecho. Como consecuencia de la actuación no consentida, el paciente sufre un daño permanente en el pie intervenido.

consentimiento debe ser otorgado por la persona legalmente autorizada para ello; únicamente cuando concurra una situación de emergencia puede el galeno intervenir sin que su actuación esté legitimada por consentimiento alguno. De esta suerte, el Tribunal reputa ilegal toda actuación médica que se lleve a cabo sin el previo consentimiento del paciente (que, en ciertos supuestos, puede ser presumido en atención a las circunstancias concurrentes), con independencia de si la misma se ha realizado de modo diligente o no y de su resultado exitoso o fallido.

Con estos precedentes llegamos a uno de los pronunciamientos míticos en la configuración de la doctrina del consentimiento informado, a saber, la decisión de la *New York Court of Appeals* en el asunto *Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, 105 N. E. 92 (N. Y. 1914) (*New York Court of Appeals*, 14.4.1914)⁷⁵. La trascendencia de este fallo radica en la formulación, por el juez Benjamin Cardozo, de la declaración originaria del derecho a la autodeterminación del paciente (*patient self-determination*) en el que, con toda certeza, es el dictamen más citado por la literatura publicada sobre el consentimiento informado:

«Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages, except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained⁷⁶.»

Pese a la rotundidad con la que el juez Cardozo establece, en la opinión transcrita, el derecho a la autodeterminación del paciente y la ilegalidad de toda actuación realizada sin contar el galeno con el previo consentimiento del paciente (salvo en supuestos de emergencia), dicho consentimiento queda aún muy lejos de poder calificarse como informado, debido a la parquedad y va-

⁷⁵ La Sra. Schloendorff ingresa en *The Society of the New York Hospital* presentando fuertes dolores estomacales. Tras serle realizada una batería de pruebas, el Dr. Bartlett le diagnostica un fibroma, aconsejando a la paciente su sometimiento a un examen, bajo los efectos de éter, para determinar la naturaleza del tumor fibroide que padece. La Sra. Schloendorff consiente la práctica de la susodicha prueba, pero se niega expresamente a que se le extraiga el tumor. El Dr. Stimson es el encargado de ejecutar el examen diagnóstico y, en el curso del mismo, tras comprobar la naturaleza maligna del tumor, procede a su extracción. Como consecuencia de la extirpación del tumor, el brazo izquierdo de la paciente se gangrena, debiendo procederse a la amputación de varios dedos de la mano izquierda, con los importantes padecimientos que ello provoca a la paciente.

⁷⁶ Pese a establecer el derecho a la autodeterminación del paciente y reiterar la ilicitud de toda aquella actuación sanitaria llevada a cabo sin el previo consentimiento del paciente (salvo en los supuestos de emergencia), la *New York Court of Appeals* desestima la pretensión de resarcimiento de la Sra. Schloendorff debido a que ésta interpone la demanda, no contra el médico actuante, sino contra el hospital y, habida cuenta de su carácter de institución caritativa, el Tribunal considera que no existe relación de dependencia entre el centro hospitalario y el Dr. Stimson, con lo que no se puede responsabilizar a *The Society of the New York Hospital* de las actuaciones realizadas por el cirujano en sus instalaciones.

guedad de la información que el médico debe proporcionar al paciente con anterioridad a su prestación, siendo suficiente para reputar válido el consentimiento con que el paciente sea informado «of what the doctor [intends] to do»⁷⁷, esto es, de la naturaleza de la intervención pretendida por el facultativo.

Progresivamente, la jurisprudencia amplía el contenido de la información asistencial que el médico debe suministrar al paciente, destacándose la necesidad de informar, no únicamente sobre la naturaleza del procedimiento recomendado, sino también sobre sus riesgos y consecuencias, si bien aún sin proponerse un estándar para la determinación del *quantum* informativo (*id est*, un criterio para la delimitación de la cantidad y calidad de la información que debe proporcionarse al paciente para que su consentimiento pueda calificarse de informado). En esta línea, podemos citar la decisión de la *Supreme Court of Tennessee* en *Haskins v. Howard*, 159 Tenn. 86 (Tenn. 1929) (*Supreme Court of Tennessee*, 1928)⁷⁸, donde el Tribunal confirma el veredicto del jurado emitido en primera instancia en favor de la paciente sobre la base de la conducta negligente del médico, no sólo al actuar con arreglo a un «too hasty and therefore incomplete and improper diagnosis», sino igualmente porque «the consent of the patient or her husband to the operation was not obtained after a full disclosure of the doubt entertained by the defendant of the correctness of the diagnosis, and the hazard to be incurred». De la lectura de la cita transcrita se colige que el consentimiento exigido por la *Supreme Court of Tennessee* para legitimar la intervención practicada no es un consentimiento «simple» o «desinformado», sino un consentimiento «real», otorgado por la paciente tras haber recibido información sobre los riesgos anejos al procedimiento propuesto en la hipótesis de estar embarazada; un consentimiento, por tanto, que implica una verdadera participación del paciente en el proceso de adopción de las decisiones relativas a su salud⁷⁹.

Con esta misma tendencia se alinean las decisiones dictadas en los asuntos *Wall v. Brim*, 138 F.2d 478 (1943) (*United States Court of Appeals*, 20.10.1943)⁸⁰

⁷⁷ Katz, J ay, *The silent... op. cit.*, p. 52.

⁷⁸ La Sra. Maggie Howard es sometida por el Dr. Haskins a una intervención quirúrgica al objeto de extirparle un tumor en un ovario. La paciente comunica al Dr. Haskins que no sabe si está embarazada, pese a lo que el médico decide operarla. En el curso de la intervención, y encontrándose la Sra. Howard bajo los efectos de éter, el Dr. Haskins comprueba que la paciente no padece tumor alguno, sino que se encuentra en estado de gestación, ante lo cual decide cerrar la incisión abdominal realizada y dar la cirugía por finalizada. Quince días después, la Sra. Howard sufre un aborto, acreditándose en el juicio suficientemente que la intervención es la causa de la interrupción involuntaria del embarazo. Tanto el Dr. Haskins como su asistente (el Dr. Long) declaran en juicio que no habrían operado a la paciente de haber conocido que se encontraba en estado de gestación, si bien el Dr. Haskins confiesa que no estaba completamente seguro de que la Sra. Howard no estuviera encinta y que dicha incertidumbre le preocupaba.

⁷⁹ Katz, Jay, *The silent... op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ Un paciente presta su consentimiento para ser sometido a una intervención al objeto de extirparle un quiste que presenta en el cuello, consentimiento que otorga tras ser informado por el cirujano de que se

y *Paul Simone v. Victor O. Sabo*, 37 Cal.2d 253 (California Supreme Court, 18.5.1951)⁸¹, donde la *United States Court of Appeals* y la *California Supreme Court*, respectivamente, destacan la relevancia de la información como requisito previo al consentimiento del paciente. Así, ambos Tribunales reputan ilícita la actuación del médico cuando la realiza sin haber obtenido previamente el consentimiento del paciente, sin haber informado a éste de los riesgos y consecuencias de la actuación médica propuesta antes de consentir o cuando practica una intervención distinta de la consentida por el paciente.

No obstante, pese a que el *case law* norteamericano atribuye una creciente relevancia y alcance a la información asistencial, aún en plena década de los cincuenta del siglo pasado encontramos ejemplos en los que los tribunales, si bien en la teoría siguen destacando el papel de la información al paciente en el proceso de adopción de las decisiones relativas a su salud, en la práctica se muestran reticentes a condenar a un médico por no haber cumplido el deber de información que le incumbe respecto del paciente. Buen ejemplo de ello lo encontramos en *Charles S. Hunt v. Dr. Howard Bradshaw*, 88 S. E.2d 762 (1955), 242 N. C. 517 (Supreme Court of North Carolina, 26.8.1955)⁸², donde un paciente es sometido a una intervención por él consentida, pero sin haber recibido previamente información alguna sobre los riesgos por aquella implicados. El juez Higgins, en la *Supreme Court of North Carolina*, confirma la decisión del juez *a quo*⁸³, afirmando, en lo relativo a la información debida por el médico al paciente:

«It is understandable [that] the surgeon wanted to reassure the patient to that he would not go to the operating room unduly apprehensive. Failure to explain the risk involved, therefore, may be considered a mistake on the part of the surgeon, but under the facts cannot be deemed such want of ordinary care as to import liability.»

trata de una operación sencilla. Sin embargo, en el curso de la intervención, el médico comprueba que el diagnóstico emitido inicialmente no es correcto y que la cirugía que necesita el paciente conlleva más dificultades de las previstas *a priori*. Pese a ello, el médico decide practicar la intervención sin informar al paciente de los nuevos riesgos conocidos.

⁸¹ Un dentista no informa al paciente de la elevada probabilidad de que la extracción de una pieza dental incrustada en la encía le provoque daños en el nervio mandibular.

⁸² El Sr. John Hunt es sometido a una intervención quirúrgica, realizada por el Dr. Bradshaw, al objeto de extraer un trozo de metal incrustado en el lado izquierdo de su cuello, arriba de la clavícula, clavado a unos dos centímetros del pulmón izquierdo y a unos once centímetros del corazón. El Dr. Bradshaw recomienda insistentemente al Sr. Hunt la práctica de la cirugía, pero sin informarle de los riesgos que la misma conlleva, limitándose a responder a las preguntas del paciente sobre la seriedad de la operación afirmando que se trata de un procedimiento sencillo. La intervención resulta un completo fracaso, no sólo porque el Dr. Bradshaw no logra extraer el mencionado trozo de metal, sino porque, además, durante la misma, el cirujano lesiona los nervios y arterias del brazo izquierdo del paciente, quedándole la mano izquierda completa y permanentemente paralizada.

⁸³ En primera instancia, el juez resuelve favorablemente al demandado, al reputar insuficientes las pruebas aportadas para acreditar la negligencia del médico en la realización de la intervención quirúrgica y en la información al paciente sobre los riesgos posibles de la operación. Esta decisión es recurrida por el Sr. Hunt en apelación ante la *Supreme Court of North Carolina*.

Por su parte, el juez Bobbitt añade que, si el paciente, en lugar de recurrir al *tort of negligence*, hubiera actuado por la vía del *tort of assault* o del *tort of battery* alegando la nulidad del consentimiento prestado por falta de información sobre los riesgos anejos a la intervención o la falsedad de la información recibida, quizás hubiera tenido éxito en sus pretensiones; sin embargo, al no haber seguido dicha vía procesal no puede determinarse si la prueba del demandante en tal sentido hubiera sido suficiente para vencer al jurado⁸⁴.

En este contexto llegamos al momento culmen en el nacimiento de la doctrina del consentimiento informado, a saber, el 22 de octubre de 1957, fecha en que la *California Court of Appeals* se pronuncia en el asunto *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957) (*California Court of Appeals*, 22.10.1957)⁸⁵. Es en este pronunciamiento donde aflora por primera vez la expresión *informed consent*, concretamente, en la opinión del juez Bray, quien, tras conceder al médico cierto margen de discrecionalidad para decidir cuándo prevalece su deber de informar al paciente sobre los riesgos del procedimiento indicado y cuándo, por el contrario, debe ocultarle cierta información sobre riesgos remotos que podrían alarmar a pacientes especialmente aprehensivos estimulando su rechazo⁸⁶, concluye lo que sigue:

«A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelli-

⁸⁴ Afirma el juez Bobbitt: «plaintiff's action is not for assault and battery, or trespass to the person, predicated upon allegations of an unauthorized operation» y, por consiguiente, no se puede determinar si la «plaintiff's evidence would [have been] sufficient for submission to the jury.» En respuesta a la opinión del juez Bobbitt, afirma Katz: «Justice Bobbitt's intimations were quite gratuitous, for Hunt's chances of succeeding in a battery action would have been exceedingly slim. The trial court probably would have ruled that a cause of action could not lie in battery because Hunt, after all, had been informed about the nature of the procedure and therefore had given at least his «implied consent.» Or the appellate court would most likely have held [...] that such a «failure to obtain the patient's consent was unintentional [...] a mere oversight [and thus] did not constitute an «assault and battery» [Shehee v. Aetna Casualty & Surety Co., 122 F. Supp. 1 (D. C. La. 1954)]. Recall that Justice Higgins also characterized Bradshaw's non-disclosures as a «mistake». Most likely, Justice Bobbitt's reference to an improper plea of the cause of action was merely an evasion to save his own misgivings. Hunt would have failed under either cause of action» (Katz, J ay, *The silent... op. cit.*, p. 57).

⁸⁵ Martín Salgo, de cincuenta y cinco años de edad, presenta calambres en sus piernas y cojera intermitente. El Dr. Gerbode sospecha que su dolencia puede deberse al bloqueo de la aorta abdominal y recomienda al paciente someterse a una aortografía para localizar tal bloqueo, pese a que, en 1954, cuando se realiza la prueba, no puede ésta considerarse aún como un procedimiento rutinario en la bahía de San Francisco, habida cuenta de su escasa utilización. Cuando el Sr. Salgo despierta tras la aortografía, presenta parálisis irreversible en sus miembros inferiores, ante lo cual acude a la Justicia arguyendo la negligencia de los médicos del Hospital de la Universidad de Stanford, no únicamente en la práctica de la aortografía, sino también al no informarle del riesgo de parálisis inherente al procedimiento prescrito.

⁸⁶ Se trataría de una formulación, aún incipiente, de lo que hoy conocemos como estado de necesidad terapéutica o excepción terapéutica.

gent consent by the patient to the proposed treatment⁸⁷. Likewise the physician may not minimize the known dangers of a procedure or operation in order to induce his patient's consent. At the same time, the physician must place the welfare of his patient above all else and this very fact places him in a position in which every risk attendant upon any surgical procedure or operation, no matter how remote; this may well result in alarming a patient who is already unduly apprehensive and who may as a result refuse to undertake surgery in which there is in fact minimal risk; it may also result in actually increasing the risks by reason of the physiological results of the apprehension itself. The other is to recognize that each patient presents a separate problem, that the patient's mental and emotional condition is important and in certain cases may be crucial, and that in discussing the element of risk a certain amount of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent. [...] The instruction given should be modified to inform the jury that the physician has such discretion consistent, of course, with the full disclosure of facts necessary to an informed consent.»

Este pronunciamiento tiene una relevancia excepcional por ser el primero en el que los tribunales norteamericanos articulan la expresión *informed consent*. Bien es cierto que el juez Bray no proporciona un nítido estándar para la determinación del *quantum* informativo; sin embargo, sus palabras no quedan por ello en agua de borrajas, sino que, muy al contrario, sirven para edificar un vehemente debate jurisprudencial sobre la cantidad y calidad de la información que el profesional sanitario debe proporcionar al paciente para que el consentimiento por éste otorgado pueda calificarse de informado y, en consecuencia, legitimador de la actuación médica consentida.

3.3.4 Segunda etapa: determinación jurisprudencial del estándar de información previa al consentimiento informado

La decisión de la *California Court of Appeals* en el citado asunto *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*⁸⁸ se aproxima por primera vez a la determinación del *quantum* informativo que debe preceder a la prestación de un válido consentimiento, concluyendo el Tribunal que el profesional sanitario debe entregar al paciente la información necesaria para que éste pue-

⁸⁷ Estas palabras las adopta literalmente el juez Bray del resumen *amicus curiae* presentado por el *American College of Surgeons* a la *California Court of Appeals*. Resulta sugerente que el origen del consentimiento informado, tan extraño a una tradición médica fuertemente arraigada en el paternalismo, lo hallemos en la opinión de una de las principales organizaciones de representación de la comunidad médica en los Estados Unidos.

⁸⁸ *Vid. supra*, nota al pie n. 85.

da prestar su consentimiento informado al procedimiento propuesto. Sin que nuestras palabras puedan interpretarse como una voluntad de restar importancia a la encomiable labor del juez Bray en la configuración de la doctrina del *informed consent*, a nuestro parecer, el consentimiento informado presenta un escaso valor como criterio de información, pues no delimita el *quantum* informativo ni especifica a quién corresponde precisar el contenido de dicha información. Asimismo, la asunción del consentimiento informado como estándar de información nos conduce a un círculo vicioso en el que la información asistencial es aquella requerida para la prestación del consentimiento informado, y el consentimiento informado es aquél otorgado tras recibir la debida información asistencial.

Ante el debate engendrado a la luz de la opinión del juez Bray se suceden, durante la segunda mitad de la pasada centuria, numerosos pronunciamientos en los que los tribunales norteamericanos proponen diversos estándares de información, que exponemos en las líneas que siguen.

3.3.4.1 *Estándar de información del médico razonable o de la práctica médica*

Sólo tres años después del pronunciamiento de la *California Court of Appeals* en *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, la *Supreme Court of Kansas*, en el asunto *Irma Natanson v. John R. Kline and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc.*, 186 Kan. 393 (1960), 350 P.2d 1093 (Kan. 1960) (*Supreme Court of Kansas*, 9.4.1960)⁸⁹, profundiza en la doctrina del consentimiento informado, desentrañando la información que debe el médico proporcionar al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento para que éste pueda calificarse de informado. Especialmente destacable resulta la opinión del juez Schroeder quien, partiendo del derecho a la autodeterminación del que es titular toda persona⁹⁰ y de la necesidad de que la información que el médico preste al paciente sea suficiente para que éste pueda otorgar su consentimiento informado, declara que el deber de información del profesional sanitario está limitado al suministro de aquella informa-

⁸⁹ *Vid. supra*, nota al pie n. 65.

⁹⁰ Afirma el juez: «Anglo-American law starts with the premise of thorough-going self determination. It follows that each man is considered to be master of his own body, and he may, if he be of sound mind, expressly prohibit the performance of life-saving surgery, or other medical treatment. A doctor might well believe that an operation or form of treatment is desirable or necessary but the law does not permit him to substitute his own judgement for that of the patient by any form or artifice or deception.

ción que un médico razonable habría entregado en las mismas o similares circunstancias⁹¹. Por tanto, la determinación del *quantum* informativo corresponde a la propia comunidad médica, de modo que el facultativo tiene que proporcionar aquella información que de ordinario se suministra en la práctica médica, práctica que se personifica en la figura del médico razonable. Por otra parte, regresa el juez Schroeder sobre la idea de que el médico está legitimado para ocultar al paciente la información que pueda poner en peligro su salud⁹², idea ya anotada por la *California Court of Appeals* en *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*. En suma, siguiendo la opinión del juez Schroeder, el paciente tiene derecho al consentimiento informado en el ámbito sanitario, esto es, a prestar su consentimiento a la actuación médica recomendada tras recibir información sobre los riesgos que conlleva, quedando el médico legitimado para ocultar, de un lado, los riesgos cuya divulgación no sea habitual en la práctica médica (y que, en consecuencia, un médico razonable no divulgaría) y, de otro, los riesgos cuyo conocimiento pueda perjudicar la salud del paciente. Conforme a este razonamiento, estaría plenamente justificada la conducta de un facultativo que oculta al paciente cierta información relativa a la actuación médica propuesta si un perito (*expert testimony*) declara que un médico razonable habría ocultado tal información en idénticas o similares circunstancias⁹³.

El estándar de la práctica médica presenta una ventaja fundamental: al ser la propia comunidad médica la que, a través de su práctica habitual, determina el *quantum* informativo, los profesionales sanitarios no concebirán sus deberes en sede de información asistencial como ajenos a la profesión médica y, en consecuencia, los cumplirán generalmente de modo espontáneo, sin necesidad de coerción alguna. No obstante, son diversos los inconvenientes que

⁹¹ Dice el juez Schroeder: «The duty of the physician to disclose, however, is limited to those disclosures which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances. How the physician may best discharge his obligation to the patient in this difficult situation involves primarily a question of medical judgement. [...] Conceivably, in a given case as indicated in the opinion, no disclosures to a patient may be justified where such practice, under given facts and circumstances, is established by expert testimony to be in accordance with that of a reasonable medical practitioner under the same or similar circumstances.»

⁹² Sostiene el juez: «There is probably a privilege, on therapeutic grounds, to withhold the specific diagnosis where the disclosure of cancer or some other dread disease would seriously jeopardize the recovery of an unstable, temperamental or severely depressed patient.» Es la primera vez que el *case law* norteamericano se refiere a la posibilidad disponible para el médico de ocultar cierta información al paciente para preservar su salud como un «privilegio» por razones «terapéuticas», sentándose así las bases para su futura denominación como «privilegio terapéutico».

⁹³ Schroeder, J.: «Conceivably, in a given case as indicated in the opinion, no disclosures to a patient may be justified where such practice, under given facts and circumstances, is established by expert testimony to be in accordance with that of a reasonable medical practitioner under the same or similar circumstances.»

contrarrestan tal ventaja y desaconsejan la adopción del criterio del médico razonable.

En primer lugar, este estándar plantea una ingente dificultad en la determinación de la praxis común en la comunidad médica con relación al cumplimiento de los deberes informativos que incumben al galeno. De esta suerte, a un paciente que acuda ante la Justicia arguyendo su sometimiento a una intervención por él consentida, pero sin recibir previamente información sobre sus riesgos, le correspondería el *onus probandi* de que la práctica médica habitual consiste en informar al paciente de los riesgos ocultados en el caso presente, para cuya acreditación habría de acudir a la prueba pericial. En otros términos, el paciente tendría que encontrar a un médico que emitiera un informe pericial expresando un parecer contrario al actuar de un compañero, lo que constituye un atolladero probatorio prácticamente insalvable para el paciente⁹⁴.

Otra dificultad que conlleva el estándar del médico razonable es la posible inexistencia entre la comunidad médica de un hábito en materia informativa. Esto es, si a la comunidad médica corresponde concretar la cantidad de información que el galeno debe transmitir al paciente, es la propia comunidad médica la que se «autoimpone» (o no) el deber de informar al paciente; o, más correctamente, es el *case law* el que impone a los médicos el deber de informar al paciente, pero es la comunidad médica la que dota de contenido a dicho deber, determinando qué información en concreto debe proporcionarse al pa-

⁹⁴ Como señala el juez Spaulding, de la *Superior Court of Pennsylvania*, en el asunto *Cooper v. Roberts. Cooper v. Cohen*, 220 Pa. Superior Ct. 260 (1971) (*Superior Court of Pennsylvania*, 13.12.1971): «as a practical matter, we must consider the plaintiff's difficulty in finding a physician who would breach the «community of silence» by testifying against the interest of one of his professional colleagues.» Esta dificultad se suavizaría permitiendo al paciente acudir a un perito que ejerciera en una localidad distinta de aquella en la que desempeña su trabajo el médico demandado. Sin embargo, en la década de los sesenta y setenta del siglo XX, los tribunales mayoritariamente exigen la conocida como «locality rule» (Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent... op. cit.*, p. 47), conforme a la cual los expertos que actúen en un juicio como peritos para determinar el patrón de diligencia o información en el ámbito sanitario, al regir el estándar de la práctica médica, deben conocer la praxis médica habitual en la localidad donde ejerce su profesión el médico demandado. Esto complica sobremanera la posibilidad de acudir a un perito extranjero, habida cuenta de que el escaso desarrollo de los medios de comunicación y de transporte hace poco menos que imposible el conocimiento por un facultativo de la práctica médica habitual en una localidad distinta de aquella en la que éste ejerce. Ante esta dificultad, conocida por los tribunales, el *case law* propone una solución para los supuestos en que el daño denota *per se* negligencia por parte de los facultativos, a saber, la doctrina de la *res ipsa loquitur*, como bien se refleja en las palabras del juez Chantry, de la *Court of Appeals of California*, en el asunto *Bernard Berkey v. Frank M. Anderson*, 3d 790 [82 Cal. Rptr. 67] (*Court of Appeals of California*, 18.11.1969): «The courts have pointed out that by reason of the unwillingness of persons in the medical profession to testify against each other, a party may be denied relief even in cases where «it reasonably appears that the uncommon complication was probably the result of negligence.» unless he can rely on *res ipsa loquitur*. *Belshaw v. Feinstein*, 258 Cal. App. 2d 711, 720 [65 Cal. Rptr. 788]; *Salgo v. Leland Stanford etc. Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 568 [317 P.2d 170].»

ciente e, incluso, pudiendo llegar a relegar el derecho a la información del paciente a una mera formalidad si la práctica médica habitual consiste en omitir por completo al paciente su información asistencial⁹⁵. No hemos de olvidar que estamos en la década de los sesenta del siglo xx, que durante siglos ha imperado una Medicina de carácter marcadamente paternalista y que sólo desde principios del siglo xx comienzan los tribunales a exigir la información al paciente como requisito previo a la prestación de su consentimiento, en un primer momento de un modo muy incipiente y, progresivamente, afirmando los deberes informativos del médico con mayor vehemencia y alcance. Como podemos deducir, en este contexto no es impensable que haya localidades en las cuáles los deberes informativos del médico no formen parte de la práctica médica habitual, o que lo hagan con un escaso radio de acción, afectando únicamente a la naturaleza de la intervención, pero no a los riesgos y consecuencias que la misma conlleva. En definitiva, en estas localidades, el reconocimiento al paciente del derecho a la información asistencial no constituye más que una mera formalidad sin consecuencia alguna en la práctica⁹⁶.

Finalmente, es posible que la práctica médica habitual comprenda el deber informativo del médico, pero no abarque cierta información que el paciente reputaría material para la toma de una decisión relativa a su salud. Dicho de otro modo, al ser la propia comunidad médica la que determina, conforme a un juicio estrictamente médico, el *quantum* informativo, es posible que el deber de información del médico abarque ciertos riesgos que el paciente no conside-

⁹⁵ En este sentido se pronuncian Beauchamp y Childress al afirmar, respecto del estándar de la práctica médica, que «if custom alone were conclusive, pervasive negligence could be perpetuated with impunity. The majority of professionals could offer the same inadequate level of information» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 126).

⁹⁶ Consciente del impedimento que, en el sentido referido, presenta el estándar de la práctica médica, se opone al mismo abiertamente el juez Chantry, de la *Court of Appeals of California*, en el asunto *Bernard Berkey v. Frank M. Anderson*, 3d 790 [82 Cal. Rptr. 67] (*Court of Appeals of California*, 18.11.1969): «We cannot agree that the matter of informed consent must be determined on the basis of medical testimony any more than that expert testimony of the standard practice is determinative in any other case involving a fiduciary relationship. We agree with appellant that a physician's duty to disclose is not governed by the standard practice of the physicians' community, but is a duty imposed by law which governs his conduct in the same manner as others in a similar fiduciary relationship. To hold otherwise would permit the medical profession to determine its own responsibilities to the patients in a matter of considerable public interest.» Abundando en esta línea, postula el juez Robinson, en el asunto *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, 464.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972) (*District of Columbia Court of Appeals*, 19.5.1972): «There are, in our view, formidable obstacles to acceptance of the notion that the physician's obligation to disclose is either germinated or limited by medical practice. To begin with, the reality of any discernible custom reflecting a professional consensus on communication of option and risk information to patients is open to serious doubt. We sense the danger that what in fact is no custom at all may be taken as an affirmative custom to maintain silence [...]. Respect for the patient's right of self-determination on particular therapy demands a standard set by law for physicians rather than one which physicians may or may not impose upon themselves.»

ra relevantes para decidir si consiente o rechaza la intervención propuesta y, por el contrario, excluya otros peligros anejos igualmente a la actuación médica indicada cuyo conocimiento, por motivos de cualquier índole (personales, profesionales...), el paciente considera esencial para prestar su consentimiento, vaciando de contenido el derecho a la autodeterminación reconocido al paciente por el *case law*⁹⁷.

En suma, el estándar del médico razonable presenta un marcado cariz paternalista, pues presume que el galeno es el que ostenta mejor posición para delimitar la información que debe proporcionarse al paciente a fin de que pueda adoptar una determinada decisión relativa a su salud. Sin embargo, pese a que el médico determine el *quantum* informativo en atención al, a su entender, mejor interés del paciente, estaría relegando su autonomía a una mera formalidad si no le suministra la información que *el concreto paciente* estimaría material para la toma de tal decisión⁹⁸.

3.3.4.2 *Estándar de información de la persona o paciente razonable*

Ante las críticas suscitadas por el estándar del médico razonable, los tribunales norteamericanos proponen un nuevo criterio de información, a saber, el estándar de la persona razonable o paciente razonable (también llamado *informed consent doctrine*⁹⁹), conforme al cual el médico debe proporcionar al paciente la información que una persona razonable en su misma o similar situación reputaría material para adoptar una decisión relativa a su salud¹⁰⁰. Así,

⁹⁷ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of...* op. cit., p. 126.

⁹⁸ Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for...* op. cit., p. 36.

⁹⁹ Con el fin de evitar confusiones innecesarias, debemos diferenciar nítidamente el consentimiento informado entendido como derecho del paciente a decidir, tras recibir la debida información, si consiente o rechaza una determinada intervención o tratamiento médico, de aquella otra acepción del consentimiento informado como estándar para determinar la cantidad y calidad de la información que ha de recibir el paciente como requisito de validez de su consentimiento a una actuación médica.

¹⁰⁰ Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for...* op. cit., p. 40. La doctrina del *informed consent* es definida por Lewis como aquel criterio informativo en virtud del cual «a risk is required to be disclosed when a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to forgo the proposed therapy» (Lewis, Charles J., *Clinical negligence...* op. cit., p. 369). Éste es el criterio adoptado para la determinación del *quantum* informativo por el *case law* canadiense. Por todos, cabe citar los pronunciamientos adoptados en *Hopp v. Leep*, [1980] 2 S. C. R. 192 (*Supreme Court of Canada*, 20.5.1980); *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S. C. R. 880 (*Supreme Court of Canada*, 7.10.1980); *Videto v. Kennedy*, 125 D. L. R. (3d) 127 (*Ontario Court of Appeal*, 24.8.1981); *White v. Turner*, (1982) 120 D. L. R. (3d) 269 (*Ontario Court of Appeal*, 14.5.1982); *Casey v. Provan*, 11 D. L. R. 798 (*Ontario High Court of Justice*, 13.7.1984); *Ferguson v. Hamilton Civic Hospitals*, 50 O. R. (2d) 754 (*Ontario Court of Appeal*, 27.5.1985); *Haughian v. Paine*, 37 D. L. R. (4th) 624 (*Court of Appeal for Saskatchewan*, 2.4.1987); *Kitchen v. McMullen*, 62 D. L. R. (4th) 481 (*Court of Appeal of New Brunswick*, 13.9.1989) y *Ciarlariello v.*

el *quantum* informativo viene delimitado por el derecho a la autodeterminación de un hipotético paciente razonable que se halle en iguales o similares circunstancias que el concreto paciente que ha de decidir¹⁰¹. Éste es el criterio sostenido por el juez Spaulding, de la *Superior Court of Pennsylvania*, en el asunto *Cooper v. Roberts. Cooper v. Cohen*, 220 Pa. Superior Ct. 260 (1971) (*Superior Court of Pennsylvania*, 13.12.1971)¹⁰², según el cual:

«The physician is bound to disclose only those risks which a reasonable man would consider material to his decision whether or not to undergo treatment¹⁰³.»

No obstante, la decisión paradigmática que acoge el estándar del paciente razonable es la dictada por la *District of Columbia Court of Appeals* en el asunto *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, 464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972) (*District of Columbia*

Schacter, 100 D. L. R. (4th) 609 (*Supreme Court of Canada*, 22.4.1993). Igualmente, adoptan los tribunales irlandeses el estándar informativo del paciente razonable, pudiendo citarse como exponente la decisión de la *Supreme Court of Ireland* en el asunto *Fitzpatrick v. White*, [2007] IESC 51 (*Supreme Court of Ireland*, 15.11.2007).

¹⁰¹ Conforme a este criterio, la información a proporcionar a un paciente con relación a una intervención quirúrgica, verbigracia, para corregir una fractura ósea, no es la misma siendo el paciente un traumatólogo de reconocido prestigio que un maestro de colegio, pudiendo presumirse en el primero, por su profesión, unos conocimientos que el segundo no tiene obligación de conocer por razón de su oficio. En igual sentido, puede presumirse un interés mayor en conocer las características de la cicatriz que resulte de una intervención quirúrgica para implantar una prótesis de cadera en un paciente que ejerce profesionalmente como modelo que en uno que trabaja como personal administrativo en un centro de salud. En ambos ejemplos, el contenido de la información asistencial se determina en atención a las necesidades informativas de un hipotético paciente razonable que ejerciera una determinada actividad profesional.

¹⁰² Irene Cooper, de sesenta años de edad, padece una hernia de hiato desde hace unas dos décadas. Tras mostrar una radiografía un tumor sospechoso en el interior de su hernia, el Dr. Roberts le recomienda la práctica de una serie de pruebas al objeto de determinar la naturaleza de dicho nódulo, firmando la Sra. Cooper un documento por el que autoriza al Dr. Roberts para practicar tantas pruebas como reputa necesarias y oportunas («blanket consent form»). Se realizan nuevas radiografías y, sobre su base, los Drs. Roberts y Cohen, y el radiólogo del hospital (el *University of Pennsylvania Hospital*) coinciden en la conveniencia de realizar un examen gastroscópico. Los Drs. Roberts y Cohen describen a la paciente la naturaleza de la gastroscopia, pero no los riesgos que tal intervención conlleva, limitándose a afirmar que se trata de un procedimiento sencillo y que su práctica no debería conllevar problema alguno. La Sra. Cooper consiente finalmente la realización del examen gastroscópico, que lleva a cabo el Dr. Cohen. Aproximadamente cinco o seis horas después de ejecutarse la prueba, la paciente comienza a sentirse mal. Tras ser examinada, se observa que, en el desarrollo de la gastroscopia, se ha perforado el estómago de la Sra. Cooper, necesitándose una intervención quirúrgica de urgencia para sellar la perforación. La paciente acciona ante los tribunales contra el Dr. Roberts y el Dr. Cohen al no haberla informado de los riesgos anejos al examen gastroscópico ni de las alternativas médicas disponibles al mismo, sin discutir la diligencia del Dr. Cohen al practicar la intervención.

¹⁰³ El juez Spaulding rechaza el estándar de la profesión médica por vulnerar el derecho a la autodeterminación del paciente, y el estándar subjetivo por imponer al médico una carga excesiva o irrazonable, exigiendo a éste actuar como «a mindreader into the patient's most subjective thoughts or requiring that he disclose every risk lest he be liable for battery.»

Court of Appeals, 19.5.1972)¹⁰⁴, donde, tras negar el deber del médico de informar al paciente de absolutamente todos los riesgos que pueda conllevar el procedimiento propuesto, por muy remotos que sean («full disclosure») ¹⁰⁵, y rechazar los estándares del médico razonable ¹⁰⁶ y subjetivo ¹⁰⁷ para la determinación del *quantum* informativo, sostiene que el médico ha de informar únicamente de los riesgos materiales, definidos éstos como los que

«a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to forego the proposed therapy.»

De esta suerte, el médico ha de informar al paciente sólo de los riesgos a los que una persona razonable atribuiría relevancia para decidir si consiente o rechaza el procedimiento médico propuesto, con lo que sería el derecho a la autodeterminación de un hipotético paciente razonable el que precisaría la cantidad y calidad de la información que debe entregarse al paciente concreto ¹⁰⁸. Ahora bien, este criterio exige la determinación del sujeto al que corresponde *de facto* la concreción del *quantum* informativo, es decir, la identificación del sujeto competente para deslindar qué riesgos estimaría materiales para otorgar el consentimiento informado un paciente razonable, labor que el juez Robinson atribuye al médico responsable de la atención del paciente ¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Jerry W. Canterbury, de diecinueve años de edad, se somete a una laminectomía, practicada por el Dr. Spence, para tratar los fuertes dolores de espalda que padece. Durante el día posterior a la intervención, recuperándose el joven con normalidad en el hospital, siente la necesidad de orinar y, al no haber nadie a su alrededor que pueda prestarle ayuda para llegar al cuarto de baño, Jerry trata de ir sólo, cayendo de la cama. Sólo unas horas después de la caída, el paciente experimenta una parálisis de cintura para abajo, parálisis que puede deberse tanto a la caída como a la propia laminectomía practicada. El joven demanda al Dr. Spence por negligencia en la práctica de la intervención y por ocultarle el riesgo de parálisis inherente a la misma (riesgo cifrado, aproximadamente, en un 1% de los casos). La parálisis sufrida por el joven persiste en 1972, cuando el *District of Columbia Court of Appeals* emite su pronunciamiento.

¹⁰⁵ Declara el Tribunal: «It seems obviously prohibitive and unrealistic to expect physicians to discuss with their patients every risk of proposed treatment –no matter how small or remote– and generally unnecessary from the patient's viewpoint as well.»

¹⁰⁶ *Vid. supra*, nota al pie n. 96.

¹⁰⁷ Pese a admitir que el estándar subjetivo es el más respetuoso con el derecho a la autodeterminación del paciente, el juez Robinson rechaza tal criterio por imponer a los médicos la carga excesiva de tener que averiguar las necesidades de información de sus pacientes.

¹⁰⁸ Asimismo, conforme al pronunciamiento de referencia, quedarían excluidos de la información debida por el médico al paciente los riesgos no conocidos por aquél (siempre que tal desconocimiento no pueda ser calificado de negligente), los conocidos por una persona de sabiduría media (*average sophistication*) y aquéllos de los que el paciente tenga ya conocimiento. Además, el juez Robinson excepciona el deber de información del médico en los supuestos de emergencia (debiendo obtenerse, en la medida de lo posible, el consentimiento de los parientes del paciente) y aquéllos en los que la información conlleve menoscabo para el bienestar del paciente (otorgándose al médico el privilegio de ocultar información por motivos terapéuticos).

¹⁰⁹ Juez Robinson: «Of necessity, the content of the disclosure rests in the first instance with the physician. Ordinarily it is only he who is in position to identify particular dangers; always he must make

Como podemos comprobar, el estándar de la persona o paciente razonable, tal y como es configurado en *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, pese a que se aparta del criterio del médico razonable, acusándolo de paternalista, peca de aquello que censura, puesto que la determinación del *quantum* informativo, siguiendo el criterio del paciente razonable, continuaría en manos de la comunidad médica. No obstante, resulta innegable que el estándar informativo del paciente razonable constituye un avance notable en la protección del derecho a la autodeterminación del paciente con relación al criterio de la comunidad médica.

El estándar del paciente razonable es igualmente sostenido en el asunto *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676 (R. I. 1972) (*Supreme Court of Rhode Island*, 20.10.1972)¹¹⁰, donde el juez Kelleher, de la *Supreme Court of Rhode Island*, tras reproducir la célebre declaración originaria del derecho a la autodeterminación del paciente pronunciada por el juez Cardozo en el caso *Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* y proclamar la información al paciente como requisito esencial y previo a su consentimiento, rechaza el estándar de la práctica médica, sosteniendo que vulnera el derecho a la autodeterminación del paciente¹¹¹ y que, si bien puede resultar apropiado para juzgar las demandas contra profesionales sanitarios por mala praxis en el diagnóstico o tratamiento de una determinada patología, es mucho más difícil su aplicación en sede informativa, pues las necesidades de información pueden variar de un

a judgment, in terms of materiality, as to whether and to what extent revelation to the patient is called for. He cannot know with complete exactitude what the patient would consider important to his decision, but on the basis of his medical training and experience he can sense how the average, reasonable patient expectably would react. Indeed, with knowledge of, or ability to learn, his patient's background and current condition, he is in a position superior to that of most others –attorneys, for example– who are called upon to make judgments on pain of liability in damages for unreasonable miscalculation.»

¹¹⁰ Winifred Wilkinson, de treinta y tres años de edad, comienza a experimentar, en junio de 1951, dolor en sus manos, brazos y piernas. Su médico de cabecera, el Dr. Eugene Gaudet, le recomienda su ingreso en el *Roger Williams General Hospital*, donde se le practica una radiografía de tórax. Tras ser dado de alta, el Dr. Gaudet comunica a la Sra. Wilkinson que, en la radiografía, se observa una «sombra». La paciente ingresa nuevamente en el hospital, donde se le practica otra radiografía de tórax y un examen fluoroscópico. Las pruebas son examinadas por los Drs. Hunt y Vesey, ambos radiólogos, que coinciden en que la paciente padece, probablemente, un linfoma del mediastino o, con menor probabilidad, un tiroides subesternal. Siguiendo las recomendaciones de ambos facultativos, la paciente se somete a un tratamiento de radiaciones que se extiende durante los años 1951 y 1952. De resultados de dicho tratamiento, la Sra. Wilkinson sufre quemaduras en la piel del pecho y de la espalda, debiendo someterse a numerosas operaciones de cirugía plástica y soportando frecuentes y prolongadas hospitalizaciones. La paciente demanda al Dr. Hunt y al Dr. Vesey alegando su negligencia en el diagnóstico de la enfermedad, en la administración de la terapia de radiación y en la obtención de su consentimiento informado para la aplicación del tratamiento.

¹¹¹ Dice el juez: «The keystone of [informed consent doctrine] is every competent adult's right to forego treatment, or even cure, if it entails what for him are intolerable consequences or risks however unwise his sense of values may be in the eyes of the medical profession, or even the community.»

paciente a otro¹¹². De esta suerte, defiende el juez Kelleher que, «in due deference to the patient's right to self determination», es la materialidad del riesgo para un hipotético paciente razonable la que condiciona si el mismo queda abarcado por el deber informativo que incumbe al médico¹¹³.

Por último, destacamos como exponente de la defensa del estándar informativo del paciente razonable la decisión de la *Supreme Court of California* en *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (*Supreme Court of California*, 27.10.1972)¹¹⁴, en la que el tribunal parece alinearse con dicho estándar de información al afirmar Mosk J. (concurriendo con él los demás miembros del Tribunal) que «the test for determining whether a potential peril must be divulged is its materiality to the patient's decision», remitiéndose para la definición de la materialidad del riesgo al asunto *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, donde, como ya hemos señalado, la *District Columbia Court of Appeals* define la materialidad de los riesgos con relación al derecho a la autodeterminación de un hipotético paciente razonable. Concluye Mosk J. advirtiendo que el médico no tiene el deber de informar al paciente cuando éste rechace ser informado o cuando el procedimiento es sencillo y los riesgos que conlleva remotos. Asimismo, en los supuestos en que el facultativo acredite que la información habría producido en un paciente razonable tal estado de alteración que no hubiera sido capaz de sopesar sosegadamente los riesgos de rechazar el tratamiento propuesto, el deber informativo del médico no se extendería más allá de lo requerido por la comunidad médica¹¹⁵.

Desde nuestra perspectiva, el estándar informativo del paciente razonable presenta dos dificultades en esencia. En primer lugar, no existe una definición legal de lo que ha de entenderse por «información material» ni por «persona o paciente razonable», lo que complica sobremanera su aplicación, al imponer a los profesionales sanitarios la necesidad de «project what a rea-

¹¹² Juez Kelleher: «The situations presented require a degree of subjectivity which inhibits the expert from utilizing the required objectivity of judgment Informed Consent in Medical Malpractice.»

¹¹³ Indica el Juez Kelleher: «It is our belief that, in due deference to the patient's right to self determination, a physician is bound to disclose all the known material risks peculiar to the proposed procedure. Materiality may be said to be the significance a reasonable person, in what the physician knows or should know is his patient's position, would attach to the disclosed risk or risks in deciding whether to submit or not to submit to surgery or treatment.»

¹¹⁴ *Vid. supra*, nota al pie n. 63.

¹¹⁵ Literalmente, sostiene Mosk J.: «A disclosure need not be made beyond that required within the medical community when a doctor can prove by a preponderance of the evidence he relied upon facts which would demonstrate to a reasonable man the disclosure would have so seriously upset the patient that the patient would not have been able to dispassionately weigh the risks of refusing to undergo the recommended treatment.»

sonable patient would need to know»¹¹⁶. Consecuencia de lo anterior, la determinación del *quantum* informativo seguiría, en la práctica, en manos de la comunidad médica, pues serían los propios profesionales sanitarios los que, en atención a la tipicidad del riesgo materializado (*id est*, su inherencia al procedimiento prescrito) y de la frecuencia probabilística con la que dicho riesgo se actualiza en la práctica, concretarían la información que una hipotética persona razonable hubiera estimado relevante para la prestación del consentimiento informado.

Pero, en segundo lugar, observamos un evidente problema de fondo en el estándar del paciente razonable, y es que no encontramos argumento alguno para justificar que la información asistencial que debe proporcionar el médico al paciente se deba definir, no en atención a las necesidades informativas del propio paciente, sino por consideración a una hipotética persona razonable. Si, parafraseando al juez Cardozo en el caso *New York Court of Appeals en Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, «[e]very human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body», entendemos que lo razonable es, precisamente, que el paciente pueda decidir una vez que sus necesidades informativas hayan sido satisfechas, incluso aunque dichas necesidades no puedan ser calificadas de razonables *a priori*¹¹⁷.

3.3.4.3 Estándar de información subjetivo

Definidos por el *case law* los estándares informativos del médico y del paciente razonable, en 1979, la *Supreme Court of Oklahoma* resuelve el caso *Norma Jo Scott and Dale M. Scott v. Vance A. Bradford, 1979 OK 165, 606 P.2d 554 (Supreme Court of Oklahoma, 28.11.1979)*¹¹⁸, postulando una solución revolucionaria a la cuestión del *quantum* informativo. En el supuesto enjuiciado, la Sra. Scott y su marido entablan una acción por *medical malpractice* aduciendo una actuación negligente del Dr. Bradford al no informarles, antes de la práctica de una histerectomía, de los riesgos anejos a la interven-

¹¹⁶ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 126.

¹¹⁷ Ésta parece ser la senda seguida por Katz, quien, con referencia al caso *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, afirma: «Since different doctors often approach similar cases in vastly dissimilar ways, why should not equally varying responses by patients be considered «reasonable»? After all, the aim of the doctrine is not to encourage uniformity in medical treatment, but to preserve individual choice. Yet most courts, while doing rhetorical honors to self-determination, have adopted this self-contradictory position» (Katz, Jay, *The silent... op. cit.*, p. 76).

¹¹⁸ *Vid. supra*, nota al pie n. 64.

ción. La *Supreme Court of Oklahoma* se plantea si el Dr. Bradford ha actuado negligentemente en el cumplimiento de sus deberes informativos, veredicto que exige, con carácter previo, dar respuesta a la cuestión del estándar de información exigible a la comunidad médica.

El Tribunal parte del rechazo a los dos criterios de información hasta entonces propuestos por el *case law*. De un lado, rehúsa aplicar el criterio del médico razonable al entender que no se puede condicionar la satisfacción de las necesidades informativas del paciente para el ejercicio de su derecho a la autodeterminación de lo que la comunidad médica considere razonable en una determinada población y momento, pues ello implicaría hacer depender la razonabilidad de la información del lugar y tiempo donde ejerza la Medicina el concreto médico demandado¹¹⁹. En definitiva, la admisión del estándar de la práctica médica equivaldría a reconocer que el alcance del derecho a la información asistencial del paciente y, consecuentemente, la eficacia de su derecho a la autodeterminación, depende de la praxis médica ordinaria en el lugar donde el paciente sea atendido. De otro lado, el Tribunal rechaza el estándar del paciente razonable al considerar que las necesidades informativas a las que hay que atender para determinar el *quantum* de información no son las de un hipotético paciente razonable, sino la del concreto paciente que ha de prestar el consentimiento informado.

Sobre la base de lo anterior, la *Supreme Court of Oklahoma* delimita los elementos en los que se divide el *tort of negligence* ejercitado por el paciente con fundamento en la omisión de su consentimiento informado: el primero, la obligación de informar que incumbe al médico; el segundo, la causalidad, y, el tercero, el daño. A juicio del Tribunal, el *quid* para determinar el *quantum* informativo se halla en el segundo de los elementos enumerados, a saber, la causalidad. De esta forma, para que el incumplimiento por el facultativo de sus deberes en sede de información determine su responsabilidad es necesario que el paciente acredite que existe un nexo de causalidad entre la falta de información y el daño derivado de la intervención o tratamiento realizado sin su consentimiento, nexo de causalidad que, evidentemente, no se aprecia cuando, aun habiendo sido debidamente informado, el paciente hubiera consentido la realización de la

¹¹⁹ Dice Doolin, Justice: «The decision in *Canterbury* recognized the tendency of some jurisdictions to turn this duty on whether it is the custom of physicians practicing in the community to make the particular disclosure to the patient. That court rejected this standard and held the standard measuring performance of the duty of disclosure is conduct which is reasonable under the circumstances: «[We cannot] ignore the fact that to bind disclosure obligations to medical usage is to arrogate the decision on revelation to the physician alone.» We agree. A patient's right to make up his mind whether to undergo treatment should not be delegated to the local medical group. What is reasonable disclosure in one instance may not be reasonable in another.»

actuación médica recomendada¹²⁰. Por tanto, la clave para precisar el *quantum* indemnizatorio se encuentra en el consentimiento, pues éste «is the root of causation»¹²¹. En consecuencia, si el paciente confiesa que habría consentido el tratamiento de haber sido debidamente informado, no puede condenarse al médico por el incumplimiento de sus deberes informativos, con independencia de que el estándar utilizado para delimitar el *quantum* de información sea el de la práctica médica o del paciente razonable. Por el contrario, si el paciente declara que habría rechazado la intervención de haber sido debidamente informado, debe examinarse la credibilidad de sus palabras¹²².

En suma, entendemos que la solución postulada por la *Supreme Court of Oklahoma* en el supuesto de referencia se traduce en lo que sigue: el médico únicamente puede eximirse de responsabilidad cuando haya proporcionado al paciente aquella información que éste (y no un hipotético paciente razonable) consideraría relevante para ejercitar su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, *id est*, para decidir sobre el consentimiento o rechazo a la intervención médico-sanitaria recomendada¹²³. Por el contrario, cuando el facultativo no informa al paciente de un determinado riesgo anejo a la actuación médica propuesta o de una alternativa terapéutica a ella, si de resultas de la actuación llevada a cabo el paciente sufre un daño, éste puede alegar la materialidad de dicho riesgo o alternativa para la prestación del consentimiento informado y que no habría consentido la intervención o tratamiento de haber sido debidamente informado. En tal caso, existiría relación de causalidad entre la falta de información negligente y el daño derivado de la actuación practicada con el consentimiento «desinformado» o «no debidamente informado» del paciente. De este modo, si resulta acreditada la veracidad del testimonio emitido por el paciente, podría condenarse al médico por incumplimiento culposo de sus deberes informativos.

¹²⁰ Afirma Doolin, Justice: «If the patient would have elected to proceed with treatment had he been duly informed of its risks, then the element of causation is missing. In other words, a causal connection exists between physician's breach of the duty to disclose and patient's injury when and only when disclosure of material risks incidental to treatment would have resulted in a decision against it.»

¹²¹ Doolin, Justice: «Decisions discussing informed consent have emphasized the disclosure element but paid scant attention to the consent element of the concept, although this is the root of causation. Language in some decisions suggests the standard to be applied is a subjective one, i.e., whether that particular patient would still have consented to the treatment, reasonable choice or otherwise.»

¹²² Doolin, Justice: «If a plaintiff testifies he would have continued with the proposed treatment had he been adequately informed, the trial is over under either the subjective or objective approach. If he testifies he would not, then the causation problem must be resolved by examining the credibility of plaintiff's testimony. The jury must be instructed that it must find plaintiff would have refused the treatment if he is to prevail.»

¹²³ En todo caso, exceptúa la *Supreme Court of Oklahoma* del deber de información del médico los riesgos que «*either ought to be known by everyone or are already known to the patient.*»

El propio Tribunal se plantea que la solución propuesta podría dejar al médico «at the mercy of a patient's hindsight», esto es, a merced de la declaración que, *a posteriori* (esto es, conociendo ya que de la intervención ha resultado un daño a su integridad física o psíquica), pudiera emitir el paciente sobre su hipotética decisión de haber sido debidamente informado. No obstante, el propio Tribunal responde a la preocupación que pudiera surgir en tal sentido afirmando que el médico siempre tiene una forma de protegerse frente a futuras reclamaciones, a saber, el debido cumplimiento de los deberes informativos que le incumben respecto del paciente pues, «[i]f he does not breach this duty, a causation problem will not arise.»

3.3.4.4 Conclusiones

Del recorrido jurisprudencial expuesto con cierto detalle en el presente apartado, se extrae una conclusión esencial: el debate en torno al *quantum* informativo en el ámbito sanitario se reduce al dilema entre la adopción de un estándar objetivo, en el que la cantidad y calidad de la información asistencial que el médico ha de suministrar al paciente se determina en consideración a la práctica médica o a un hipotético paciente razonable y, en consecuencia, al margen de las necesidades informativas del concreto paciente que está siendo atendido, o, por el contrario, de un estándar subjetivo, «that looks at what this specific patient would consider material in making this decision»¹²⁴. La adopción de un criterio de información subjetivo implica que la insatisfacción de las necesidades informativas de un concreto paciente puede derivar en la responsabilidad del facultativo por negligencia en el cumplimiento de sus deberes de información, siempre que el paciente acredite la existencia de una relación de causalidad entre la falta de información y el daño derivado de la actuación médica realizada sin su consentimiento informado o, en otras palabras, siempre que el paciente declare (y resulte acreditado) que no habría consentido la actuación médico-sanitaria propuesta de haber sido debidamente informado.

La aplicación del estándar subjetivo puede entrañar una ingente dificultad en la práctica, pues, parafraseando a Beauchamp y Childress:

«patients often do not know what information is relevant for their deliberations, and we cannot reasonably expect a doctor to do an exhaustive background and character analysis of each patient to determine the relevant information»¹²⁵.

¹²⁴ Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for... op. cit.*, p. 40.

¹²⁵ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 127.

Bajo nuestro punto de vista, el acogimiento de un estándar subjetivo de información conllevaría en la práctica la obligación para el galeno de profundizar en las necesidades informativas del concreto paciente que está atendiendo, lo que eleva la necesidad de que médico y paciente mantengan un diálogo detenido, algo que se antoja muy difícil actualmente, cuando la práctica profesional se caracteriza por la masificación y la consiguiente escasez de tiempo de que disponen los facultativos para atender a sus pacientes, lo que repercute directamente en la reducción a mínimos de la relación interpersonal entre ambos¹²⁶. Sin embargo, ¿no es precisamente ésa, a saber, la satisfacción de las necesidades informativas del concreto paciente, la base de la eficacia de su derecho a la autodeterminación? A nuestro parecer, resulta fundamental que, para que el paciente pueda ejercitar su derecho a la autodeterminación de modo efectivo, sus necesidades informativas sean satisfechas, incluso aunque las mismas no se correspondan con lo que la comunidad médica o un hipotético paciente razonable pudieran reputar relevantes en aras de adoptar una decisión sanitaria. Así, ante la eventualidad de tener que someterse a una intervención del túnel carpiano, un artista dedicado a pintar cuadros, con toda probabilidad, considerará material para decidir si consiente o rechaza la cirugía propuesta el riesgo de sufrir, de resultas de la misma, un ligero temblor en la mano intervenida, riesgo que, muy probablemente, no presentará tal materialidad para otro paciente dedicado profesionalmente a la enseñanza. La adopción de un estándar de información objetivo conllevaría, en la generalidad de los casos, la desatención de las necesidades informativas «especiales» que pudieran presentar pacientes concretos por motivos profesionales, personales o, simplemente, por «antojo» o «curiosidad», y la consiguiente ineffectividad en la práctica del derecho a la autodeterminación que tienen reconocido en el ámbito sanitario¹²⁷. En

¹²⁶ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 306.

¹²⁷ La satisfacción de dichas especiales necesidades informativas tampoco quedaría garantizada determinándose el *quantum* informativo conforme al estándar «mixto» adoptado por los tribunales en Australia. En efecto, el *case law* australiano se decanta por la configuración de un criterio a medio camino entre los estándares del paciente razonable y subjetivo, conforme al cual el paciente ha de recibir información, no únicamente sobre los riesgos que es probable que un paciente razonable reputa materiales para decidir sobre el procedimiento propuesto, sino también sobre aquellos otros que el médico sabe (o debería saber), que el paciente concreto que está siendo atendido considera relevantes para prestar el consentimiento informado. Este criterio, que bien podría denominarse «estándar cualificado del paciente razonable», es adoptado en los asuntos *Rogers v. Whitaker*, [1992] HCA 58 (*High Court of Australia* 19.11.1992); *Chappel v. Hart*, [1998] HCA 55 (*High Court of Australia*, 2.9.1998); *Naxakis v. Western General Hospital*, (1999) 197 CLR 269 (*High Court of Australia*, 13.5.1999) y *Rosenberg v. Percival*, [2001] HCA 18 (*High Court of Australia*, 5.4.2001). Especial interés suscita la evolución del estándar de información sobre riesgos en el Reino Unido, pudiendo distinguirse cinco hitos fundamentales. En primer lugar, la formulación clásica del estándar de información en el Reino Unido, enunciada en *Bolam v. Friern Hospital*

definitiva, la materialidad del riesgo, y la consiguiente exigencia de su información, debería determinarse *ad hoc*, respecto de cada paciente en concreto, y no en virtud de la práctica médica en un momento y lugar determinado o por referencia a un hipotético paciente razonable que no tiene por qué compartir los valores, intereses, necesidades o preocupaciones del concreto paciente que tiene que decidir¹²⁸.

Management Committee, [1957] 2 All E. R. 118 (High Court of Justice, 26.2.1957) por McNair J., quien entiende que, en las actividades cuya realización requiere de una habilidad especial (como lo es la profesión sanitaria), la negligencia del agente ha de calibrarse sobre la base del «standard of the ordinal skilled man exercising and professing to have that special skill», lo que implica la adopción del estándar de la práctica médica (conocido por ello como *Bolam test*), cuya aplicación como criterio de diligencia en sede específicamente de información es confirmada en *Chatterton v. Gerson and another*, [1981] 1 All ER 257 (High Court of Justice, 31.1.1980) y *Hills v. Potter and another*, [1984] 1 W. L. R. 641 (High Court of Justice, 18.5.1983). Segundo, con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others*, [1985] 1 A. C. 871 (House of Lords, 21.2.1985), la House of Lords cualifica el *Bolam test* legitimando al juez para condenar la ocultación de un riesgo de gran relevancia para que el paciente pueda adoptar una decisión razonable, al margen de la posible existencia de un cuerpo de opinión médica favorable al silenciamiento de tal riesgo y de que su inadvertencia no sea condenada por cuerpo de opinión alguno; esta cualificación del estándar informativo es confirmada en *Thake v. Maurice*, [1986] 1 Q. B. 644 (Court of Appeal, 11.12.1985); *Blyth v. Bloomsbury Health Authority*, *The Times* 24 May 1985 (Court of Appeal, 5.2.1987) y *Gold v. Haringey Health Authority*, [1988] 1 Q. B. 481 (Court of Appeal, 14.4.1987). Tercero, en *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*, [1988] A. C. 232 (House of Lords, 13.11.1997) la House of Lords vuelve a cualificar el *Bolam test*, permitiendo al juez declarar negligente la conducta de un profesional sanitario (verbigracia, el silenciamiento de un determinado riesgo) cuando no supere un juicio lógico, pese a tratarse de una práctica aceptada por la comunidad médica. En cuarto lugar, sólo un año después de la recualificación del *Bolam test* en *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*, la Court of Appeal adopta el estándar de información del paciente razonable en *Pearce and Another v. United Bristol Healthcare NHS Trust*, [1999] E. C. C. 167 (Court of Appeal, 20.5.1998), al postular que el médico debe informar al paciente de los riesgos significativos, definidos éstos como los que afectarían a la decisión de un paciente razonable; este criterio es reiterado en *Chester v. Afshar*, [2004] UKHL 41 (House of Lords, 14.10.2004). En quinto y último lugar, la UK Supreme Court establece, en *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, [2015] UKSC 11 (UK Supreme Court, 11.3.2015), un estándar mixto al estilo del adoptado por los tribunales australianos, marcando «the final stage of the UK court's transition from the professional standard to the prudent patient standard» (Edozien, Leroy C., «UK law on consent finally embraces the prudent patient standard. But it will take much more to change clinical practice», *BMJ*, 350, 28 de mayo de 2015, p. 1). De esta suerte, el estándar de información en el Reino Unido ha evolucionado desde el *medical standard*, pasando por diversos endurecimientos de éste y por un criterio puro del paciente razonable, hasta un estándar cualificado del paciente razonable; empero, coincidimos con Viguri Perea en que «habrá que esperar algún tiempo antes de poder llegar a conocer si, efectivamente, este tránsito del standard profesional al criterio favorable al paciente razonable/prudente se deja traslucir en la práctica de la medicina en el Reino Unido» (Viguri Perea, Agustín, *Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria. Las negligencias médicas y el consentimiento informado en el Derecho español y norteamericano*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 148). Para un análisis en profundidad, *vid.* Cadenas Osuna, Davinia, «El estándar...» *op. cit.*, pp. 22-33. En todo caso, el que hemos dado en llamar «estándar cualificado del paciente razonable», sea en la versión australiana o británica, no garantiza la información sobre los riesgos que el concreto paciente estime significativos para otorgar el consentimiento informado cuando el profesional sanitario desconozca dicha materialidad.

¹²⁸ Suscribimos plenamente las palabras de Faden y Beauchamp cuando afirman que «the «materiality» of a piece of information in the reasonable person standard is central to the question of whether it must be disclosed. However, materiality is determined by reference to a hypothetical «objective» reasonable person, without regard to the interests, values or concerns of the particular patient of subject in ques-

En todo caso, en los años subsiguientes, el estándar de información adoptado mayoritariamente en sede jurisprudencial y normativa en Norteamérica continúa siendo el de la práctica médica, ante la falta de preparación de los jueces y legisladores para responder a las complejas cuestiones que la determinación del *quantum* informativo con relación a un paciente (sea hipotético o concreto) les plantea:

«What are the risks and benefits of the proposed treatment and of no treatment? Which ones did physicians have to be aware of? How much are they required to know about them? Which ones are they required to disclose?¹²⁹»

La consecuencia más inmediata que emerge de la adopción del estándar informativo del médico razonable se nos antoja evidente y es cristalizada magistralmente por Katz en los términos que siguen:

«The legal vision of informed consent, based on *self-determination*, is still largely a mirage. Yet a mirage, since it not only deceives but also can sustain hope, is better than no vision at all¹³⁰.»

3.4 Positivación del derecho a la autodeterminación del paciente

El reconocimiento progresivo del derecho a la autodeterminación de los pacientes en el ámbito sanitario, en general, y del derecho al consentimiento informado como principal exponente de su autonomía en sede sanitaria, en particular, se acompaña de la plasmación de los derechos del paciente en una multiplicidad de textos de diverso alcance (norteamericanos en unos casos, internacionales en otros) y variado enfoque (jurídico o deontológico). Las líneas que siguen las dedicamos a pasear por aquellos textos que revisten mayor relevancia.

De modo ineludible, nuestra marcha debe comenzar por el denominado *Código de Núremberg*, tan venerado en el ámbito de la investigación biomédica. Este Código se integra en el veredicto dictado por el *American Military Tribunal of Nuremberg* (constituido con motivo de las pesquisas realizadas sobre los crímenes cometidos en el «Instituto de Frankfurt para la Higiene

tion. Thus, again, the disclosed information may fail to contain some or all of the information material to the person from whom consent is being sought» (Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, pp. 305-306).

¹²⁹ Katz, J ay, *The silent... op. cit.*, p. 82.

¹³⁰ Katz, J ay, *The silent... op. cit.*, p. 84.

Racial» y en los campos de concentración y exterminio regidos por la Alemania nazi) el 19 de agosto de 1947, en el asunto *United States of America v. Karl Brand et al.*, en el que se juzga a diversos médicos envueltos en las investigaciones biomédicas impulsadas por el partido nacionalsocialista durante el *Tercer Reich* alemán¹³¹. En el veredicto por el que se resuelve el supuesto enjuiciado, concretamente en la sección rubricada *Permissible Medical Experiments*, el Tribunal contempla diez principios de cuyo cumplimiento se hace depender la legitimidad de la investigación biomédica desarrollada. En la elaboración de tales principios, el Tribunal se inspira en los estándares éticos propuestos por los Drs. Leo T. Alexander y Andrew Ivy, que actúan como peritos en el procedimiento.

Precisamente, el primero de los principios éticos que conforman el *Código de Núremberg* exige, como requisito de licitud de la investigación biomédica, el consentimiento voluntario del sujeto experimental (*experimental subject*):

«The voluntary consent of the human subjects is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, over-reaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved as to enable him to make an understanding and enlightened decision. This latter element requires that before the acceptance of an affirmative decision by the experimental subject there should be made known to him the nature, duration, and purpose of the experiment; the method and means by which it is to be conducted; all inconveniences and hazards reasonably to be expected; and the effects upon his health or person which may possibly come from his participation in the experiment.»

Como vemos, a los efectos del Código, no todo consentimiento prestado por el sujeto experimental legitima la investigación desarrollada sobre su cuerpo, debiendo tratarse de un consentimiento «voluntary, competent, informed, and comprehending»¹³². De esta suerte, el *Código de Núremberg* revoluciona la investigación biomédica, constituyendo una aproximación incipiente a la

¹³¹ Resulta sorprendente, cuando menos, que mientras los Estados Unidos procesan a médicos nazis por crímenes contra la humanidad, el Gobierno estadounidense continúe financiando experimentaciones con seres humanos tan deleznable como las investigaciones de la sífilis desarrolladas en Guatemala o el *Tuskegee Syphilis Study* (Siegler, Mark, *Las Tres Edades de la Medicina y la Relación Médico-Paciente. Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, 26, Fundació Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2011, p. 33).

¹³² Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 155.

problemática suscitada por los posibles abusos que sobre las personas podría acometer la ciencia¹³³, cuestión en la actualidad abordada por la Bioética.

Pese a su indudable, meritoria y reconocida trascendencia en sede de investigación biomédica, el *Código de Núremberg* se enfrenta a un obstáculo de prominente envergadura en su aplicación, pues, al proceder de un Tribunal con competencia para perseguir crímenes de guerra, y no para imponer estándares éticos en el ámbito de la experimentación con seres humanos, los principios contenidos en el Código no resultan de obligado cumplimiento conforme a la legislación interna de los distintos Estados. No obstante, el *Código de Núremberg* ejerce una notable influencia en la investigación biomédica a través de los códigos éticos sucesivos y declaraciones de la *World Medical Association* que miran al Código como un paradigma en el que encontrar inspiración¹³⁴, pudiendo destacarse en este sentido la *Declaración de Helsinki*, a la que llegamos pronto en nuestro recorrido.

En 1948, la *World Medical Association* adopta, en su 2nd *General Assembly*, la *Declaration of Geneva (Declaración de Ginebra)*, que constituye una actualización del *Juramento Hipocrático* y que recoge una serie de patrones éticos dirigidos a la comunidad médica en general, y no únicamente a aquellos profesionales actuantes dentro del perímetro de la experimentación con seres humanos. No obstante, la referida Declaración no contiene alusión alguna al deber ético del médico de informar al paciente y obtener su consentimiento previamente a la ejecución de cualquier actuación en el ámbito de su salud, mención tampoco contenida en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de carácter meramente orientativo, aprobada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la *Asamblea General de Naciones Unidas*, de 10 de diciembre, también de 1948¹³⁵.

Al año siguiente, la *World Medical Association* aprueba, en su 3rd *General Assembly*, el *International Code of Medical Ethics*, que, en su redacción

¹³³ Pfeiffer, María Luisa, «Bioética y...» *op. cit.*, p. 79.

¹³⁴ Dice el *Informe Belmont*, elaborado por *The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*: «This code became the prototype of many later codes intended to assure that research involving human subjects would be carried out in an ethical manner.»

¹³⁵ En la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se afirma abiertamente que, en su elaboración, se tienen en cuenta las atrocidades cometidas con absoluto desdén de los derechos humanos, y no nos cabe duda alguna de que especialmente en consideración se toman los abusos cometidos por los médicos que desarrollan las experimentaciones con seres humanos impulsadas por el régimen nacionalsocialista. Literalmente, afirma la Declaración: «Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.»

originaria, tampoco contiene mención al deber ético del profesional sanitario de respetar las decisiones del paciente en ejercicio de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, deber que se incorpora en la nueva redacción que le otorga, en el año 2006, la 57th *General Assembly* de la *World Medical Association*¹³⁶. Resulta, cuando menos, sorprendente que la *World Medical Association* no reconozca hasta hace poco más de una década al consentimiento informado del paciente como uno de los principios éticos fundamentales que deben regir la relación asistencial.

Con estos antecedentes se aprueba, en 1964, el que, pese a no tener carácter de norma jurídico-vinculante, constituye el texto fundamental en materia de ética en la investigación médica, a saber, la *Declaration of Recommendations Guiding Medical Doctors in Biomedical Research*, cuyo nombre actual es *Declaration of Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, si bien es comúnmente conocida como *Declaration of Helsinki* (*Declaración de Helsinki*), tomando el nombre de la ciudad donde se adopta. Este documento desarrolla los principios contenidos en el *Código de Núremberg* y los conjuga con las pautas éticas recogidas en la *Declaración de Ginebra*, resultando en una relación de principios éticos aplicables a la experimentación con seres humanos, que constituyen el primer código «interno» de ética aplicable a la investigación biomédica¹³⁷.

La *Declaración de Helsinki* es sometida a siete enmiendas desde el momento de su aprobación, la última de ellas introducida por la 64th *General Assembly* de la *World Medical Association*, celebrada en Fortaleza (Brasil). Estas enmiendas no sólo afectan a su extensión (que se ha visto ampliada desde los once párrafos originales hasta los treinta y siete actuales), sino que han incidido ostensiblemente en el contenido de la Declaración, existiendo notables diferencias de fondo entre las redacciones original y vigente, de entre las que destacamos la que sigue, por ser la que mayor relevancia manifiesta a los efectos del consentimiento informado. La *Declaración de Helsinki*, en su redacción original, de 1964, distingue entre la investigación terapéutica, que conlleva beneficios directos para el sujeto experimental, y la investigación no terapéutica, que persigue únicamente el conocimiento científico. Esta diferenciación, objeto de crítica por un sector doctrinal que considera que toda inves-

¹³⁶ Dice el Código, en su redacción vigente: «A PHYSICIAN SHALL respect a competent patient's right to accept or refuse treatment.»

¹³⁷ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 157: «Whatever its shortcomings, the Declaration will be remembered as a foundational document in the history of research ethics and the first significant stab at self-regulation internal to medical research itself. Without undue artificiality, it can be said that Nuremberg was the first code prescribed for medicine externally by a court system and Helsinki the first code prescribed internally by a professional body in medicine.»

tigación biomédica sirve al conocimiento científico generalizable y no al beneficio individual del sujeto experimental (aunque éste pueda resultar «secundariamente beneficiado»¹³⁸), no es baladí, pues, mientras que la experimentación no terapéutica en seres humanos, según la Declaración, no puede realizarse sin el consentimiento libre y lúcido del sujeto experimental (o de su representante legal en caso de que aquél sea legalmente incapaz)¹³⁹, en el ámbito de la experimentación terapéutica se permite al médico cierto margen de discrecionalidad al decidir si solicita el consentimiento del paciente o de su representante legal previamente al inicio del ensayo¹⁴⁰. Esta distinción, de tan honda repercusión en sede de consentimiento informado, es suprimida en la enmienda introducida por la 54th *General Assembly* de la *World Medical Association*, celebrada en Edimburgo (Escocia), de suerte que, desde entonces, la Declaración exige al médico la obtención del consentimiento del paciente (o de su representante legal, en su caso) como requisito previo a toda investigación, tenga o no carácter terapéutico (aclaración a considerar, evidentemente, siempre que se admita tal distinción).

El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba, por Resolución 2200 A (XXI), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuya entrada en vigor tiene lugar una década después. Ambos Pactos, que comparten la naturaleza de los tratados internacionales (jurídicamente vinculantes, en consecuencia), constituyen, junto a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la *Carta Internacional de Derechos Humanos*. En lo que nos interesa a los efectos de nuestra obra, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su artículo séptimo, exige el consentimiento libre de todo sujeto como requisito previo a su sometimiento a experimentos médicos o científico¹⁴¹.

Grosso modo, éste es el contexto en el que nos encontramos en 1970: una Medicina que se tecnifica a una velocidad vertiginosa y una sociedad progresivamente preocupada por el respeto de los derechos humanos de los pacientes

¹³⁸ De Abajo Iglesias, Francisco José, «La Declaración de Helsinki VI: una revisión necesaria, pero ¿suficiente?» *Revista Española de Salud Pública*, vol. 75, n. 5, 2001, p. 410.

¹³⁹ Dice la Declaración: «La experimentación en un ser humano no puede ser realizada sin el consentimiento libre y lúcido del sujeto, y si éste es legalmente incapaz, debe obtenerse el permiso de su representante legal.»

¹⁴⁰ Establece la Declaración: «En lo posible y de acuerdo con la psicología del paciente, el médico debe obtener el consentimiento libre y esclarecido del paciente y en caso de incapacidad legal, obtener el de su representante legal. En caso de incapacidad física, el permiso del representante legal sustituye el del paciente.»

¹⁴¹ Dice el Pacto: «Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»

y sujetos experimentales en el ámbito asistencial y de la investigación biomédica, respectivamente, preocupación que se pretende diluir a golpe de pronunciamientos judiciales y textos normativos de índole tanto jurídica como deontológica. Y es en dicho año, en 1970, cuando el profesor de oncología de la Universidad de Wisconsin y Doctor en Bioquímica, Van Rensselaer Potter, emplea¹⁴² el término Bioética en su artículo *Bioethics: the Science of Survival*¹⁴³, que, al año siguiente, se convierte en el primer capítulo de su obra *Bioethics: Bridge to the Future*¹⁴⁴. En dichas obras, Potter «soñaba con una *bioética global*», como disciplina a través de la cual proporcionar una nueva base moral a las relaciones del hombre con la naturaleza a fin de garantizar la supervivencia de los ecosistemas y, con ello, de la propia especie humana¹⁴⁵, sirviendo la Bioética como puente entre las ciencias humanísticas y las naturales¹⁴⁶. En este sentido «global», la Bioética puede definirse, tomando en préstamo las palabras de Oliva Blázquez, como «un marco de reflexión multidisciplinar, plural, flexible y civil que sirve para orientar a la sociedad en la toma de decisiones especialmente conflictivas»¹⁴⁷. Ambas aproximaciones, tanto la originaria de Potter como la de Oliva Blázquez, responden a la definición etimológica del vocablo Bioética como ética (*ethos*) de la vida (*bios*). Sin embargo, es en el ámbito de la Medicina donde el debate bioético ha despertado un mayor interés, fundamentalmente a partir de la obra de Hellegers, médico holandés que, sólo unos meses después de que Potter publique las referidas obras, funda el *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* (actual *Kennedy Institute of Bioethics*) en la Universidad de Georgetown, dedicado a la reflexión sobre las cuestiones biomédicas, esto es, lo que posteriormente se ha conocido como «Ética médica». A partir de entonces, asistimos a una progresiva «medicalización» de la Bioética, que se obser-

¹⁴² Utilizamos el término «emplea», y no «acuña» porque, si bien tradicionalmente se atribuye a Potter la formulación del término Bioética (*Bioethics*), se ha comprobado que es el pastor protestante alemán Jahr el que acuña el neologismo *Bio-Ethik* en 1927, en su editorial *Bio-Ethik Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanz* (*Bioética: una panorámica sobre la relación ética del hombre con los animales y las plantas*), que se publica en la revista *Kosmos* (dedicada a las ciencias naturales) y donde se presenta un concepto de Bioética, con una notable influencia kantiana, como «imperativo bioético»: «Respetar por principio a cada ser viviente como un fin en sí mismo y trátalo, de ser posible, como a un igual». De este modo, Jahr postula un concepto de Bioética que posibilite la protección de la vida, no sólo humana, sino en todas sus formas.

¹⁴³ Potter, van Rensselaer, «Bioethics: the Science of Survival», *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 14, n. 1, 1970, pp. 127-153.

¹⁴⁴ Potter, van Rensselaer, *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971.

¹⁴⁵ Aparisi Miralles, Ángela, «Bioética, Bioderecho y Biojurídica (reflexiones desde la filosofía del derecho)», *Anuario de filosofía del derecho*, n. 24, 2007, p. 69.

¹⁴⁶ Oliva Blázquez, Francisco, «Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI», *Teoría y Derecho*, n. 2, 2007, p. 143.

¹⁴⁷ Oliva Blázquez, Francisco, «Bioética y...» *op. cit.*, p. 145.

va nítidamente en la mayoría de las definiciones que de la disciplina nos proporciona la doctrina, restringiéndola al ámbito de la ciencia médica, donde la Bioética sería aquella disciplina encargada de abordar las cuestiones éticas que surgen en la práctica médica¹⁴⁸. En otros términos, adaptando la definición transcrita de Oliva Blázquez al ámbito estrictamente de la ciencia médica, la Bioética constituye el marco de reflexión transdisciplinar, plural, flexible y civil que sirve para orientar a la comunidad médica en la adopción de decisiones que entrañan una problemática ética particularmente compleja; dicho de otro modo, la Bioética no es una disciplina autónoma, sino, emulando a Potter, el «puente» que comunica las distintas disciplinas que participan en la reflexión sobre la problemática planteada por la aplicación de los avances biomédicos a la salud humana. En muchos de los supuestos, la intervención de la Bioética es requerida para la reflexión sobre los avances biomédicos, cuya aplicación en la práctica plantea, en numerosas ocasiones, interrogantes éticos de difícil solución, pues, como afirma Cambrón Infante, la Biomedicina no sólo «ofrece las nuevas técnicas sanitarias para curar y prevenir patologías, [sino] también [...] para corregir «defectos» físicos y genéticos y para satisfacer deseos individuales de acuerdo con las formas de vida consumistas de las sociedades del Norte»¹⁴⁹. Estas situaciones, absolutamente frecuentes actualmente en la práctica médica, oscilan desde la interrupción de la hidratación y alimentación artificiales en un paciente en estado clínico de coma irreversible¹⁵⁰ hasta el respeto de la negativa de un paciente menor de edad a someterse a una intervención o tratamiento vital, pasando por cuestiones relativas al aborto, eutanasia, trasplantes, experimentación con seres humanos, investigación con células madre, gestación por sustitución... En la adopción de estas

¹⁴⁸ Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for... op. cit.*, p. 11. Por su parte, Al ventosa del Río define la Bioética como aquella disciplina que «se ocupa fundamentalmente de estudiar desde ópticas científicas diferentes las incidencias que dichos avances tienen sobre la persona humana» –Al ventosa del Río, Josefina, «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Cabanillas Sánchez, Antonio et al. (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 176–. La definición de la autora tampoco responde a una Bioética «global», pues, si bien no restringe el ámbito de aplicación de la Bioética a las cuestiones atinentes a la persona humana en el ámbito de la Medicina, sí que lo limita a la problemática suscitada únicamente por los avances científicos

¹⁴⁹ Cambrón Infante, Ascensión, «Bioética y Derecho: normar los cuerpos», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 1, 1997, p. 183.

¹⁵⁰ La utilización de técnicas para la prolongación artificial de la vida plantea la discusión sobre si todo lo que resulta técnicamente factible es éticamente aceptable y jurídicamente legítimo y, como corolario, ha de ejecutarse, a lo que Oliva Blázquez, en opinión que suscribimos, responde en sentido negativo (Oliva Blázquez, Francisco, «Bioética y...» *op. cit.*, p. 141). Ésta es la cuestión abordada, tomando como pretexto el análisis del asunto protagonizado en Francia por Vicent Lambert, en Cadenas Osuna, Davinia, «La interrupción del tratamiento vital en pacientes incapaces en el ordenamiento jurídico francés. Estudio de la cuestión a la luz del caso Lambert», *Eidon*, n. 48, 2017, pp. 51-69.

decisiones que plantean una especial dificultad ética, la Bioética presenta relevancia en dos momentos distintos.

En primer lugar, el debate bioético, que ha de desarrollarse siempre en el marco de la legalidad vigente, debe preceder la redacción de las normas que los profesionales sanitarios tienen que respetar al resolver las cuestiones éticas que se les planteen en la práctica clínica diaria¹⁵¹, pues sólo así las normas responderán a las necesidades y «sentir» sociales. Por tanto, como afirma Casado González, «[l]a bioética y el derecho se retroalimentan», puesto que, si bien la Bioética depende del Derecho, éste se nutre de las conclusiones extraídas del debate bioético¹⁵². De este modo, el Derecho, en un primer momento, participa del debate bioético (junto a la Ética, la Medicina, la Antropología, la Sociología, la Psicología, la Biología...) y, concluido éste¹⁵³, positiva sus conclusiones en normas jurídicas, dependiendo la excelencia de las normas aprobadas de la calidad del debate bioético previo que se haya desarrollado y del consenso al que se haya llegado en el mismo¹⁵⁴.

¹⁵¹ Estas normas son recogidas, en su mayoría, en los distintos protocolos que pretenden servir de guía a los profesionales sanitarios en el ejercicio de su actividad.

¹⁵² Casado González, María, «La bioética como soporte al derecho para regular la biotecnología», *Revista catalana de dret públic*, n. 36, 2008, p. 65.

¹⁵³ Nos referimos a la conclusión del debate bioético que se desarrolle en instancias u organismos oficiales a los específicos efectos de legislar sobre cuestiones concretas, y no, evidentemente, a la discusión que, al respecto, pueda desarrollarse a nivel de la sociedad en general, discusión que es (y debe ser) permanente. En este sentido, existen multitud de centros repartidos por todo el mundo en cuyo seno se desarrolla un permanente debate bioético interdisciplinar, entre los que destacamos, a título meramente ejemplificativo, *The Hasting Center* (cuyos avances se recogen en el *Hasting Center Report*), la *Rockefeller Foundation* y el *Kennedy Institute of Bioethics*, todos ellos en los Estados Unidos de América; el *Interfaculty Centre for Biomedical Ethics and Law*, en Bélgica, y el *Observatori de Bioètica i Dret*, de la Universidad de Barcelona, y el *Institut Borja de Bioètica*, de la *Universitat Ramon Llull*, ambos en España.

¹⁵⁴ Tal es la relevancia de la labor que el Derecho desempeña en el debate bioético que, dentro del ámbito jurídico, ha surgido una nueva rama, conocida como Bioderecho o Biojurídica, que puede definirse, en palabras de Junquera de Estéfani, como «aquella parte del Derecho que tiene por objeto el estudio y regulación de las nuevas situaciones y relaciones biomédicas y biotecnológicas, desde el respeto de la dignidad y a los derechos del ser humano» (Junquera de Estéfani, Rafael, «El Derecho y la Bioética», *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, n. 32, 2004, p. 124). De esta suerte, el Bioderecho se encarga, en puridad, de definir conceptos que presentan una relevancia excepcional en la reflexión sobre las cuestiones bioéticas (verbigracia, la noción «consentimiento informado»), de reconocer los derechos fundamentales que quedan comprometidos en la aplicación práctica de los avances biomédicos y de positivizar los consensos y conclusiones que se deriven del debate bioético. Muchos de los textos biojurídicos que se han promulgado tienen un alcance internacional, siendo especialmente remarcable el Convenio de Oviedo (en vigor en España desde el 1 de enero de 2000), que comparte la naturaleza jurídica de los tratados internacionales y, en consecuencia, presenta un carácter jurídico vinculante (*id est*, constituye un instrumento de *hard law*). Ahora bien, los textos biojurídicos, no sólo resultan de inestimable utilidad en el debate bioético, sino que son, igualmente, resultado del mismo. En otras palabras, el Bioderecho realiza aportaciones esenciales al debate bioético (definición de conceptos, reconocimiento de derechos, *inter alia*) que, a su vez, son fruto de una reflexión bioética previa. Como podemos comprobar, la interrelación e interdependencia entre el Derecho (y, más específicamente, el Bioderecho) y la Bioética es innegable. Por último, debemos añadir que nos encontramos en la actualidad en un proceso de internacionalización del Bioderecho, pues, habida cuenta de que las cuestiones bioéticas no conocen fronteras,

Pero, en segundo lugar, es posible que la legislación sobre cuestiones bioéticas plantee problemas de exégesis o que, directamente, no aborde el concreto problema con el que se encuentra el profesional sanitario, en cuyo caso se hace necesario el desarrollo de un debate bioético *ad hoc*, siendo los Comités de Ética Asistencial el foro idóneo para ello.

En 1969, la *Joint Commission on Accreditation of Hospitals* decide revisar su Reglamento, solicitando a diversas asociaciones de consumidores que participen en dicho proceso de revisión aportando las propuestas que consideren oportunas, al objeto de que el nuevo Reglamento sea redactado desde la perspectiva de aquellas cuestiones que causan preocupación al paciente. En este proceso desempeña un papel especialmente activo la *National Welfare Rights Organization*, que, en 1970, redacta un borrador con veintiséis propuestas que recogen los derechos de los pacientes y que suele reputarse como el primer código de derechos de los enfermos¹⁵⁵. Finalmente, tras un largo y arduo proceso de negociación, algunas de tales propuestas son incorporadas al nuevo Reglamento de la Comisión. Este proceso parece estar en el germen del conocido como «patient's rights movement»¹⁵⁶, en el que las asociaciones de consumidores, mostrando su rechazo a la masificación¹⁵⁷, tecnificación y consiguiente despersonalización de la relación médico-paciente, reivindican un mayor margen de libertad para el paciente al decidir, una vez que se le ha reconocido el derecho a la salud, el tipo de sanidad que desea recibir.

En el contexto de las movilizaciones aludidas, la *American Medical Association* aprueba, el 6 de febrero de 1973, *The Patient's Bill of Rights* (*Carta de Derechos de los Pacientes*), reemplazada en el año 2003 por la *Patient Care Partnership*. La Carta contiene una relación de los derechos de los pacientes en

son cada vez más frecuentes los textos supranacionales que abordan su regulación, al objeto de establecer unas pautas comunes que permitan homogeneizar, en la medida de lo posible, las legislaciones nacionales sobre el particular. De esta manera, se pretenden evitar los conocidos como «paraísos biotecnológicos», *id est*, Estados con regulaciones excesivamente permisivas en materia biotecnológica que son rechazadas en muchos casos bajo el argumento de la «pendiente resbaladiza» (*slippery slope*), «empleado para descalificar determinadas acciones porque, a pesar de ser buenas en sí mismas o al menos neutras, pueden desembocar en otra u otras no deseables» (Junquera de Estéfani, Rafael, «El Derecho...» *op. cit.*, p. 131).

¹⁵⁵ Graña Guillén, Diego, *Fundamentos de bioética*, 3.^a ed., Triacastela, Madrid, 2008, p. 174. Vid. también Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado*. *Historia...* *op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁵⁶ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history...* *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁷ En 1965, bajo la presidencia de Lyndon Baines Johnson, se aprueban en los Estados Unidos de América dos programas de seguros en el ámbito sanitario financiados con fondos públicos: el *Medicare* y el *Medicaid*. El primero de ellos se destina, fundamentalmente, a ancianos, aunque también cubre a personas afectadas de una enfermedad renal en fase terminal y a discapacitados, no cubriendo el total de los gastos derivados de la asistencia médica, pretendiendo únicamente constituir una ayuda en la satisfacción de los mismos. Por su parte, el *Medicaid* se dirige a personas indigentes y menesterosas, conceptos que cada Estado debe definir en su propia normativa a los efectos de la correspondiente cobertura. Vid. Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent...* *op. cit.*, pp. 121-122.

el ámbito asistencial, al objeto de que las instituciones sanitarias puedan tener conocimiento de los mismos y difundirlos entre los pacientes. A tal fin, en la Carta, la *American Medical Association* fomenta su adopción entre hospitales asociados al *Department of Health, Education and Welfare* (actualmente, *Department of Health and Human Services*) para mejorar la efectividad de la atención médica, pudiéndose incluso, según su Preámbulo, simplificar su redacción en la medida necesaria para garantizar el correcto entendimiento por los pacientes y familiares de sus derechos y responsabilidades.

En lo que nos interesa a los efectos de nuestra obra, la Carta reconoce expresamente el derecho a la información¹⁵⁸ y al consentimiento¹⁵⁹ de los pacientes en el ámbito sanitario, amén del derecho a consentir o declinar la participación en una investigación o experimentación con seres humanos¹⁶⁰. De hecho, coincidimos con Gracia Guillén en que los doce puntos de que consta la Carta «no son otra cosa que especificaciones del derecho general al «consentimiento informado»»¹⁶¹.

En 1974, el Congreso de los Estados Unidos crea, siguiendo las previsiones de la *National Research Act*, aprobada ese mismo año, la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research* (considerada el primer Comité de Bioética de los Estados Unidos de América¹⁶²), con la misión de elaborar informes y recomendaciones respecto a las

¹⁵⁸ Dice la Carta: «Except in emergencies when the patient lacks the ability to make decisions and the need for treatment is urgent, the patient is entitled to a chance to discuss and request information related to the specific procedures and/or treatments available, the risks involved, the possible length of recovery, and the medically reasonable alternatives to existing treatments along with their accompanying risks and benefits.

¹⁵⁹ Establece la Carta: «The patient has the right to make decisions about the plan of care before and during the course of treatment and to refuse a recommended treatment or plan of care if it is permitted by law and hospital policy. The patient also has the right to be informed of the medical consequences of this action. In case of such refusal, the patient is still entitled to appropriate care and services that the hospital provides or to be transferred to another hospital. The hospital should notify patients of any policy at the other hospital that might affect patient choice.»

¹⁶⁰ A tenor de la Carta: «The patient has the right to consent to or decline to participate in proposed research studies or human experimentation or to have those studies fully explained before they consent. A patient who declines to participate in research or experimentation is still entitled to the most effective care that the hospital can otherwise provide.»

¹⁶¹ Gracia Guillén, Diego, *Fundamentos de... op. cit.*, p. 174.

¹⁶² Siguiendo a Casado González, los Comités de Bioética pueden definirse como «instancias interdisciplinarias que tienen como cometido general analizar las implicaciones de las aplicaciones de la biotecnología en aquel ámbito sobre el que recae su actividad y emitir sus opiniones –o informes– para que sirvan de orientación a las instancias de las que dependen y colabore en la reflexión ética de los ciudadanos en general y, por consiguiente, participar en el debate social informado. Los comités no son órganos de decisión y carecen de legitimación democrática alguna» (Casado González, María, «La bioética...» *op. cit.* p. 65). En los años posteriores al establecimiento de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research*, se crean en los Estados Unidos de América diferentes Comités de Bioética para el tratamiento de asuntos concretos, de entre los que merecen ser

cuestiones sometidas a su consideración, siendo los destinatarios de sus trabajos el Secretario del *Department of Health, Education and Welfare* y el Congreso de los Estados Unidos, al objeto de que puedan adoptar las medidas necesarias para la protección de los seres humanos en el ámbito de la experimentación.

Una de las misiones que se encarga a la Comisión es la elaboración de un informe en el que se identifiquen los principios que deben presidir la experimentación con seres humanos. De esta suerte, el 18 de abril de 1979, el *Department of Health, Education and Welfare* publica *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, comúnmente conocido como *The Belmont Report (Informe Belmont)*, documento origen de la ética principialista que adopta su nombre del *Smithsonian Institution's Belmont Conference Center*, donde los miembros de la Comisión se reúnen durante los cuatro años de trabajo requeridos para la elaboración del Informe. Finalmente, son tres los *Basic Ethical Principles* que, a juicio de la Comisión, deben regir la experimentación con seres humanos, si bien en el propio Informe se recoge que tales principios pueden aplicarse para la justificación de otras muchas conductas humanas¹⁶³: «Respect for Persons», «Beneficence y «Justice».

El principio «Respect for Persons» («Respeto a las Personas», más conocido como «Principio de Autonomía») que, parafraseando a Hellemeyer y

destacados, a título meramente ejemplificativo, la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (1978-1983, que emite dos informes en los que aborda las implicaciones éticas y legales del consentimiento informado y el derecho a la autodeterminación del paciente, a saber, *The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship* y *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment*), *The Advisory Committee on Human Radiation Experiments* (1994-1995, creada por el presidente Bill Clinton para el estudio de los efectos de las investigaciones con radiación en seres humanos), *The National Bioethics Advisory Commission* (1996-2001, establecida bajo la presidencia de Bill Clinton para el tratamiento, *inter alia*, de la clonación, la investigación con células madre y la experimentación con seres humanos) y *The President's Council on Bioethics* (2001-2009, instituida por el presidente George W. Bush para abordar, *inter alia*, la experimentación con células madre y las tecnologías reproductivas). En España, son también diversos los Comités de Ética constituidos, de entre los que cabe citar, como meros exponentes, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA, creada en 1998), el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica (CAEICT, constituido en el año 2000) y el Comité de Bioética –fundado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (BOE n. 159, de 4.7.2007)–. Además, progresivamente se han creado Comités de Ética en la mayoría de hospitales de España (denominados Comités de Ética Asistencial), como foros de reflexión bioética sobre las cuestiones planteadas por la práctica clínica diaria en dicho centro hospitalario que presentan una problemática ética especialmente compleja. Así, establece la Ley de Muerte Digna de Andalucía, en su artículo 27.1: «Todos los centros sanitarios o instituciones dispondrán o, en su caso, estarán vinculados a un Comité de Ética Asistencial, con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos, que serán acreditados por la Consejería competente en materia de salud. Los informes o dictámenes emitidos por el Comité de Ética Asistencial en ningún caso sustituirán las decisiones que tengan que adoptar los profesionales sanitarios.»

¹⁶³ Dice el Informe: «The expression «basic ethical principles» refers to those general judgments that serve as a basic justification for the more particular ethical prescriptions and evaluations of actions.»

Díaz Amado, «tal vez haya servido para colorear de democracia el escenario médico, luego de superar el despotismo y paternalismo de épocas anteriores»¹⁶⁴. El aludido principio entraña, conforme al tenor del Informe, dos consideraciones éticas. De un lado, la exigencia de reconocer autonomía (esto es, el derecho a la autodeterminación) a aquellos individuos «capable of deliberation about personal goals and of acting under the direction of such deliberation»; en estos supuestos, debe respetarse la decisión adoptada por el sujeto tras haber recibido una información adecuada. De otro, el requerimiento de proteger a las personas que, por inmadurez o incapacidad, tienen disminuida su autonomía, esto es, aquellos sujetos que no tienen capacidad natural suficiente para ejercer su derecho a la autodeterminación¹⁶⁵.

El segundo de los principios identificados por la Comisión es el de «Beneficence» («Beneficencia»), que se traduce en una doble exigencia: no hacer daño («do not harm»), por un lado, y maximizar los beneficios y minimizar los daños posibles de la experimentación («maximize possible benefits and minimize possible harms»), de otro¹⁶⁶. Estas dos exigencias podemos ya encontrarlas en el *Juramento Hipocrático*, que impone a los médicos el deber de no dañar al paciente¹⁶⁷ y de actuar en beneficio de éste¹⁶⁸. No obstante, como advierte la Comisión en el Informe, la determinación de lo que causa mal al

¹⁶⁴ Hellemeyer, Andrea y Díaz Amado, Eduardo, «Entre ética y derecho: tensiones en el campo biomédico a propósito del respeto de la autonomía», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 65.

¹⁶⁵ Tradicionalmente, el principio «Respeto a las Personas» se vincula muy directamente con el consentimiento informado de los individuos, considerándose a éste el principal exponente de aquél. Sin embargo, Friesen *et al.* proponen una relectura e, incluso, revisión, del *Informe Belmont* que permita atribuir al mencionado principio un significado más amplio, posibilitándose así su entendimiento como un criterio que debe guiar la investigación en su conjunto (elección de los participantes...) y no como un principio reflejado meramente en el proceso de consentimiento informado de los individuos (Friesen, Phoebe *et al.*, «Rethinking the Belmont Report?», *The American Journal of Bioethics*, vol. 17, n. 7, 2017, p. 20).

¹⁶⁶ Indica Gra cia Guillén: «El término griego para ayudar es *ophelein*, que significa a favor de, en beneficio de. Ese término define lo que hoy conocemos como «principio de beneficencia». Lo que este principio dice es que una acción es moralmente correcta cuando es beneficiosa para los afectados por ella» (Gra cia Guillén, Diego, *Como arqueros... op. cit.*, p. 261).

¹⁶⁷ Dice el *Juramento*: «No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente, tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos... op. cit.*, p. 77).

¹⁶⁸ Establece el *Juramento*: «Haré uso del régimen dietético para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender: del daño y la injusticia le preservaré» (Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos... op. cit.*, p. 77). Bajo nuestro punto de vista, el deber de preservar del daño al paciente implica la necesidad de actuar en su beneficio, imponiéndose así la distinción entre no causar mal (no-maleficencia) y prevenir del mal (beneficencia). Podemos comprobar cómo, parafraseando a Gra cia Guillén: «La ética del *Juramento* es claramente beneficentista: la justificación moral de los actos está en que sean beneficiosos para el paciente. Lo beneficioso es correcto y lo perjudicial incorrecto» (Gra cia Guillén, Diego, *Como arqueros... op. cit.*, p. 261).

paciente y lo que le beneficia exige su exposición a ciertos riesgos, lo que impone la necesidad de decidir *ad hoc* «when it is justifiable to seek certain benefits despite the risks involved, and when the benefits should be foregone because of the risks»¹⁶⁹.

Por último, la Comisión establece el principio de «Justice» («Justicia»), que pretende responder al interrogante «[w]ho ought to receive the benefits of research and bear its burdens?»¹⁷⁰. La distribución de las cargas y beneficios derivados de una investigación deben responder a razones éticas defendibles¹⁷¹, con la pretensión de evitar abusos como los cometidos en el seno del *Tuskegee Syphilis Study*, en el que la selección de los sujetos experimentales responde a su fácil disponibilidad y manejabilidad debido a su situación de necesidad, y no a razones directamente vinculadas con el objeto de estudio («vulnerable populations»¹⁷²). Esta forma de concebir la Justicia, coherente con la definición que de ella nos lega Ulpiano¹⁷³, plantea un problema esencial no resuelto por la Comisión, a saber, la determinación de una fórmula justa para la distribución de las cargas y beneficios derivados de la investigación. Lo que sí hace la Comisión en el Informe es mencionar ciertas formulaciones «widely accepted» sobre determinadas cualidades conforme a las cuáles podría realizarse tal distribución (igualdad, necesidad, esfuerzo, contribución a la sociedad, mérito)¹⁷⁴. Entendemos que lo relevante no es fijar un criterio absoluto que nos permita justificar éticamente la distribución de cargas y beneficios en toda investigación, sino que dicha justificación debe realizarse *ad hoc* conforme al criterio que resulte más justo en cada caso.

Finalmente, consideramos esencial destacar que, pese a que los referidos principios son diseñados para desplegar su eficacia en el ámbito de la investigación, éstos se han generalizado a toda la práctica médica, constituyendo un arquetipo en el que los posteriores códigos éticos han encontrado inspiración y un documento esencial para el estudio de la Ética médica¹⁷⁵. Así, verbigrá-

¹⁶⁹ *The Belmont Report, B. Basic Ethical Principles, 2. Beneficence.*

¹⁷⁰ *The Belmont Report, B. Basic Ethical Principles, 3. Justice.*

¹⁷¹ Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for... op. cit.*, p. 17.

¹⁷² Zimmerman, Janet F., «The Belmont Report: An Ethical Framework for Protecting Research Subjects», *The Monitor*, 1997, p. 3.

¹⁷³ «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi».

¹⁷⁴ «There are several widely accepted formulations of just ways to distribute burdens and benefits. Each formulation mentions some relevant property on the basis of which burdens and benefits should be distributed. These formulations are (1) to each person an equal share, (2) to each person according to individual need, (3) to each person according to individual effort, (4) to each person according to societal contribution, and (5) to each person according to merit» (*The Belmont Report, B. Basic Ethical Principles, 3. Justice*).

¹⁷⁵ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 449.

cia, el *Ethics Manual* del *American College of Physicians*, en su redacción vigente desde 2012 (la edición original data de 1984), apunta a los principios plasmados en el Informe como la base del entendimiento actual de la Ética médica¹⁷⁶.

A los tres principios postulados en el *Informe Belmont*, Beauchamp y Childress añaden un cuarto en su obra *Principles of Biomedical Ethics* (1979), a saber, el Principio de No-Maleficencia, que responde a la máxima latina *Primum non nocere (do not harm)*, probablemente acuñada por el patólogo y clínico de origen francés Auguste François Chomel en el siglo xix¹⁷⁷. Este nuevo principio surge de su escisión del Principio de Beneficencia, al considerar los citados autores que las obligaciones derivadas de ambos difieren entre sí

«Obligations to not harm others, such as those prohibiting theft, disablement, and killing, are distinct from obligations to help others, such as those prescribing the provision of benefits, protection of interests, and promotion of welfare¹⁷⁸.»

Por último, nos gustaría añadir que el abordaje de las cuestiones que plantean una problemática ética compleja desde una perspectiva principialista no nos conduce, en muchas ocasiones, a su solución, habida cuenta de que no son infrecuentes los supuestos en que los principios de la Bioética antes reseñados entran en conflicto recíproco. Para resolver tales situaciones de

¹⁷⁶ *Ethics Manual (sixth edition)*, del *American College of Physicians*: «Current understanding of medical ethics is based on the principles from which positive duties emerge. These principles include beneficence (a duty to promote good and act in the best interest of the patient and the health of society) and nonmaleficence (the duty to do no harm to patients). Also included is respect for patient autonomy—the duty to protect and foster a patient’s free, uncoerced choices. From the principle of respect for autonomy are derived the rules for truth-telling. The relative weight granted to these principles and the conflicts among them often account for the ethical dilemmas that physicians face. Physicians who will be challenged to resolve those dilemmas must have such virtues as compassion, courage, and patience.»

¹⁷⁷ Ara Callizo, José Ramón, Voz «No Maleficencia, Principio de», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 1177.

¹⁷⁸ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 151. Defiende también Graña Guillén la necesidad de distinguir la no maleficencia de la beneficencia en los términos que siguen: «Es absurdo, pues, querer diferenciar la no-maleficencia de la beneficencia como lo negativo de lo positivo, la no-maleficencia tiene ya de por sí carácter positivo. Lo que sucede es que se trata de una positividad «general» o «universal», no «particular» y «concreta». Estamos de nuevo en el tema de lo común y lo propio. La no-maleficencia se puede definir con criterios universales y comunes. La beneficencia, en cambio, no. Lo beneficioso lo es siempre para mí y en esta situación concreta, razón por la cual es incomprendible separarlo de la autonomía. No se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí estamos obligados a no hacerle mal. [...] poner sangre a un testigo de Jehová no es un acto de beneficencia, precisamente porque va en contra del propio sistema de valores del individuo: es decir, porque se opone al proyecto de ideal y de perfección que se ha trazado en su vida. La beneficencia depende siempre del propio sistema de valores y tiene por ello un carácter a la postre subjetivo, a diferencia de lo que sucede con los principios de no-maleficencia y justicia» (Graña Guillén, Diego, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, 3.ª ed., Triacastela, Madrid, 2008, p. 129).

colisión, algunas de las plumas más ilustres han propuesto diversas soluciones. Así, Beauchamp y Childress postulan que no es posible jerarquizar *a priori* los principios éticos, debiendo resolverse los conflictos que puedan surgir entre ellos *ad hoc*, de un modo consensuado y valoradas las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto¹⁷⁹. Por su parte, Atienza Rodríguez defiende una tesis novedosa que implica juridificar la Bioética, al pretender la resolución de los conflictos que puedan surgir entre los principios bioéticos aplicando la metodología empleada por el Tribunal Constitucional para resolver los enfrentamientos entre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, de un lado, y los derechos a la información y la libertad de expresión, de otro. De este modo, entiende el autor que debe realizarse una «taxonomía» de las distintas hipótesis que puedan acontecer y, sobre su base, elaborar unas «reglas de prioridad» (de carácter no absoluto) a partir de unos principios primarios (autonomía, dignidad, universalidad e información), que permitirían resolver las situaciones sencillas, y de unos principios secundarios (paternalismo justificado, utilitarismo restringido, trato diferenciado y secreto), derivados de los primarios y cuya aplicación no es automática, sino que debe ser justificada por quien la procura¹⁸⁰. Finalmente, propone Gracia Guillén¹⁸¹ la gradación de los principios de la Bioética en dos niveles, encuadrándose en el primero los Principios de No-Maleficencia y Justicia, propios de una «ética de mínimos», mientras que los Principios de Autonomía y Beneficencia, conformadores de una «ética máximos», quedan relegados a un segundo nivel, jerárquicamente inferior al primero¹⁸². Así, mientras el primer nivel se fundamenta en el principio de universalización, el segundo está basado en el principio de particularización; en otros términos, si bien los Principios de No-Maleficencia y Justicia se definen con criterios universales y comunes, y vinculan con independencia de la voluntad del individuo, el Principio de Beneficencia, por su parte, es inseparable del de Autonomía, definiéndose *ad hoc* en atención a la voluntad y sistema de

¹⁷⁹ Oliv a Blázquez, Francisco, «Bioética y...» *op. cit.*, pp. 143-144.

¹⁸⁰ Atienza Rodríguez, Manuel, «Juridificar la bioética», en AA. VV., *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D. F., 1999, pp. 75 y ss.

¹⁸¹ Gracia Guillén, Diego, *Procedimientos de...* *op. cit.*, pp. 128-129.

¹⁸² Si bien Gracia Guillén alude expresamente a la ordenación «jerárquica» de ambos niveles de principios, sostiene Sánchez-B arroso que la gradación de los principios de la Bioética postulada por aquél no ha de ser entendida en términos de jerarquía, sino como una diferenciación procedimental, de modo que, *prima facie*, todos los principios de la Bioética tienen el mismo rango y fuerza obligatoria, interviniendo la gradación propuesta únicamente en caso de conflicto entre ellos (Sánchez-B arroso, José Antonio, «Vigencia y operatividad de los principios de la bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica», *Persona y Bioética*, vol. 14, n. 2, 2010, pp. 191-192).

valores propios del individuo¹⁸³. De esta suerte, la teoría postulada por Gracia Guillén permite justificar conductas tan frecuentes en la práctica médica como la desatención de aquellos pacientes que demandan que le sean practicadas actuaciones que el facultativo considera médicamente innecesarias, amén de excesivamente costosas desde la perspectiva económica (primacía del Principio de Justicia sobre el de Autonomía), o de solicitudes de personas que desean que le sea practicado un aborto fuera de los supuestos legalmente previstos o una eutanasia (prioridad del Principio de No-Maleficencia sobre el de Autonomía).

3.4.1 Evolución normativa del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español

En España, es el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social¹⁸⁴, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972, la primera norma jurídica que, en su artículo 148.4, reconoce a los enfermos asistidos el derecho a:

«Autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad.»

Abundando en esta línea, el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios¹⁸⁵, reconoce al enfermo asistido, en el párrafo primero de su artículo 13.1.c), el derecho a:

«La previa conformidad y consentimiento expreso y escrito del enfermo, y en caso de su menor edad o imposibilidad, de su representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y gravedad del caso hagan indispensable, a juicio del facultativo o facultativos, la aplicación o intervención inmediatas.»

¹⁸³ Abundando en esta línea, indica Marín Gámez: «Si se produce un conflicto de principios éticos, los de no maleficencia y justicia (de nivel público y obligatorio) están por encima de los de beneficencia y autonomía (considerados de nivel privado)» –Marín Gámez, José Ángel, «La negativa de los representantes del menor o incapaz a practicar transfusiones de sangre. Una perspectiva jurisprudencial», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo, María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, p. 547–.

¹⁸⁴ BOE n. 172, de 19.7.1972.

¹⁸⁵ BOE n. 209, de 1.9.1978.

No obstante, este Real Decreto es declarado nulo por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 29 de abril de 1982¹⁸⁶ y 10 de diciembre del mismo año¹⁸⁷, al haberse prescindido del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

De esta suerte, es la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos¹⁸⁸, la primera que regula en España el consentimiento informado del paciente, detallando sus artículos 4.c)¹⁸⁹ y 6.c)¹⁹⁰ las condiciones en las que deben donante y receptor, respectivamente, consentir la realización del trasplante.

El 1 de octubre de 1984, el Instituto Nacional de la Salud pone en marcha la primera fase del «V Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria» en dieciséis hospitales (número que se ha ampliado en sucesivas fases), con el propósito de mejorar la calidad de la atención hospitalaria y la pretensión de extender los distintos programas enmarcados en el citado Plan a la asistencia primaria y direcciones provinciales¹⁹¹. Uno de los instrumentos básicos diseñados para la ejecución del Plan es la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes, cuyos puntos 5¹⁹²

¹⁸⁶ RJ 1982\2533; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno.

¹⁸⁷ RJ 1982\7955; Ponente: Excmo. Sr. Paulino Martín Martín.

¹⁸⁸ BOE n. 266, de 6.11.1979.

¹⁸⁹ Dice el precepto, en su redacción vigente: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: [...] c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento. A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.»

¹⁹⁰ En su redacción vigente, establece el precepto: «El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos: [...] c) Que el receptor exprese por escrito u otro medio adecuado a su discapacidad, su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad. En el caso de que el receptor sea una persona con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones. Tratándose de personas con discapacidad con necesidades de apoyo para la toma de decisiones, se estará a la libre determinación de la persona una vez haya dispuesto de los apoyos y asistencias adecuados a sus concretas circunstancias.»

¹⁹¹ Para un estudio en profundidad, *vid.* Cárceles-Guardia, Francisco, «Derechos y deberes del paciente, 1984-2004», *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 20, n. 6, 2005, pp. 395 y ss.

¹⁹² Dice: «El paciente tiene derecho a la determinación entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso su consentimiento expreso previo a cualquier actuación, excepto en los siguientes casos: –Cuando la urgencia no permita demoras. –Cuando el no seguir tratamiento suponga un riesgo para la salud pública. –Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas legalmente responsables.»

y 6¹⁹³ reconocen, respectivamente, el derecho del paciente a consentir expresamente cualquier actuación en el ámbito de su salud (salvo en situaciones de urgencia, riesgo para la salud pública, actuación impuesta *ex lege* o incapacidad del paciente para decidir) y a negarse al tratamiento. En todo caso, pese a publicarse en los periódicos de mayor tirada nacional¹⁹⁴, la eficacia de la Carta es relativa, al constituir una mera declaración de intenciones sin vinculatoriedad jurídica alguna.

En este contexto llegamos al año 1986, cuando se publica la LGS, primera norma jurídica que contiene una regulación general (no limitada únicamente a los trasplantes y extracciones de órganos) de la información y el consentimiento del paciente en su artículo 10, apartados 5¹⁹⁵, 6¹⁹⁶ y 9¹⁹⁷ (derogados por la vigente LAP), que reconocen, respectivamente, el derecho del paciente a la información asistencial, a prestar el consentimiento informado con carácter previo a la realización de cualquier actuación en el ámbito de su salud (salvo en situaciones de riesgo para la salud pública, urgencia e incapacidad del paciente para decidir) y a negarse al tratamiento.

Finalmente, tras la LGS, la Comunidad Autónoma catalana promulga la Ley 21/2000 de Cataluña, erigiéndose en la primera autonomía española que regula los derechos del paciente a la información asistencial

¹⁹³ Literalmente: «El paciente tendrá derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el punto 5, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria en las condiciones que señala el punto 6 del apartado de deberes.»

¹⁹⁴ En el siguiente hipervínculo puede consultarse la página treinta y uno del diario ABC del día 25 de noviembre de 1984, que incluye el texto íntegro de la Carta de derechos y deberes del paciente: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1984/11/25/031.html> (última consulta el 10.1.2018).

¹⁹⁵ Dice: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...] 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.»

¹⁹⁶ Literalmente: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...] 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.»

¹⁹⁷ Establece: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...] 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente.»

y al consentimiento, fundamentalmente, en sus artículos 2¹⁹⁸, 3¹⁹⁹, 6²⁰⁰ y 7²⁰¹, cuya regulación, mucho más minuciosa que la contenida en la LGS, es tomada como fuente de inspiración por los legisladores, tanto estatal como autonómicos, al redactar, respectivamente, la LAP y las leyes autonómicas sobre derechos de los pacientes.

¹⁹⁸ Dice el precepto: «1. En cualquier intervención asistencial, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre la propia salud. No obstante, es necesario respetar la voluntad de una persona de no ser informada. 2. La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, debe ser verídica, y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma. 3. Corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. También deben asumir responsabilidad en el proceso de información los profesionales asistenciales que le atienden o le aplican una técnica o un procedimiento concretos.»

¹⁹⁹ Con arreglo al artículo 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña: «1. El titular del derecho a la información es el paciente. Debe informarse a las personas a él vinculadas en la medida en que éste lo permita expresa o tácitamente. 2. En caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación. 3. Si el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, debe de informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas.»

²⁰⁰ Establece el artículo 6 de la ley catalana: «1. Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2.2. Dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente. 3. El documento de consentimiento debe ser específico para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos. 4. En cualquier momento la persona afectada puede revocar libremente su consentimiento.»

²⁰¹ En su literalidad: «1. Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento: a) Cuando existe riesgo para la salud pública, si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación que sea de aplicación. b) Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de éste o de sus familiares o de las personas a él vinculadas. En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada. 2. Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución: a) Cuando el enfermo, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento debe obtenerse de los familiares de éste o de las personas a él vinculadas. b) En los casos de incapacidad legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 9/1998, de 15 de julio (LCAT 1998, 422y 521), del Código de Familia. c) En los casos de personas internadas por trastornos psíquicos, en quienes concurren las circunstancias del artículo 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. d) En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento. No obstante, en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica que sea de aplicación. 3. En los supuestos definidos en las letras a), b) y c) del apartado 2, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada. 4. En los casos de sustitución de la voluntad del afectado, la decisión debe ser la más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal. Así mismo, el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones.»

4. CONCLUSIONES

Durante el siglo xx, a medida que se conocen los abusos cometidos en el ámbito de la investigación biomédica (no únicamente bajo la promoción del régimen nacionalsocialista en Alemania, sino también con experimentos financiado por el propio gobierno de los Estados Unidos), se va forjando y consolidando el derecho a la autodeterminación de los pacientes, tanto en el ámbito asistencial como de la investigación biomédica. Así, a lo largo de la pasada centuria conviven pronunciamientos judiciales en los que se configura la doctrina del *informed consent* en el ámbito asistencial con numerosos textos normativos (de naturaleza tanto jurídica como deontológica y alcance no únicamente norteamericano, sino internacional en muchos casos) que positivizan los derechos de pacientes y sujetos experimentales, en múltiples ocasiones reconocidos estos derechos por los propios tribunales. Es por ello que, pese a que nuestra obra se centra en el estudio del consentimiento informado en el ámbito asistencial, hemos estimado inexorable la exposición, siquiera breve, del contexto de la experimentación biomédica en los Estados Unidos durante el siglo xx, pues, con el fin de evitar la repetición de los abusos cometidos en el ámbito de la investigación, son múltiples los textos normativos que recogen los derechos de los sujetos experimentales y que son considerados paradigmas y fuente de inspiración en la elaboración de posteriores códigos y declaraciones jurídicas y éticas aplicables al ámbito asistencial.

Por último, centrándonos exclusivamente en el ámbito asistencial, estimamos ineludible alabar el esfuerzo jurisprudencial desplegado por los tribunales norteamericanos, pues, de resultas de tal ahínco, los Estados Unidos de América son meritoriamente considerados pioneros en el reconocimiento y protección del derecho a la autodeterminación de los pacientes, habiendo construido, a lo largo de la pasada centuria, una doctrina completa y detallada que aún hoy debe constituir el punto de partida de toda investigación rigurosa sobre la autonomía del paciente en general, y sobre el consentimiento informado en particular. Únicamente nos resta por añadir que, un análisis en profundidad de la regulación actual del consentimiento informado en los Estados Unidos de América, exige, de modo imperativo, el estudio del *Statutory Law*, habida cuenta de que, ya desde la década de los ochenta del siglo pasado, es el derecho constitucional y legal el que desempeña la intensa labor de promover la autonomía de los pacientes, si bien, evidentemente, tomando como base los fundamentos cimentados por el *case law* durante el pasado siglo xx²⁰².

²⁰² Son copiosos los *statutes* que, en las últimas décadas, reelaboran la doctrina tradicional del *informed consent* configurada por el *case law*, de suerte que, entre 1975 y 1977, veinticinco Estados norteamericanos elaboran sus respectivas leyes de consentimiento informado, elevándose dicho número hasta la treintena en 1982 (Gra cía Guillén, Diego, *Fundamentos de... op. cit.*, p. 173).

CAPÍTULO II

DERECHO A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL DEL PACIENTE

1. INTRODUCCIÓN

Toda persona, como derivación del derecho a la protección de la salud que le reconoce el artículo 43 de nuestro texto constitucional, tiene derecho al conocimiento de su información clínica, definida ésta por la LAP, concretamente en su artículo 3, como «todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla». De su lectura, se deduce el vasto alcance de la información delimitada por el precepto transcrito; empero, puesto que a los efectos de la presente obra no nos resulta de interés la información clínica considerada en toda su extensión, reputamos conveniente clasificarla en las categorías que procedemos a detallar²⁰³.

En primer lugar, se incardina en la información clínica la denominada información sanitaria, regulada en el Capítulo II LAP (artículos 4 a 6), que, a su vez, puede fraccionarse en dos subcategorías. De un lado, la información asistencial, la cual, ateniéndonos a las previsiones contenidas en los preceptos encargados de su regulación, a saber, los artículos 4 y 5 LAP, puede definirse como aquella información disponible sobre un paciente con motivo de cual-

²⁰³ Quien escribe entiende de ingente relevancia el respeto de la nomenclatura atribuida, sea por vía legal o jurisprudencial, a cada uno de los tipos de información que distinguimos de seguido en nuestra exposición, no únicamente en aras de hablar con rigor técnico y que nuestro interlocutor conozca de modo certero el concreto tipo de información al que nos referimos, sino, fundamentalmente, para aplicarle el régimen jurídico debido de entre los distintos que la LAP contempla para cada tipo de información clínica.

quier actuación en el ámbito de su salud²⁰⁴. De otro lado, se integra en la información sanitaria la llamada información epidemiológica, referida, *ex* artículo 6 LAP, a «los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual».

En segundo lugar, la información clínica comprende la conocida como información terapéutica o de seguridad (*therapeutische Aufklärung* o *Sicherungsaufklärung*), que incorpora todas aquellas instrucciones o medidas cuyo conocimiento por el paciente (o terceros) es requerido en aras de garantizar, en la medida de lo posible, su óptima recuperación. En consecuencia, la información terapéutica se configura como parte integradora del tratamiento sanitario y constituye un «instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica»²⁰⁵, cumpliendo una función esencial «para alcanzar la colaboración necesaria del paciente (o de terceros) en aras del éxito del tratamiento»²⁰⁶. Ahora bien, la información terapéutica no incluye únicamente los datos útiles para el buen desarrollo del postoperatorio, sino que también debe abarcar la información

²⁰⁴ No parece el legislador estatal estimar de gran relevancia la cuestión terminológica al referirse a los distintos tipos de información clínica, habida cuenta de que, en el apartado segundo del artículo 4 LAP, dice «información clínica» donde, en realidad, debería decir «información asistencial», pues la referencia se contiene en el precepto dedicado a la regulación del derecho a la información asistencial, habiendo sido ya definida en el precepto previo la información clínica como una categoría más amplia y general. Esta incoherencia legal puede infundir confusiones al lector en la interpretación del texto legal, induciéndolo a calificar de información clínica la que es asistencial, y viceversa. De esta suerte, parte de la doctrina designa información clínica a la que se ha de proporcionar al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento informado, cuando, más específicamente, es información asistencial. Así, denomina Berrocal Lanzarot «información clínica» a aquella que constituye «requisito del consentimiento para el tratamiento» –Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor de la autonomía del paciente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de los derechos y deberes de los pacientes», en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), Universidad Autónoma de México, 2006, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2252/8.pdf> (última consulta el 10.1.2018), p. 90–. Bajo nuestro punto de vista, tal referencia no es técnicamente correcta, porque no toda la información clínica es requisito previo del consentimiento informado, sino únicamente aquella parcela que se corresponde con la información asistencial y que se regula en los artículos 4 y 5 LAP.

²⁰⁵ Fernández Costales, Javier, «El deber de información en el contrato médico», en AA. VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Bueres, Alberto José y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 917.

²⁰⁶ Las palabras reproducidas se extraen del Documento final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, dictamen elaborado por un grupo de trabajo creado a instancia del Subsecretario de Sanidad y Consumo ante la necesidad de desarrollar los derechos de los ciudadanos en materia de información y documentación clínica. El 26 de noviembre de 1997, dicho grupo suscribe el mencionado Documento Final, que es tenido en cuenta en la elaboración de los principios fundamentales de la LAP, tal y como establece su Exposición de Motivos. En la doctrina, define Berrocal Lanzarot la información terapéutica como aquella «obligada por las necesidades del tratamiento y exigible al médico si no quiere infringir los deberes de cuidado que le impone el ejercicio de su profesión; constituye un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica para lograr el óptimo restablecimiento del paciente, que requiere, asimismo, la colaboración de éste, para el mantenimiento del tratamiento, y, en su caso, del éxito curativo del mismo» (Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 90).

preparatoria para la intervención²⁰⁷ (verbigracia, ayunar durante las ocho horas previas a una extracción sanguínea o la ingesta de un líquido de contraste con anterioridad a la realización de un TAC gastrointestinal).

Finalmente, la información clínica se completa con el derecho de los usuarios del Sistema Nacional de Salud a ser informados sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos para el acceso a los mismos (artículo 12 LAP) y a recibir la información previa correspondiente para elegir médico y centro (artículo 13 LAP). La información prevista en los dos preceptos mencionados constituye un fin en sí misma, quedando satisfechas las necesidades del paciente con su mera recepción. Por tanto, si un usuario acude a una determinada clínica privada solicitando información sobre los cardiólogos que prestan servicios en la misma, sus necesidades quedan satisfechas en el momento en que se le proporciona tal información, no constituyendo ésta ni un requisito previo a la prestación de consentimiento alguno ni parte de un tratamiento sanitario, sino, simplemente, un fin en sí misma

En suma, integran la información clínica, definida en el artículo 3 LAP, la información sanitaria (conformada por la información asistencial y epidemiológica), la información terapéutica y la información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles y la adecuada para elegir médico y centro. Ahora bien, en nuestra obra nos centramos en el estudio de una sola de las referidas categorías, a saber, la información asistencial, pues la misma queda configurada por el artículo 8 LAP como un presupuesto de validez del consentimiento informado prestado por el paciente²⁰⁸, quedando tal consentimiento viciado por error (y, consiguientemente, no legitimando la actuación médica) cuando se preste sin que el galeno haya cumplido las obligaciones que le incumben en sede informativa²⁰⁹. Sólo cuando el paciente atesore la información asistencial disponible sobre su proceso puede otorgar el consentimiento «libre y voluntario» exigido por el artículo 8 LAP²¹⁰. En otras palabras, es el conocimiento y comprensión de

²⁰⁷ STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

²⁰⁸ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 90.

²⁰⁹ Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 29; Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, p. 133; At az López, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985, p. 68.

²¹⁰ Indica Sánchez Gómez: «poco sentido tendría otorgar un consentimiento a un acto médico, si éste no va precedido de la necesaria información al paciente sobre su proceso. Sólo así, el consentimiento será libre y consciente, pues de otro modo, ¿qué valor tendría el consentimiento otorgado por quien en la mayoría de ocasiones desconoce lo que consiente, al ser ajeno a los conocimientos de la Ciencia Médica?» (Sánchez Gómez, Amelia, «12 de julio de 1994. Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Consentimiento informado. Carga de la prueba. Prescripción», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 38, 1995, pp. 476-477).

la información asistencial lo que concede al paciente la aptitud para valorar las opciones clínicas disponibles y, por consiguiente, la libertad necesaria para prestar su consentimiento²¹¹, careciendo éste de validez si el paciente lo otorga sin haber sido previamente informado en los términos del artículo 4 LAP, razonamiento que se deriva de la aplicación del brocardo latino *nihil volitum quem praecognitum* a la esfera sanitaria²¹². Sobre la base del evidente solapamiento entre los derechos a la información y al consentimiento informado, sostiene Guerrero Zaplana que la diferenciación indicada en la LAP entre información y consentimiento «no puede tener más que efectos puramente estructurales de la norma, pero no puede interpretarse como una separación entre ambas instituciones [...], que están hasta tal punto unidas que no puede entenderse una sin la otra»²¹³. A nuestro juicio, el razonamiento de Guerrero Zaplana sólo es válido por lo que respecta a la información asistencial que se transmite con carácter previo a toda una actuación en el ámbito de la salud del paciente y en la búsqueda de su consentimiento a aquélla. En tales casos, coincidimos con Guerrero Zaplana en que información y consentimiento no son derechos autónomos entre sí, sino que, por el contrario, constituyen un tándem inseparable y absolutamente interdependiente, hasta el extremo de que la información sólo tiene sentido como requisito de validez del consentimiento (llamado, por ello, informado), mientras que el consentimiento requiere inexorablemente de la previa transmisión al paciente de su información asistencial para que éste pueda decidir con la libertad y voluntariedad exigidas por el artículo 8 LAP²¹⁴. Dicho de otro modo,

²¹¹ Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica... op. cit.*, p. 161; Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (dir.), *Derecho Médico, Volumen I, Derecho médico general y especial*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 277; Sánchez Gómez, Amelia, «La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n. 8, 2014, ed. digital.

²¹² Este argumento es aducido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\2512; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García) para fundamentar una pretendida redundancia insita en la expresión «consentimiento informado», habida cuenta de que no puede existir un consentimiento carente de información. *Vid.* también de las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, pp. 438-439; Fernández Guillén, Francisca, «Nosotras parimos, ¿nosotras decidimos? El consentimiento de la mujer y otros aspectos legales de la atención materno infantil», *Medicina Naturista*, n. 10, 2006, p. 514.

²¹³ Continúa el autor: «La información no tendría sentido si no se considerase como ordenada, específicamente, para consentir, de modo que la información no es autónoma en sí misma sino que tiene una relación funcional evidente con la posterior exigencia al paciente de su consentimiento para la actuación médica de que se trate. De modo semejante, aunque en un sentido inverso, el consentimiento no tiene entidad en sí mismo sino sobre la base de que debe ir precedido de la correspondiente información, pues sólo de ese modo puede conocerse que el paciente tiene una verdadera representación del alcance y trascendencia del consentimiento que se presta» (Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 75).

²¹⁴ En esta línea, postula Pela y González-Torre: «La información es un prerequisite para la adecuada concesión del consentimiento en la medida en que el consentimiento para ser otorgado válidamente requiere recibir y comprender información» (Pela y González-Torre, Ángel, *La intervención*

la información asistencial es requisito previo al consentimiento informado, mientras que éste constituye un corolario de aquélla²¹⁵, habiéndose hecho eco tanto la doctrina²¹⁶ como la jurisprudencia²¹⁷ de la estrecha imbricación existente entre ambos derechos, configurándose, así, como una suerte de derecho de naturaleza «bifásica». Sin embargo, del artículo 4.1 LAP se colige que la información asistencial es toda aquélla disponible «con motivo de» cualquier actuación en el ámbito de la salud del paciente, de modo que abarca también, verbi-gracia, la información sobre el desarrollo y resultado de la intervención y sobre el estado de salud del paciente tras ella. Obviamente, esta información no puede reputarse como requisito previo del consentimiento informado, habida cuenta de que la intervención ya ha concluido, gozando en tales casos los derechos a la información y al consentimiento de sustantividad y autonomía propias.

En nuestra obra nos centramos en el estudio de la información asistencial como requisito de validez del consentimiento informado y, a tal efecto, consideramos sobradamente justificado dedicar un capítulo íntegro a la exposición

jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado, Dykinson, Colección «Bartolomé de las Casas», Madrid, 1997, p. 87).

²¹⁵ Vid. Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1991: «The obligation [not to treat without consent] is a corollary to the obligation to inform. There would be no point in giving the patient all the required information if treatment could then be imposed on the patient in any event.»

²¹⁶ Por todos, Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 29; Sánchez Gómez, Amelia, «12 de...» *op. cit.*, p. 478; Sánchez Gómez, Amelia, «La información...» *op. cit.* Abunda en esta línea Cantero Martínez al postular que es la dependencia del derecho al consentimiento informado respecto del derecho a la información lo que «nos permitiría calificar [al primero de ellos] como un derecho de carácter bifásico, en la medida en que sólo puede ser eficazmente ejercitado si previamente ha habido la correspondiente información» (Cante - ro Martínez, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 11-12). Por su parte, sostiene Blanco Pérez-Rubio que «la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación» (Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n. 2, 2014, ed. digital).

²¹⁷ Declara el Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vela): «el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.» En idéntico sentido, Hernández Ramos, Mario, «El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulas, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, p. 4. Desde nuestra perspectiva, la reflexión del Tribunal Constitucional es acertada a medias, pues la afirmación de que «el ejercicio de uno [de los dos derechos (de información o de consentimiento)] depende de la previa correcta atención del otro» únicamente es cierta en el sentido de que el ejercicio del derecho al consentimiento depende de la previa y correcta atención del derecho a la información asistencial, pero no a la inversa.

de la nada fácil doctrina legal y jurisprudencial sobre el derecho del paciente a la información asistencial, pues, del debido entendimiento por la comunidad médica de su regulación e interpretación jurisprudencial depende que los profesionales sanitarios obtengan en la práctica el consentimiento informado del paciente cumpliendo con las exigencias legalmente establecidas.

2. TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

2.1 El «paciente» como titular del derecho a la información asistencial

La titularidad del derecho a la información asistencial es una cuestión abordada de modo expreso por el artículo 5 LAP, cuyo primer párrafo afirma que «[e]l titular del derecho a la información es el paciente»²¹⁸. Igual conclusión se infiere del artículo 4.1 LAP, que, al regular la información asistencial, afirma, al inicio de su primer párrafo, que son los pacientes los que tienen derecho a conocerla. A nuestro entender, la terminología empleada por la LAP para designar al sujeto titular del derecho a la información asistencial no es técnicamente correcta. Y ello porque, como afirma el artículo 4.1 LAP, el paciente tiene derecho a conocer su información asistencial «con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud», incluyendo, en virtud de la definición de «intervención en el ámbito de la sanidad» que nos proporciona el artículo 3 LAP, «toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.» De esta suerte, el derecho a la información surge, no únicamente con motivo de una actuación diagnóstica, terapéutica o rehabilitadora, sino igualmente de resultados de actos preventivos o de investigación en los que el sujeto que se somete a tales actuaciones no siempre ostenta la condición de paciente (en su sentido etimológico de *padeciente*) o enfermo. En definitiva, bajo nuestro punto de vista, la LAP debería haber utilizado un concepto de alcance superior al de paciente para designar al titular del derecho a la información asistencial, pudiendo haber servido a tales efectos el término usuario o interesado²¹⁹. En todo caso, y sin restar importancia a la observación introducida, en adelante nos referimos al paciente como el titular del derecho a la información asistencial en

²¹⁸ Pese a que el artículo 5 LAP no especifica en su primer párrafo el tipo de información cuya titularidad corresponde al paciente, de su rúbrica se colige de modo incuestionable que el precepto, en su integridad (y no sólo el párrafo primero), regula la titularidad del derecho a la información asistencial.

²¹⁹ En esta línea, el artículo 10 LGS, parcialmente derogado por la LAP, reconocía como titulares de los derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias (incluyendo, evidentemente, al derecho a la información) a «todos», término, como podemos comprobar, mucho más amplio que el de «paciente» que utiliza la LAP.

aras de respetar la terminología legal y evitar las posibles confusiones que cualquier otra nomenclatura pudiera suscitar.

Afirmada la titularidad del derecho a la información asistencial por el paciente, el artículo 5 LAP regula ciertos supuestos de titularidad «derivada»²²⁰ en los que, por motivos varios, van a recibir la información asistencial personas distintas del paciente. Dedicamos las líneas que siguen a la exposición detallada de dichas situaciones.

2.2 Información a personas vinculadas al paciente previa autorización

Establece el artículo 5.1 LAP que serán informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho en la medida que éste lo permita expresa o tácitamente²²¹. La exégesis de este precepto conlleva diversas dificultades, a las que nos referimos a continuación

En primer lugar, hemos de partir de la base de que el mencionado precepto exige, como requisito para poder informar a las personas vinculadas al paciente, su autorización expresa o tácita²²². Por tanto, sólo está justificada sobre la base de la LAP la información a los vinculados cuando el paciente la haya permitido, y no cuando no la haya prohibido. Evidentemente, no plantean problema alguno los supuestos en que el paciente autoriza de forma expresa la información a sus vinculados, ya sea verbalmente o por escrito, si bien la oralidad

²²⁰ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 105.

²²¹ Dice literalmente el artículo 5.1 LAP: «El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.»

²²² El derogado artículo 10.5 LGS reconocía el derecho de todos a que se les diera, «a [ellos] y a sus familiares o allegados», la información asistencial. El precepto, que no exigía de manera expresa la autorización del paciente para informar a otras personas, es interpretado por un sector de la doctrina en el sentido de que reconoce como titulares del derecho a la información asistencial del paciente, no sólo a éste, sino también a sus familiares o allegados, al margen de que el paciente tuviera o no capacidad natural para entender su información asistencial y de que hubiera o no permitido la información a estas otras personas, tratándose, en consecuencia, de una titularidad cumulativa que, por razones obvias, implicaría una ostensible vulneración del derecho a la intimidad del paciente. *Vid.* García Garnica, María del Carmen, «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n. 23, 2003, pp. 151-152; Sánchez González, María Paz, *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 86. Una interpretación más restrictiva del precepto la postula Sánchez Gómez, quien estima que el artículo 10.5 LGS «requiere una primera corrección, en el sentido de que el primer destinatario de la información médica es el mismo interesado, esto es, el paciente o usuario de los servicios sanitarios. Sólo cuando no se le pueda informar por las circunstancias concurrentes, o, incluso, no quiera recibir los datos relativos a su estado de salud, se facilitará a sus familiares o allegados» (Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 77-78).

presenta mayores dificultades de prueba. Ahora bien, muchas más dificultades plantea el permiso tácito, pues exige del profesional sanitario una interpretación de los actos del paciente en aras de dirimir si los mismos reflejan su conducta concluyente (*facta concludentia*) en el sentido de autorizar la información a sus vinculados. Además, como indica el propio artículo 5.1 LAP, se informará a los vinculados «en la medida que lo permita el paciente», de modo que éste no debe únicamente autorizar la información a sus vinculados, sino que también debe delimitar el alcance de dicho permiso tanto en lo relativo a su contenido como a los sujetos que han de ser informados²²³, vulnerando el médico el derecho a la intimidad del paciente cuando informe a sujetos no autorizados o cuando proporcione a una persona autorizada una información que exceda la permitida por el paciente.

Estas exigencias, que en la teoría plantean escasa problemática, presentan una ingente dificultad en su aplicación práctica, que pretendemos poner de relieve con la exposición de un supuesto hipotético que, si bien es fruto de nuestra invención, se puede identificar con situaciones bastante frecuentes en la praxis clínica cotidiana. Imaginemos una mujer que se somete a una biopsia por punción para determinar la naturaleza de unos nódulos detectados en su seno izquierdo. A la semana de practicarse la prueba diagnóstica, recibe una llamada telefónica del hospital por la que se le cita al día siguiente a la consulta del cirujano para comunicarle los resultados de la anatomía patológica. El día y hora señalados, la mujer acude a la cita médica acompañada de su marido y, tras ser llamada por megafonía, ambos entran en la consulta y toman asiento. Habida cuenta de que la mujer es conocedora de que la cita del cirujano es para comunicarle el resultado de la biopsia de seno practicada, no parece descabellado que el facultativo pueda apreciar la existencia de una autorización tácita de la paciente para que su marido también reciba la información sobre el resultado de los análisis del patólogo. Ahora bien, supongamos que la biopsia arroja un resultado positivo, esto es, que la paciente presenta un diagnóstico de cáncer, considerando el cirujano que el curso terapéutico más recomendable es la mastectomía. En tal caso, no resulta tan evidente que la autorización tácita otorgada por la paciente, abarque la información a su esposo sobre la naturaleza, riesgos, consecuencias y alternativas terapéuticas a la mastectomía recomendada, bajo el argumento de que la paciente puede vaticinar que, en caso de arrojar la anatomía patológica un resultado positivo, el cirujano podría informarle en la misma consulta sobre el curso de la acción médicamente recomendable y que, aun así, decide entrar en la consulta con su marido. Bajo nuestro punto de vista, tal

²²³ Berrocal Lanzarot , Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 102.

razonamiento resulta inaceptable, debiendo el médico, a fin de garantizar la indemnidad del derecho a la intimidad de la paciente, pedir al marido que salga de la consulta momentáneamente y, una vez a solas con la paciente, preguntarle si desea que su esposo reciba la información sobre la cirugía aconsejada. No obstante, quedan a salvo de la conclusión previa los supuestos en que es la propia paciente quien, delante de su esposo, pregunta al facultativo sobre el curso de la acción terapéutica recomendada, en cuyo caso parece obvio que está autorizando tácitamente al médico para que le facilite su información asistencial en presencia de su marido.

La segunda gran dificultad que plantea la aplicación práctica del artículo 5.1 LAP es la determinación del alcance de la expresión «vinculados por razones familiares o de hecho», evidentemente, cuando el paciente no haya autorizado la información a sujetos concretos. Por lo que respecta a los familiares emerge el interrogante acerca del alcance del concepto de familia a estos efectos: ¿abarca únicamente a los parientes consanguíneos o también a los afines?; ¿sólo a los parientes línea recta o también a los colaterales?; ¿incluye a todos los parientes con independencia de su proximidad o se impone algún límite de grado?; ¿se debe informar a todos los vinculados o hay que respetar un determinado orden de prelación? Ninguno de los interrogantes anteriores encuentra respuesta ni en la LAP ni en las normas autonómicas de derechos de los pacientes. Asimismo, resulta complicado su abordaje desde el prisma del CC, habida cuenta de que éste no prevé un concepto general de familia aplicable a todos los supuestos, sino que, por el contrario, delimita la familia con un perímetro más o menos amplio dependiendo del concreto supuesto cuya regulación aborde, no ocupándose específicamente de la situación prevista en el artículo 5.1 LAP²²⁴. Por su parte, similar problemática

²²⁴ Así, a título meramente ejemplificativo, el CC circumscribe la familia al cónyuge, parientes en línea recta sin límite de grado y colaterales hasta el cuarto grado en la sucesión intestada (artículos 930 a 955 CC), mientras que, en sede de impedimentos matrimoniales, la restringe a los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta sin límite de grado y por consanguinidad en línea colateral hasta el tercer grado (artículo 47 CC), si bien cabe la dispensa del impedimento de parentesco de tercer grado entre colaterales (artículo 48 CC). En la doctrina, postula Muñoz Jurado : «¿Qué entender por personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho? Ciertamente, la ley no define con claridad estos conceptos; a tal fin, aplicando la opinión jurisprudencial de ciertos órganos judiciales en el ámbito laboral, pudiera considerarse familiares los cónyuges, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. No obstante, parece, por la complejidad de los temas que se trata, más conveniente optar por una interpretación amplia de ambos conceptos, no constriniéndola, por ejemplo, al ámbito matrimonial, tal y como mantiene la propia ley y la jurisprudencia constitucional acerca del concepto de familia, ya que este tipo de información tiene gran importancia intrínseca, ya que juega un papel preponderante a quienes, moral o jurídicamente, deban prestar asistencia al paciente» (Muñoz Jurado , Francisco Javier, *El consentimiento informado y la responsabilidad civil del profesional sanitario*, Aula Salud Siglo XXI, Las Palmas de Gran Canaria, 2003, ed. digital, p. 76).

plantea la delimitación del concepto de vinculados por razones de hecho: ¿qué tipo de relación legitima el acceso a la información asistencial del paciente (de amistad, profesional, de convivencia...)?²²⁵. Tampoco encontramos solución al respecto en nuestra legislación, ni estatal ni autonómica. Probablemente, la opción del legislador al no resolver los antedichos interrogantes (ni otros muchos que la expresión «vinculados por razones familiares o de hecho» genera) haya sido la más idónea, puesto que el paciente, en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 5.1 LAP, es plenamente capaz, con lo que la persona más indicada para delimitar el alcance del concepto «vinculado» a estos efectos es el propio paciente.

En suma, como hemos pretendido poner de relieve en las líneas precedentes, la interpretación y aplicación práctica del artículo 5.1 LAP no resulta en absoluto pacífica. No obstante, sí que podemos postular una conclusión elemental e indiscutible, a saber, con independencia de que el paciente autorice expresa o tácitamente la información a otras personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, es el propio paciente el que, en su caso, debe prestar el consentimiento informado. Esta deducción, si bien no la prevé expresamente el artículo 5.1 LAP, sí que podemos extraerla del artículo 9.1 del mismo cuerpo legal, conforme al cual, incluso aunque el paciente renuncie a recibir su información asistencial, a él le corresponde otorgar el consentimiento previo a la actuación médica propuesta.

2.3 Pacientes con la capacidad modificada judicialmente

Establece el artículo 5 LAP, en su apartado segundo, que «[e]l paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.» El primer y elemental interrogante que plantea el precepto reproducido es el relativo a su ámbito de aplicación y, concretamen-

²²⁵ La LGS, por su parte, utilizaba, en el derogado artículo 10.5, un término aún más impreciso y de compleja exégesis, a saber, «allegados» al paciente. La expresión «vinculados por razones de hecho», utilizada por el vigente artículo 5.1 LAP, no resulta en absoluto pacífica en su interpretación, pero, al menos, sí que se desprende de la misma que la persona a la que se le vaya a proporcionar la información tiene que tener una «vinculación» con el paciente, aunque sea meramente «de hecho». Por el contrario, el término «allegados» resulta de mucha mayor ambigüedad. En la doctrina, Sánchez González define los allegados como sigue: «Puesto que esta expresión de allegados, en el texto de la norma, se enfrenta a la de «familiares», habrá que entender que aquéllos son personas muy próximas al enfermo que, sin embargo, no detentan la condición de parientes del mismo» (Sánchez González, María Paz, *La impropiedad...* op. cit., p. 88).

te, si se refiere a las situaciones en que el paciente tiene modificada judicialmente su capacidad o, por el contrario, a aquéllas en las que el paciente no tiene capacidad natural suficiente para entender su información asistencial sin que, sin embargo, haya sido modificada su capacidad legal por sentencia judicial. Si bien es cierto que a favor de este último posicionamiento podría argüirse el hecho de que el precepto se refiere a los casos de «incapacidad», y no de «incapacitación» o «modificación judicial de la capacidad»²²⁶, esta postura debe descartarse por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque el precepto alude al deber de informar también al «representante legal» del paciente, no existiendo tal representación en las situaciones de incapacidad natural, salvo, obviamente, que el paciente sea un menor de edad no emancipado que no tenga madurez suficiente para entender su información asistencial, en cuyo caso su representante legal sería aquella persona titular de la patria potestad o tutela. Y, en segundo lugar, porque, de la interpretación sistemática de los apartados segundo y tercero del artículo 5 LAP, se infiere que las situaciones de incapacidad natural encajan mejor en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 5.3 LAP, como tenemos la ocasión de comprobar pronto en nuestra exposición. De esta manera, concluimos que el artículo 5.2 LAP se dirige a identificar a los destinatarios de la información asistencial del paciente cuando éste tiene la capacidad modificada judicialmente.

Como sabemos, la modificación judicial de la capacidad únicamente puede declararse por sentencia judicial (artículo 199 CC) y sólo cuando el sujeto padezca una enfermedad o deficiencia persistente de índole física o psíquica que le impida gobernarse por sí mismo (artículo 200 CC), debiendo la sentencia determinar «la extensión y los límites» de la modificación judicial de la capacidad (artículo 760 LEC). En consecuencia, sólo se aplica el artículo 5.2 LAP cuando la sentencia de modificación judicial de la capacidad haya inhabilitado al paciente para la realización por sí mismo de las actuaciones en el ámbito de su salud en general, o para recibir su información asistencial en particular. Por el contrario, si en la sentencia de modificación judicial de la capacidad no se contiene una prohibición o limitación expresa a la capacidad del paciente en el sentido indicado, debe ser el propio paciente el que ha de recibir la información asistencial por aplicación del artículo 5.1 LAP en su primer inciso, salvo que se acredite su incapacidad natural para entender la información, en cuyo caso resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 5.3 LAP²²⁷.

²²⁶ Ésta última es la terminología adaptada a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

²²⁷ Éste es el posicionamiento adoptado por las legislaciones autonómicas de muerte digna. Así, el artículo 20.2 Ley de Muerte Digna de Andalucía, primera ley de muerte digna promulgada en España y en la que el resto de legisladores autonómicos que regulan en la materia encuentran una profunda inspiración.

La conclusión anterior nos sirve como regla de principio; sin embargo, nuestra investigación nos conduce a un interrogante aún más profundo: ¿puede un órgano jurisdiccional incapacitar a un sujeto, en general, para el ejercicio de sus derechos de la personalidad y, en particular, para recibir cualquier información relativa a su salud, con independencia de su complejidad? Desde nuestra perspectiva, dicha incapacitación absoluta en la esfera sanitario-informativa no resulta admisible como regla general, pues debe existir una correlación incondicional entre los supuestos para cuya realización el sujeto queda inhabilitado por sentencia judicial y aquéllos para cuya realización el mismo no presenta capacidad natural suficiente. Sólo en los supuestos (difícilmente imaginables) en que el paciente presenta una patología física o psíquica de tal envergadura que le impide entender su información asistencial, por muy simple que sea la misma, podría llegar a admitirse tal incapacitación absoluta (verbigracia, cuando el paciente se encuentra en estado vegetativo persistente). Más allá de estos casos, lo más idóneo es que el órgano jurisdiccional, en su sentencia, declare la incapacitación del sujeto para recibir la información asistencial que su capacidad natural no le permita comprender, dejando a los expertos la decisión *ad hoc* sobre si el sujeto presenta o no suficiente capacidad natural para actuar por sí mismo. Ahora bien, sí reputamos admisible que el juez o tribunal pueda especificar ciertos actos que el sujeto no va a poder realizar personalmente, pues su estado físico y/o psíquico permite presumir que el mismo no reúne las condiciones de capacidad suficientes para ello. No obstante, se trataría la anterior de una presunción *iuris tantum*, no existiendo óbice para que, si el profesional sanitario considera que un concreto paciente que necesita de una determinada intervención quirúrgica presenta capacidad natural bastante para entender la información relativa a dicha actuación sanitaria, pueda suministrarle personalmente la información asistencial pese a estar incapacitado para ello. A nuestro entender, tal conclusión puede deducirse de la aplicación analógica del artículo 162.1.º CC al presente supuesto²²⁸, precepto que exceptúa de la representación legal que ostentan los padres sobre sus hijos

Establece el antedicho precepto de la ley andaluza lo que sigue: «En el caso de pacientes incapacitados judicialmente se estará a lo dispuesto en la sentencia judicial de incapacitación, salvo que en ella no exista prohibición o limitación expresa sobre la recepción de información o la prestación del consentimiento informado, situación en la cual el médico o la médica responsable valorará la capacidad de hecho de los mismos, en la forma establecida en el artículo 20.» *Vid.* también Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 10.2); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 10.2); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 10.2) y Ley de Muerte Digna de Madrid (artículo 9.2).

²²⁸ Santos Morón, María José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 35; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 119.

menores no emancipados y sujetos a patria potestad «[I]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.» Por consiguiente, si resulta acreditado que el paciente con la capacidad modificada judicialmente tiene capacidad bastante para entender su información asistencial, debe ser él quien la reciba, solución a la que podría llegarse aplicando el artículo 5.1 LAP en su primer inciso. En todo caso, cuando el profesional sanitario albergue cierta inseguridad sobre las condiciones de capacidad del paciente, tiene abierta la posibilidad de acudir ante el juez en la búsqueda de una autorización para informar al paciente en persona, esto es, excluyendo la información a su representante legal. Asimismo, puede el facultativo poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las circunstancias que hayan podido sobrevenir a la sentencia de modificación judicial de la capacidad al objeto de que inicie un nuevo proceso judicial al objeto de reintegrar la capacidad del paciente o de modificar el alcance de su incapacitación (artículo 761 LEC).

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el paciente con la capacidad modificada judicialmente que, en virtud de sentencia, no puede recibir su información asistencial, no presente la capacidad natural suficiente para entenderla, en cuyo caso resulta de aplicación el artículo 5.2 LAP, conforme al cual la información debe proporcionarse tanto a él (de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión) como a su representante legal²²⁹. En otros términos, el profesional sanitario debe informar tanto al paciente como a su representante legal, si bien proporcionando al primero una versión de la información adaptada a sus posibilidades de entendimiento. El concepto de representante

²²⁹ Quien escribe, sin embargo, se muestra a favor de adaptar las previsiones del artículo 5.2 LAP a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de cuyo artículo 12, en sus apartados tercero y cuarto, se infiere la pretensión de reemplazar la figura del representante por un sistema de «apoyo» al discapacitado, que posibilite el ejercicio de su capacidad jurídica, y de «salvaguardias adecuadas y efectivas», que impidan los abusos que pueda sufrir de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Dice el precepto: «3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo en que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.» Aplicando estas previsiones al supuesto de hecho del artículo 5.2 LAP, el paciente con la capacidad modificada judicialmente tendría derecho a recibir su información asistencial (y a prestar el consentimiento informado), pudiendo valerse para ello de las medidas de apoyo que el Estado haya establecido al objeto de permitir el ejercicio de tales derechos por el incapacitado, estableciéndose así una suerte de «curatela institucional».

legal plantea en principio escasa controversia, pudiendo incluirse en el mismo, a los efectos del artículo 5.2 LAP, al tutor (artículo 267 CC) y al progenitor titular de la patria potestad prorrogada o rehabilitada sobre un hijo cuya capacidad haya sido modificada judicialmente (artículo 171 CC)²³⁰. Ahora bien, sobre la base del artículo 760.1 LEC, por mandato del cual la sentencia que declare la modificación judicial de la capacidad determinará «el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado», puede el juez o tribunal nombrar al sujeto incapacitado un curador, que, sin representarlo, lo asista en aquellos actos que expresamente establezca la sentencia judicial (artículo 289 CC). De este modo, en estricto rigor técnico, no deben los supuestos de curatela encuadrarse en el ámbito de aplicación del artículo 5.2 LAP, siendo ésta, además, la solución más coherente con la concepción de la curatela como una asistencia prevista, en esencia, para desplegar sus efectos en el ámbito patrimonial del incapacitado, concepción que bien se desprende de su regulación legal (artículos 286 y siguientes CC). Por tanto, cuando el paciente esté sujeto por sentencia judicial a un régimen de curatela, resulta de aplicación el artículo 5.3 LAP, a cuyo estudio dedicamos el apartado que sigue²³¹.

Del análisis expuesto del artículo 5.2 LAP, concluimos que las situaciones a las que resulta aplicable podrían reconducirse al supuesto de hecho, bien del primer inciso del artículo 5.1 LAP (si, habiendo sido el paciente inhabilitado por sentencia judicial para recibir su información asistencial, se acredita que el mismo ostenta unas condiciones suficientes de capacidad para entender dicha información), bien del artículo 5.3 LAP (cuando el paciente no reúna la capacidad natural suficiente para comprender la información). En tal caso, podemos pre-

²³⁰ Dejamos a un lado la representación legal ejercida por los progenitores sobre sus hijos menores sujetos a patria potestad, puesto que a los menores de edad les dedicamos un epígrafe específico dentro de este mismo capítulo (*vid. infra*, apartado 2.5).

²³¹ Abundando en esta línea, señala Domínguez Luelmo : «creo que están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 5.3 los incapacitados sometidos a curatela, en atención a su grado de discernimiento. Será el criterio del médico responsable el que determine si sólo se debe informar a éstos o también a las personas vinculadas a los mismos. En principio, dado que el derecho a la información tiene carácter personalísimo, si a juicio del médico el incapacitado tiene aptitud para entender aquélla, sólo se podrá informar a las personas vinculadas a él cuando éste lo permita expresa o tácitamente. No obstante, resulta dudoso si la información se debe proporcionar sólo al curador, que generalmente será un familiar del incapacitado o a las personas a las que se refiere el artículo 5.3 de la Ley 41/2002. La curatela de los incapacitados tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido, actos que, en general, tendrán contenido patrimonial. Por ello entiendo que la información en estos casos excepcionales se realizará a las personas vinculadas al paciente incapacitado, por razones familiares o de hecho, sin que debamos ceñirnos a la figura del curador» (Domínguez Luelmo , Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 253).

guntarnos si el artículo 5.2 LAP resulta prescindible o si, por el contrario, presenta alguna utilidad. Ante tal interrogante abogamos por la conveniencia de conservar el mencionado precepto, pues sirve para justificar una presunción *iuris tantum* de incapacidad del paciente para realizar aquellos actos específicamente contemplados en la sentencia de modificación judicial de la capacidad

2.4 Pacientes sin capacidad natural suficiente para entender la información

Como hemos señalado en líneas anteriores, el artículo 5.3 LAP²³² se ocupa de designar a los destinatarios de la información asistencial del paciente cuando éste carece (temporal o permanentemente²³³) de capacidad natural para entenderla a causa de su estado físico o psíquico. Para tales situaciones, el precepto resuelve que la información se ha de poner en conocimiento de los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho.

El primer atolladero que plantea el precepto recae sobre la difícil determinación de su ámbito de aplicación, habida cuenta de la problemática que conlleva, en muchas ocasiones, la valoración de la capacidad natural de los pacientes, ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de criterios objetivos y estandarizados de evaluación de la capacidad, no habiéndose desarrollado tampoco dichos estándares en sede ni judicial²³⁴ ni notarial²³⁵. Desde nuestra perspectiva, la opción del legislador, al no establecer unos protocolos para la medición de la capacidad de los sujetos ni unos estándares mínimos de capacidad que han de reunir los mismos para poder realizar un determinado acto, debe ser aplaudida, pues son

²³² Dice el artículo 5.3 LAP: «Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.»

²³³ Coincidimos con Gallardo Castillo cuando afirma, con referencia al artículo 5.3 LAP: «El precepto parece tan sólo aludir a situaciones de incapacidad de carácter originario y natural. Sin embargo, entiendo que ello puede extenderse a aquellas otras en que se alcanza ese nivel de inconsciencia, de incapacidad transitoria o de imposibilidad de comprender por razones de anestesia, de ansiedad o de nerviosismo que incapacita a la persona para entender la información y para emitir un consentimiento de un modo válido, eficaz y responsable» (Gallardo Castillo, María Jesús, «Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 75, 2009, p. 76). En igual sentido, Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario... op. cit.*, pp. 252-253.

²³⁴ Jueces y tribunales fundamentan sus juicios de capacidad en los informes periciales elaborados por expertos que, ante la ausencia de criterios estandarizados y objetivos para la valoración de la capacidad de las personas, suelen cimentar sus evaluaciones en herramientas, por lo general, diseñadas para otras funciones y en una evaluación clínica realizada sobre la base de una exploración personal del sujeto (Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos en torno al consentimiento informado», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29 –Suplemento 3–, 2006, p. 37).

²³⁵ Recordemos que el notario está legalmente obligado a realizar juicios de capacidad en numerosos supuestos, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, el deber que le impone el artículo 685 CC de garantizar que, a su juicio, el testador ostenta la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

los expertos en esta materia (forenses, psiquiatras, psicólogos...) los que habrían de definir tales criterios y decidir qué condiciones mínimas de capacidad deberé reunir un sujeto para poder realizar un cierto acto, partiendo de la base de que la capacidad exigida a las personas debe variar en atención al concreto acto que se propongan realizar. El problema, en coherencia con lo sostenido por Simón Lorda *et. al.*, es que ni forenses, ni psiquiatras, ni psicólogos clínicos han elaborado protocolos de actuación para evaluar la capacidad de los pacientes ni poseen una formación específica en la materia, pese a que dichos profesionales se enfrentan, con creciente frecuencia, a la necesidad de auxiliar al médico que asiste al paciente en la labor de valorar su capacidad para ser informado y adoptar las decisiones relativas a su salud²³⁶. La consecuencia, simple y evidente: los profesionales sanitarios realizan «evaluaciones de facto»²³⁷, fundadas, en esencia, en sus apreciaciones subjetivas y en las de otros profesionales a los que solicitan su asistencia²³⁸. Ante esta situación, generadora de un ingente desasosiego entre pacientes y profesionales sanitarios, los legisladores autonómicos intentan arrojar algo de luz a la cuestión proponiendo una serie de factores que, como mínimo, los profesionales sanitarios han de evaluar para determinar la situación de incapacidad de hecho de un paciente. Con esta tendencia se alinea el artículo 20 Ley de Muerte Digna de Andalucía²³⁹:

«1. El médico o médica responsable es quien debe valorar si la persona que se halla bajo atención médica pudiera encontrarse en una situación de incapacidad de hecho que le impidiera decidir por sí misma. Tal valoración debe constar adecuadamente en la historia clínica. Para determinar la situación de incapacidad

²³⁶ Simón Lorda, Pablo, *et. al.*, «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén, Diego y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier (eds.), Triacastela, 2004, p. 64; Simón Lorda, Pablo, «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 28, n. 102, 2008, p. 327.

²³⁷ Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, p. 37.

²³⁸ En virtud del artículo 5.3 LAP, es el médico que «asiste» al paciente el que ha de valorar su capacidad para entender la información asistencial. Bien es cierto que aquél puede buscar ayuda para realizar dicho juicio de capacidad en otros profesionales de la salud (expertos forenses, psiquiatras, psicólogos...) e, incluso, en el Comité de Ética Asistencial del hospital, teniendo la posibilidad de acudir en última instancia a la autoridad judicial (Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 118). Ahora bien, la posibilidad de consulta en ningún caso implica que el médico designado por el artículo 5.3 LAP ostente la facultad de delegar en otros profesionales la valoración de la capacidad del paciente, recayendo sobre él la responsabilidad última sobre el juicio de capacidad realizado (Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, p. 37; Simón Lorda, Pablo, «La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas. Aproximación al problema de la competencia del enfermo*, n. 14, 2008, Barcelona, p. 44).

²³⁹ La Ley de Muerte Digna de Andalucía es la regulación pionera en España en materia de dignidad del paciente en el proceso de morir, habiéndose inspirado el legislador autonómico para redactar el aludido precepto en el artículo doctrinal Roth, L. H., *et al.*, «Test of competency to consent to treatment», *The American Journal of Psychiatry*, vol. 134, n. 3, 1977, pp. 279-284.

de hecho se evaluarán, entre otros factores que se estimen clínicamente convenientes, los siguientes:

- a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra
- b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones.
- c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones.
- d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas.
- e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla

2. Para la valoración de estos criterios se podrá contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención de los pacientes. Asimismo, se podrá consultar a la familia con objeto de conocer su opinión.

3. Una vez establecida la situación de incapacidad de hecho, el médico o médica responsable deberá hacer constar en la historia clínica los datos de quién deba actuar por la persona en situación de incapacidad, conforme a lo previsto en el artículo 10.1²⁴⁰.»

Por otra parte, en el epígrafe dedicado al examen del artículo 5.1 LAP²⁴¹, pusimos de relieve las dificultades que conlleva la determinación del alcance de la expresión «vinculados por razones familiares o de hecho» y la posible existencia de una jerarquía entre los vinculados al paciente en el recibimiento de la información asistencial. En aquel momento, advertimos que el silencio legal en torno a tales interrogantes no presenta excesiva trascendencia e, incluso, que puede tratarse de una omisión intencional, habida cuenta de que el paciente plenamente capaz para entender la información es la persona más idónea para designar los sujetos que deben ser informados junto a él. Sin embargo, en el supuesto de hecho del artículo 5.3 LAP, sí que presenta una gravedad remarkable el silencio del legislador estatal con relación a tales incógnitas en los casos en que el paciente, amén de carecer de capacidad natural bastante para entender su información asistencial, también carezca de las condiciones de capacidad suficientes para designar a las personas que quiere que sean informadas en su lugar (verbigracia, por encontrarse en estado de inconsciencia)²⁴².

²⁴⁰ En igual dirección, Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 20); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 20); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 17); Ley de Muerte Digna de Navarra (artículo 19) y Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 20).

²⁴¹ *Vid. supra*, apartado 2.2 del presente capítulo de nuestra obra.

²⁴² Cuando el paciente incapaz de entender su información asistencial sí que conserva las condiciones de capacidad natural suficientes para designar a los destinatarios de la información, evidentemente, debe respetarse su voluntad. Del mismo modo, deben cumplirse los deseos del paciente en tal sentido cuando, aun encontrándose en el momento presente en situación de incapacidad, su voluntad ha sido expresada previamente, sea en un documento de instrucciones previas (artículo 11 LAP) o en declaraciones

Estos interrogantes son atendidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en sus legislaciones sobre muerte digna. Así, el artículo 10.1 Ley de Muerte Digna de Andalucía dice como sigue:

«Cuando la persona que se halla bajo atención médica esté en situación de incapacidad de hecho, a criterio de su médico o médica responsable, tanto la recepción de la información, como la prestación del consentimiento y, en su caso, la elección del domicilio para recibir cuidados paliativos integrales, a que se refiere el artículo 12.2, se realizarán, por este orden, por la persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada, por la persona que actúe como representante legal, por el cónyuge o la cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, por los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad, sin perjuicio de lo que pudiera decidir la autoridad competente conforme a la legislación procesal²⁴³.»

Por último, estimada por el médico que asiste al paciente su incapacidad para entender la información asistencial, surge un interrogante básico, a saber, si, amén de los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho, debe éste también ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión. Y es que, pese a que la lógica impone la respuesta afirmativa a tal cuestión, la omisión en el artículo 5.3 LAP de toda referencia al respecto nos exige ponerla sobre el tapete²⁴⁴. No obstante, pese al silencio del legislador estatal, la respuesta afirmativa resulta obligada sobre la base de dos premisas esencialmente.

De un lado, por aplicación del argumento interpretativo *a maiori ad minus*, consistente en la aplicación del argumento *a fortiori* a situaciones o sujetos que se encuentran en una situación más ventajosa que aquélla para la que expresamente es prevista la norma y que, en consecuencia, amerita su aplicación con

verbales, si bien estas últimas presentan mayor dificultad probatoria. De igual manera, cuando el paciente prohíbe la información a cualquier persona, su voluntad debe ser respetada, como declaran la Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 18.1 *in fine*) y la Ley 3/2009 de la Región de Murcia (artículo 31.1).

²⁴³ Vid. también Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 10.1); Ley de Muerte Digna de Navarra (artículo 11.1); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 10.1); Ley de Muerte Digna de Galicia (artículo 5.2); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 10.1) y Ley de Muerte Digna de Madrid (artículo 9.1). En la doctrina, afirma Velazco Ramos: «Ante el silencio de la norma, entendemos que por «personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho» debe entenderse al cónyuge o persona ligada con el paciente por análoga relación de afectividad; en su defecto, por los familiares de grado más próximo y, dentro del mismo grado, los de mayor edad» (Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica... op. cit.*, p. 584). En idéntico sentido, Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 45; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*

²⁴⁴ El artículo 3.3 Ley 21/2000 de Cataluña reconoce expresamente a los pacientes incapaces el derecho a ser informados: «Si el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, debe informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas».

mayor motivo²⁴⁵. De este modo, si el artículo 5.2 LAP reconoce al paciente con la capacidad modificada judicialmente el derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión²⁴⁶, con mayor razón debe reconocerse tal derecho a aquellos pacientes que presenten una situación de incapacidad meramente natural, esto es, no existiendo una sentencia judicial de modificación de la capacidad en la que expresamente se prohíba o limite su capacidad para recibir la información sobre su estado de salud.

De otro lado, a igual solución nos conduce la aplicación del artículo 9.7 LAP, cuyo tenor literal es el que transcribimos de seguido:

«La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento²⁴⁷.»

Esta cuestión es clarificada expresamente en diversas legislaciones autonómicas sobre los derechos de los pacientes, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, el artículo 5.3 Ley 3/2005 de Extremadura, que dice:

«En caso de incapacidad del paciente, o en aquellos casos en que, a criterio del médico que le asiste, el paciente carece de capacidad para entender la información o para hacerse cargo de su situación, a causa de su estado físico o psíquico, se deberá informar a la persona que ostente su representación o, en su defecto, a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho que asuman la respon-

²⁴⁵ Este argumento interpretativo permite extender la cualificación jurídica prevista por la norma a sujetos o situaciones que presentan mayores méritos para la atribución de tal cualificación jurídica, aunque la norma no se las otorgue. Como podemos comprobar, se trata de un argumento basado, no en la semejanza entre los sujetos o situaciones (que constituye la base del argumento analógico), sino en la *ratio* de la norma (Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 356-357).

²⁴⁶ Como expusimos con detalle en el epígrafe precedente, aunque el artículo 5.2 aluda literalmente a las situaciones de «incapacidad», tal referencia debe entenderse hecha a la modificación judicial de la capacidad, debido a que las situaciones de incapacidad natural presentan un mejor encaje en el supuesto de hecho del artículo 5.3 LAP.

²⁴⁷ Abundando en esta línea, declaran los apartados primero y segundo del artículo 13 del Código de Deontología Médica de 2011: «1. Cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho. 2. El médico deberá ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita.»

sabilidad de las decisiones que hayan de adoptarse a propuesta del médico, sin perjuicio de la obligación de informar al paciente en la medida en que lo permitan las circunstancias y su grado de comprensión²⁴⁸.»

A modo de conclusión, una vez abordada la problemática esencial que plantea la literalidad del artículo 5.3 LAP, únicamente nos queda hacer hincapié en lo conveniente que resultaría la validación de unos criterios estandarizados y objetivos de evaluación y determinación de la capacidad mínima exigida al paciente para recibir su información asistencial por sí mismo²⁴⁹, umbral de capacidad que, en todo caso, debe variar en atención a la complejidad de la información a recibir²⁵⁰. El establecimiento de tales criterios viene recomendado, no sólo por la complejidad que conlleva la valoración de la capacidad de los pacientes, al tratarse de una situación de hecho (y no jurídica), sino también por la necesidad de realizar tal juicio de capacidad de modo continuado, habida cuenta de que la capacidad natural del paciente es dinámica y cambiante en atención a circunstancias que pueden ser tan episódicas como su estado anímico. Entretanto se validan dichos estándares, entendemos que sería conveniente que, en aras de suprimir (o, al menos, reducir) la subjetividad del galeno en la evaluación de la capacidad del paciente, en los supuestos dudosos el juicio de capacidad no sea realizado en exclusiva por el médico que asiste al paciente (como exige el artículo 5.3 LAP), sino por un colegio integrado, al menos, por dos profesionales sanitarios, siendo uno de ellos un especialista en las ciencias forenses, en la psiquiatría o en la psicología.

2.5 Pacientes menores de edad

2.5.1 El sorprendente olvido del derecho a la información del menor de edad

El derecho a la información asistencial del menor de edad merece una consideración especial por la sorprendente razón de que no viene reconocido expre-

²⁴⁸ La norma reproducida se aplica, como se infiere de su propio tenor literal, tanto a las situaciones en que la capacidad del paciente ha sido modificada judicialmente (a las que el precepto se refiere como supuestos de «incapacidad», pese a que, en puridad, se trata de casos de «incapacitación» o «modificación judicial de la capacidad») como a aquéllas en la que el paciente presenta una incapacidad de hecho (esto es, cuando «a criterio del médico que le asiste, el paciente carece de capacidad para entender la información o para hacerse cargo de su situación, a causa de su estado físico o psíquico). *Vid.* también Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 18.3); Ley 3/2009 de la Región de Murcia (artículo 31.2); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 7.2) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 43.3).

²⁴⁹ Muñoz Jurado, Francisco Javier, *El consentimiento...* *op. cit.*, p. 74.

²⁵⁰ Simón Lorda, Pablo, «La evaluación...» *op. cit.*, p. 59.

samente en el artículo 5 LAP, del mismo modo que tampoco se contemplaba de modo explícito a los menores de edad como titulares del derecho a la información asistencial en el derogado artículo 10.5 LGS, silencio mantenido por el legislador en el año 2002 pese a que la Resolución C 148/37, de 16 de junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Niños Hospitalizados, reconoce al menor el derecho a recibir «una información adaptada a su edad, a su desarrollo mental, a su estado afectivo y psicológico, sobre el conjunto del tratamiento médico al que está sometido y las perspectivas positivas que ofrece». Ahora bien, el silencio del legislador estatal no ha de entenderse en modo alguno como una negación tácita del derecho a la información asistencial del paciente menor de edad²⁵¹, sino que, por el contrario, existen múltiples apoyaturas legales que justifican el reconocimiento al menor de edad como destinatario de la información en el ámbito de su salud. En las líneas que siguen nos proponemos exponer con cierto detalle el marco legal en el que encuadrar el derecho a la información asistencial del paciente menor de edad.

2.5.2 Menor de edad y capacidad de obrar

La exposición de la temática planteada debe comenzar con una afirmación que al lector, muy probablemente, le parecerá de Perogrullo: menor de edad es aquel sujeto que no ha llegado a la mayoría de edad. No obstante, pese a su obviedad, este aserto no es baladí, pues nuestro ordenamiento jurídico marca el inicio de la mayoría de edad, debiendo definirse la minoría de edad, irremediadamente, por referencia a aquélla, siendo menor de edad todo aquél que no ha alcanzado aún los dieciocho años (artículo 12 CE y 315 CC). De esta suerte, la mayoría de edad puede definirse como un estado civil que implica el tránsito de un estatus caracterizado por el sometimiento del sujeto a la patria potestad (o tutela, en su caso), con la consiguiente limitación de la capacidad de obrar que ello conlleva, al reconocimiento de la plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, esto es, de «aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos»²⁵².

A sensu contrario, podemos interpretar que el menor de edad, si bien goza de plena capacidad jurídica desde su entero desprendimiento del seno mater-

²⁵¹ Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, p. 29.

²⁵² Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Cavanillas Sánchez, Antonio, et al. (coords.), Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 956.

no²⁵³, esto es, de «aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones», por constituir ésta «una cualidad esencial de la persona que ostenta por el mero hecho de serlo»²⁵⁴, no le reconoce nuestro Derecho plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico²⁵⁵, concepto superado en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁵⁶. Ahora bien, en modo alguno queremos decir que el menor de edad carece absolutamente de capacidad de obrar²⁵⁷, sino que ésta se le atribuye de modo progresivo o evolutivo²⁵⁸ en atención a alguno de los tres criterios alternativos que exponemos de seguido.

El primero es un criterio objetivo, basado en el establecimiento de diversos hitos en el desarrollo biológico del menor, ampliándose la capacidad de

²⁵³ En virtud del artículo 30 CC, es el entero desprendimiento del seno materno lo que determina la adquisición de personalidad y, con ella, la capacidad jurídica, que acompaña al sujeto a lo largo de toda su vida hasta el momento de su fallecimiento, cuando se extingue su personalidad (artículo 32 CC) y, consiguientemente, su capacidad jurídica. Podemos comprobar cómo la capacidad jurídica es estática, pues su reconocimiento es consecuencia necesaria del nacimiento y, desde entonces, escolta al sujeto durante toda su vida, manteniéndose intacta con independencia de la edad biológica y desarrollo psicológico del sujeto e, incluso, de la posible modificación judicial de su capacidad. En definitiva, no pueden distinguirse diversos grados en la capacidad jurídica (a diferencia de lo que ocurre con la capacidad de obrar, que es dinámica, como podemos comprobar seguidamente en nuestra explicación), reconociendo el ordenamiento jurídico a toda persona capacidad jurídica plena al margen de las condiciones de capacidad natural y legal que pueda presentar a lo largo de su vida.

²⁵⁴ Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural...» *op. cit.*, p. 956.

²⁵⁵ Así, reproduciendo a Bastos Telles Nunes, en una conclusión que, si bien no está referida específicamente a los menores de edad, es perfectamente aplicable a los mismos: «todas as pessoas por terem personalidade jurídica (aptidão para ser sujeito de direitos e de deveres) têm capacidade de direito (qualidade para ser sujeito de direitos e de deveres), mas nem todas as pessoas têm capacidade de fato (habilitação para exercer, por si mesmas, a titularidade de direitos e de deveres), sendo estas últimas consideradas incapazes para a prática de determinados atos, por expressa determinação legal, necessitando de assistência ou representação para agir na vida civil» (Bastos Telles Nunes, Lydia Neves, «O incapaz e o consentimento informado», *Revista Sequência*, n. 55, 2007, p. 291).

²⁵⁶ Del artículo 12 de la citada Convención y, más concretamente, de sus apartados tercero y cuarto (*vid. supra*, nota al pie n. 229), se colige que todas las personas con discapacidad, al margen de su capacidad de obrar, tienen derecho a ejercitar su capacidad jurídica, debiendo los Estados Partes diseñar un sistema de «apoyo», que posibilite dicho ejercicio, y «salvaguardias adecuadas y efectivas», que impidan los abusos de los que tales personas puedan ser objeto.

²⁵⁷ Postulan Simón Lorda y Barrio Cantalejo que «[l]a tradicional afirmación de que los menores son, por definición, incapaces para tomar decisiones sanitarias en cuestiones que les afecten, carece actualmente de base ética y jurídica» (Simón Lorda, Pablo y Barrio Cantalejo, Inés, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 117). A nuestro entender, no existe óbice alguno para extender tal aserto a cualquier otra esfera distinta de la sanitaria, no existiendo fundamento ético, jurídico ni (me atrevo a decir) médico para sustentar una pretendida incapacidad absoluta del menor de edad para realizar actos jurídicos válidos y eficaces.

²⁵⁸ Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural...» *op. cit.*, p. 957; Moreno Antón, María, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, n. 15, Díaz Maroto, Julio y Rodríguez Gutiérrez, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 97; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastilla-leon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad> (última consulta el 10.1.2018), p. 28.

obrar de éste a medida que alcanza las edades establecidas como referencia. De esta suerte, a aquel sujeto que llegue a la edad fijada para la realización de un acto concreto, el ordenamiento jurídico le presume *iuris tantum* la madurez psicológica suficiente para realizar dicha actuación con eficacia jurídica²⁵⁹. Este criterio resulta aconsejable desde el prisma de la seguridad jurídica, al permitir el establecimiento de soluciones estandarizadas y fundadas únicamente en la edad cronológica del menor, al margen, en principio, de su desarrollo psicológico, si bien siempre es posible acreditar que el menor de edad carece de la madurez suficiente para realizar tal acto

En segundo lugar, el criterio de la madurez o del discernimiento. Se trata de un criterio subjetivo conforme al cual el menor adquiere gradualmente la capacidad de obrar en atención a su capacidad natural²⁶⁰. Este criterio aporta soluciones más adecuadas conforme a la justicia material, habida cuenta de que

²⁵⁹ Tomando en préstamo las palabras de Al ventosa del Río, «el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio» (Al ventosa del Río, Josefina, «El derecho...» *op. cit.*, p. 198). En sede normativa, el Decreto 49/2009 de Andalucía, en su artículo 2.f), define la madurez psicológica como el «[d]esarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto.» Por su parte, la Observación General n. 12 del Comité de Derechos del Niño, sobre «El derecho del niño a ser escuchado» (CRC/C/CG/12, 20.7.2009), disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en (última consulta el 10.1.2018), define la «madurez», en su párrafo 30, como «la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado.» En puridad, el término «madurez» suele utilizarse como equivalente a la expresión «capacidad natural», si bien aplicándolo al ámbito estricto de los menores de edad. Así, la capacidad natural se vincularía con las aptitudes intelectivas, cognitivas y volitivas de toda persona, mientras que la madurez se restringiría a la capacidad natural de los menores de edad. Sin embargo, no siempre va a resultar predicable la identificación «madurez-capacidad natural» en la esfera de los menores de edad, pues son imaginables (y no excesivamente infrecuentes) situaciones en las que el menor de edad, pese a ser en principio suficientemente maduro, padece una patología psicológica que le produce una merma cognitiva (verbigracia, una anorexia nerviosa) que le incapacita para recibir su información asistencial y prestar el correspondiente consentimiento informado. En tales situaciones, se impone la necesidad de distinguir inmadurez e incapacidad, debiendo valorarse «en qué momento se encuentra el desarrollo cognitivo y emocional del paciente y si está influido o no por la enfermedad» (Vázquez-P astor Jiménez, Lucía, «La autonomía...» *op. cit.*, pp. 50-51).

²⁶⁰ Reviste una relevancia excepcional la nítida distinción entre capacidad jurídica o competencia, de un lado, y capacidad de obrar o legal, de otro, en aras de evitar la más que probable confusión a la que nos puede conducir la traducción de tales términos en lengua inglesa, donde capacidad natural o competencia se traduce como *capacity* y capacidad de obrar o legal como *competency*. Esta distinción la reflejan con absoluta claridad expositiva, específicamente para el ámbito sanitario, Berg *et al.*: «Patient capacity is determined by medical or mental health professionals. But incompetence is a legal construct – a determination that the patient does not have the requisite capacities to make a medical decision» (Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent...* *op. cit.*, p. 95). En la literatura española, abundan en tal distinción Simón Lorida, Pablo, «La evaluación...» *op. cit.*, p. 42; Sancho Gargallo, Ignacio, «La exigencia legal del consentimiento informado y sus consecuencias», en AA. VV., *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Lázaro Pala u. Carmen María (coord.), Institut d'Estudis Superiors de la Família de la Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2012, p. 35.

toma como referencia la madurez del menor para el reconocimiento al mismo de la capacidad de obrar.

Por último, un criterio «mixto», en virtud del cual el menor adquiere gradualmente la capacidad de obrar en función de dos pautas que discurren por vías paralelas, a saber, su edad cronológica y su madurez. Éste parece ser el criterio adoptado por el ordenamiento jurídico español que, si bien para ciertos actos fija, en el CC y leyes especiales, diversas edades a partir de las cuáles al menor se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar actos concretos con eficacia jurídica («escala legal de edades»²⁶¹)²⁶², con relación a otros actos confía en la madurez del menor como criterio determinante para la atribución de la capacidad de obrar²⁶³.

En suma, no resulta viable presentar la discusión «mayoría de edad-minoría de edad» como una dualidad maniqueísta «plena capacidad de obrar-incapacidad de obrar». El menor de edad no es un incapaz de obrar, sino que goza de

²⁶¹ Martínez de Aguirre, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n. 4, 1992, p. 1422.

²⁶² Por todos, el artículo 662 CC, conforme al cual no tienen capacidad para testar los menores de catorce años. *A sensu contrario*, se reconoce al menor que haya cumplido catorce años capacidad para testar, salvo que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio» (artículo 663.2.º CC). Se exceptúa de la regla anterior, el testamento ológrafo, para cuyo otorgamiento el artículo 688.1.º CC exige la mayoría de edad. Por su parte, el artículo 9.4 LAP declara que a los dieciséis años se presume *iuris tantum* al menor de edad la madurez suficiente para prestar su consentimiento informado a toda actuación sanitaria, exceptuadas aquéllas que comporten grave riesgo para su vida o salud (*vid. infra*, apartado 3.1.3.1 del capítulo tercero de nuestra obra), lo que conduce a que un importante sector de la doctrina afirme que el antedicho precepto establece una suerte de «mayoría de edad sanitaria» (por todos, Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 47, 2009, p. 14; Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía... op. cit.*, p. 52) o «mayoría médica» –Martínez Gallego, Eva María, «Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulas, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, p. 39–. A estas situaciones, en las que el ordenamiento jurídico establece ciertas edades a partir de las cuales un menor de edad puede realizar ciertos actos eficaces en el ámbito jurídico, se les denomina frecuentemente, sin excesivo rigor técnico, «mayorías de edad especiales». No obstante, a diferencia de lo que ocurre cuando el sujeto cumple la mayoría de edad, no se produce en tales supuestos «especiales» la extinción de la patria potestad o tutela a la que pueda estar sometido el menor, ni se le reconoce una plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, sino que, únicamente (aunque no es baladí), se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar determinados actos jurídicos, consecuencia ésta que se deriva también cuando el sujeto cumple la edad fijada en los artículos 12 y 315 CC, si bien en este último caso la presunción *iuris tantum* de capacidad se extiende para la realización todos los actos jurídicos. Bajo nuestro punto de vista, resulta más idónea la terminología utilizada por Helen a Barboza cuando, al definir la voz «capacidad», llama «capacidad especial» a la habilitación legal al menor para realizar determinados actos jurídicos alcanzada una determinada edad, evidentemente, inferior a los dieciocho años –Helen a Barboza, Heloisa, Voz «Capacidad (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 327–.

²⁶³ Verbigracia, el artículo 162.1.º CC exceptúa de la representación legal de los hijos aquellos actos que éstos puedan ejercitar por sí mismos de acuerdo con su madurez.

una capacidad de obrar limitada²⁶⁴, dependiendo la extensión de tales limitaciones (que han de interpretarse restrictivamente²⁶⁵) de su edad cronológica y madurez psicológica en conexión con el acto concreto que el menor pretende realizar²⁶⁶. Por ello, pese a que la seguridad jurídica recomienda el establecimiento de un régimen unitario aplicable a todos los menores de edad (al margen de su edad biológica y su madurez) en lo relativo a la eficacia de sus actos en el ámbito jurídico, no resulta posible, pues, como bien señala Rivero Hernández, «[n]o hay [...] menor sino menores»²⁶⁷. Con base en esta premisa, postula Vivas Tesón la necesidad de revisar y redefinir la expresión «menor de edad», «debiéndose distinguir legalmente entre «niño/a» y «adolescente», pues existen diferencias especialmente significativas entre uno y otro que impiden reunirlos, sin más, bajo un mismo grupo»²⁶⁸.

²⁶⁴ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho Civil de España*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 174; Santos Morón, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, n. 5675, 2002, p. 3; Martínez de Aguirre, Carlos, «La protección...» *op. cit.*, p. 1433; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 121.

²⁶⁵ Establece la LOPJM, en su artículo 2: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor.»

²⁶⁶ Blasco Iguual, María Clara, «El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 35, 2015, pp. 35-36. La madurez del menor se ha de valorar en atención al concreto acto que se proponga realizar, pues, obviamente, no es la misma la capacidad de entendimiento exigida al menor para comprar una golosina en un kiosco que para consentir una intervención quirúrgica en el ámbito sanitario.

²⁶⁷ Estas palabras constituyen la conclusión de Rivero Hernández a un magistral razonamiento que, por su claridad expositiva, transcribimos íntegramente: «no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primero (incluso hasta los ocho o diez años) está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. En el adolescente se va desarrollando el conocimiento (del mundo y de la vida, que importan aquí más que el de las matemáticas) y el entendimiento; el terreno de los sentimientos cede protagonismo ante el racional, no ya en importancia (que conserva), sino en el orden decisorio; el adolescente conoce más y mejor; por ello puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa, opinando (audiencia) o decidiendo directamente. No hay, pues, menor sino menores» (Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-177). En la misma dirección, afirman Parra Lucán y Arenas García que «[n]o hay una situación del «menor de edad», sino que hay «pluralidad de menores». Todo ello tiene su lógica si pensamos que, legalmente, son menores de edad un recién nacido, un niño de tres años y uno diecisiete [sic], y parece razonable que no reciban el mismo trato» -Parra Lucán, M.ª Ángeles y Arenas García, Rafael, «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, I, Gete-Alonso Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 596-.

²⁶⁸ Vivas Tesón, Inmaculada, «Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n. 13, 2017, ed. digital. Así, propone la autora que ««niños» podrían ser considerados los menores de edad hasta los 9 años, en tanto que «adolescentes» podrían serlo los chicos y chicas de 10 a 17 años, etapa crucial de la vida en la que sus específicas necesidades así como el grado de reivindicación de espacios de autonomía, libertad y participación activa difieren, considerablemente, de los de la niñez» (Vivas Tesón, Inmaculada, «Niños y...» *op. cit.*). Abunda también en la diferenciación de las distintas etapas que se suceden en el desarrollo existencial de los menores de edad (niño/niña y adolescente) Ravetlla y Ballesté, Isaac,

2.5.3 Menor de edad y derechos de la personalidad

Como ya ha sido indicado en el epígrafe precedente, todas las personas (incluyendo aquéllas que no han alcanzado aún a la mayoría de edad) gozan de plena capacidad jurídica. De esta forma, los menores de edad tienen reconocida por nuestro ordenamiento jurídico aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas, incluyendo, indiscutiblemente, los conocidos como derechos de la personalidad²⁶⁹, entre los cuáles se insertan los derechos a la información asistencial y al consentimiento informado²⁷⁰. En el presente epígrafe, nos centramos en el análisis de la capacidad de obrar del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad.

Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2015, disponible en https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/48869/APROXIMACIÓN%20HISTÓRICA%20A%20LA%20CONSTRUCCIÓN%20SOCIOJURÍDICA%20DE%20LA%20CATEGORÍA%20INFANCIA_6171.pdf?sequence=1, p. 91-92.

²⁶⁹ Los derechos de la personalidad protegen los denominados bienes de la personalidad, esto es, los «atributos de la persona que constituyan parte integrante de su esencia» (Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 18). Así, podemos definir los derechos de la personalidad, parafraseando a Díez García, como «aquéllos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales» –Díez García, Helena, «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Berco vitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital, p. 430–. En consecuencia, su titularidad no se hace depender de la edad biológica de la persona, sino que deriva de su propia dignidad intrínseca (Moreno Antón, María, «La libertad...» *op. cit.*, p. 97). En el seno de la doctrina, se discute sobre la naturaleza de los derechos de la personalidad y, concretamente, sobre su condición de fundamentales. En sentido afirmativo se pronuncia de Lama Aymá, que postula que todos los derechos de la personalidad tienen la condición de fundamentales, por derivar de la dignidad intrínseca a toda persona, con independencia de que vengan reconocidos expresamente en nuestro texto constitucional como tales, debiendo «incardinarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, deberá buscarse la fórmula para incardinar el derecho de la personalidad no recogido como derecho fundamental en otro derecho que sí esté reconocido como tal mediante la búsqueda de un elemento conexo que permita hacer del derecho fundamental en cuestión una interpretación amplia e inclusiva del derecho de la personalidad no recogido expresamente como derecho fundamental» (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33). En coherencia con el parecer de la citada autora, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional reconocen al consentimiento informado en el ámbito sanitario la naturaleza de derecho fundamental por derivación de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Por todas, SSTs de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) y 19 de junio de 2007 (RJ 2007\5572; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vela). Sin embargo, no hemos de olvidar que el derecho al nombre, cuya condición de derecho de la personalidad resulta innegable, es desarrollado por ley ordinaria, esencialmente por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (BOE n. 175, de 22.7.2011), «con lo que parece que al menos para el legislador no se trata de un derecho fundamental» –García Rubio, María Paz, «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, Gete-Alonso Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 605–.

²⁷⁰ Al ventosa del Río, Josefina, «El derecho...» *op. cit.*, p. 197.

El estudio de la temática planteada debe partir, irremediamente, del tenor del artículo 162.1.º CC, que exceptúa de la representación legal de los hijos menores no emancipados que ostentan sus padres como facultad derivada la patria potestad «[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo»²⁷¹. En sede de tutela, el artículo 267 CC establece que «[e]l tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.» Como podemos comprobar, el artículo 267 CC no contiene referencia alguna a la madurez del menor como criterio determinante de su capacidad de obrar para actuar en el ámbito jurídico, quedando el menor de edad únicamente legitimado para actuar cuando la Ley de modo expreso disponga que puede actuar por sí sólo (verbigracia, artículos 663.1.º CC y 9.4 LAP). Ahora bien, la literalidad del artículo 267 CC no impide al menor que pueda llevar a cabo por sí sólo aquellas actuaciones para cuya realización presenta un grado suficiente de madurez, existiendo en tales supuestos una ley que lo habilita en tal sentido (cumpléndose, por consiguiente, la exigencia del antedicho precepto), a saber, el artículo 162.1.º CC, cuya aplicación analógica al caso presente entendemos plenamente admisible.

²⁷¹ El homólogo al artículo 162.1.º CC en la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña (BOE n. 198, de 28.9.1998), lo hallábamos en el artículo 155.2.a), conforme al cual quedarían exceptuados de la representación legal atribuida al padre y a la madre «[e]ls actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament.» Existían dos diferencias esenciales entre los preceptos patrio y catalán. En primer lugar, el artículo 155.2.a) de la ley autonómica no mencionaba la madurez del menor como criterio determinante para el ejercicio de sus derechos de la personalidad. En segundo lugar, la norma catalana habilitaba a los padres del menor para su representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad únicamente cuando lo permitiera la Ley. En conclusión, podía afirmarse, con de Lama Aymá, que del precepto catalán «parece deducirse que, salvo que una ley la prevea de forma excepcional, la representación queda excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad exista o no madurez suficiente del menor de edad» (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 71). No obstante, la antedicha ley catalana es derogada por la vigente Ley 25/2010 de Cataluña, cuyo artículo 211-5.a) declara: «El menor puede hacer por sí sólo, según su edad y capacidad natural, los siguientes actos: a) Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa.» De esta suerte, el nuevo precepto catalán, con una literalidad que se asemeja en lo sustancial al artículo 162.1.º CC nacional, establece un «modelo intermedio o ecléctico», que, «si bien parte de la tesis de la madurez, no renuncia a la oportunidad de prever, para actos de especial trascendencia –tanto personal como patrimonial–, ciertos límites objetivos expresamente predefinidos por la norma, fundamentados en el simple *factum* de que se haya o no alcanzado una edad previamente estipulada. En otras palabras, tan sólo se reconocerá, o mejor dicho se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos» –Ravetlla i Ballesté, Isaac, «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)», *InDret*, n. 3, 2017, p. 8–. En sentido similar, establece el Código del Derecho Foral de Aragón que el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí sólo «[e]jercer los derechos de la personalidad» –artículo 7.1.a)–; asimismo, establece dicho cuerpo legal que la representación legal del menor termina «al cumplir los catorce años», edad a partir de la cual «su capacidad se completa con la asistencia (artículo 5.3).

En conclusión, el hijo menor de edad no emancipado y sujeto a patria potestad o tutela puede realizar por sí sólo los actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando presente las condiciones de madurez suficientes para ello (*id est*, cuando se trate de un «menor maduro» con relación al concreto derecho que se propone ejercitar²⁷²), quedando en consecuencia tales actos exceptuados de la representación legal que, como regla general, ejercen sobre ellos los titulares de la patria potestad o tutela tanto en el ámbito personal como patrimonial²⁷³. Por tanto, «y a pesar de que parezca contrario a la seguridad jurídica, en el ámbito de los derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico»²⁷⁴. Ahora bien, la madurez del menor no puede evaluarse en abstracto, sino que su estimación ha de realizarse con referencia a un concreto menor y acto, debiendo valorarse *ad hoc* si aquél reúne las condiciones de capacidad intelectivas, cognitivas y volitivas suficientes para realizar el preciso acto que se propone llevar a cabo, pues, evidentemente, no se exige al menor el mismo grado de madurez para recibir su información asistencial cuando la patología que padece es un simple catarro que cuando sufre una cardiopatía congénita o cuando desea vender un inmueble recibido en herencia de su abuelo²⁷⁵. En consecuencia, la madurez del menor para el ejercicio de sus

²⁷² Sostienen Gra cia Guillén *et al.* que la base teórica del concepto menor maduro «se halla en el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento en que éste es capaz de disfrutarlos, lo que puede suceder, y seguramente sucede con gran frecuencia, bastante antes de los 18 años» –Gra cia Guillén , Diego, *et al.*, «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén , Diego y Júdez Gutiérrez , Francisco Javier (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, p. 133–.

²⁷³ Advierte Valpuest a Fern ández los peligros que entrañaría una interpretación «magnánima» de la excepción contenida en el artículo 162.1.º CC: «Qué duda cabe que cualquier contrato cuyo contenido consista en una prestación personal, de una u otra forma implica en su cumplimiento a alguno de estos derechos [de la personalidad], máxime cuando la formulación de los mismos, que escapan a cualquier enumeración taxativa, abarcan todos los aspectos de la personalidad humana; por lo que parece que una magnánima interpretación del primer apartado del art. 162, vaciaría de contenido al último párrafo del mismo, así como dejaría bastante obsoleta la representación legal, en perjuicio, incluso, del propio hijo» (Valpuest a Fern ández , Rosario , «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 426-427).

²⁷⁴ Santos Morón , María José, «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, *El Menor ante el Derecho en el siglo XXI*, n. 15, Díaz Maroto , Julio y Rodríguez Guitián , Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 64. En la dirección apuntada se postula la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631), al afirmar que, «tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales.»

²⁷⁵ Abundando en esta línea argumental, sostiene Santos Morón : «La capacidad natural es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate. Debe tenerse en cuenta que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad sólo puede determinarse en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera. No es lo mismo permitir que un turista nos haga una foto que dar el consentimiento a la extracción de un riñón. Ni

derechos de la personalidad, «que no siempre guarda relación directamente proporcional con su edad»²⁷⁶, debe valorarse *ad hoc*.²⁷⁷

No obstante, la valoración de la madurez del menor de edad no se presenta como una tarea sencilla en absoluto pues, como ya ha sido advertido, no existe en España un protocolo estandarizado y validado para la valoración objetiva de la capacidad de las personas (tampoco de los menores de edad)²⁷⁸; ello conduce, irremediablemente, a que aquellos profesionales a los que el ordenamiento jurídico les encomienda la labor de enjuiciar la madurez de los menores de edad para realizar una determinada actuación en el ámbito jurídico (por ejemplo, el médico que ha de valorar la capacidad del menor para recibir su información asistencial,

es lo mismo desvelar ciertos datos íntimos que consentir la extracción de una muela, o profesar cierta religión. Todos estos actos implican el ejercicio de derechos de la personalidad, pero es evidente que el alcance y trascendencia de cada uno de ellos es diferente, al igual que su posible influencia en el desarrollo futuro del menor» (Santos Morón , María José, «Menores y...» *op. cit.*, p. 64).

²⁷⁶ Blanco Pérez-Rubio , Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*

²⁷⁷ Rivero Hernández , Francisco, *El interés...* *op. cit.*, pp. 181-182; Moreno Antón , María, «La libertad...» *op. cit.*, p. 97; Sánchez Hernández , Carmen, «Capacidad natural...» *op. cit.*, p. 960. En la doctrina administrativa, nos parece didácticamente muy recomendable la reproducción literal de las palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 3 de marzo de 1989 (RU 1989\2380): «No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. artículo 162-1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fija , con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad.» Este razonamiento es reproducido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3631), con cita de la precedente de 3 de marzo de 1989. En sentido similar se pronuncia la Fiscalía General del Estado en la Instrucción de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006\94040), en virtud de la cual: «el Código Civil (LEG 1889, 27) no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate.»

²⁷⁸ Simón Lorda, Pablo y Barrio Cantalejo , Inés, «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, n. 2, 1997, pp. 107-118; del Río Sánchez , Carmen, «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n. extra 100, septiembre-diciembre de 2010, p. 66.

o el notario para otorgar testamento) realicen valoraciones rebosantes de subjetividad ante la ausencia de pautas o criterios objetivos y estandarizados en los que fundamentar sus juicios²⁷⁹. En todo caso, nos parece elemental aceptar que la madurez de los menores de edad no se vincula de modo directo e inmediato con su edad biológica, sino con su «edad mental o desarrollo psíquico, que no guarda rigurosa equivalencia con aquélla»²⁸⁰, sino más bien con sus experiencias vitales²⁸¹. Las personas se desarrollan en patrones de socialización, de suerte que el menor de edad adquiere madurez gradualmente a medida que participa en diversos escenarios de socialización, contribuyendo «a la menor o mayor capacitación del niño/a para formarse un juicio razonable e independiente», más allá del elemento cronológico de su edad, «la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo»²⁸². Así, puede el menor ser suficientemente maduro para recibir la información sanitaria relativa a una cierta patología que padece desde hace años y que le obliga a vivir de modo prácticamente permanente en un hospital y, sin embargo, no presentar el grado de madurez suficiente para gestionar el caudaloso patrimonio recibido en herencia de su madre²⁸³. En consecuencia, los menores de edad no son maduros o inmaduros en abstracto, sino maduros o inmaduros «para hacer algo», siendo recomendable, en aras de favorecer su desarrollo psicológico, fomentar la participación del menor en los distintos escenarios de socialización en los que pueda verse inmerso.

Dejando a un lado las dificultades que en la práctica plantea la valoración de la madurez de los menores de edad, la conclusión aparentemente obvia que se deduce del artículo 162.1.º CC es la exclusión de la representación legal de los hijos menores no emancipados, ejercida por sus responsables parentales, en el ámbito de los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo pueda ejercitar por sí sólo en atención a su madurez. No obstante, pese a la manifestividad del antedicho precepto, no faltan en la doctrina voces acreditadas que de-

²⁷⁹ Del Río Sánchez, Carmen, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 66.

²⁸⁰ Rivero Hernández, Francisco, *El interés... op. cit.*, 297.

²⁸¹ Éste parece ser el concepto de capacidad acogido por la LOPJM que, si bien en su Exposición de Motivos alude al «desarrollo evolutivo [del menor] en el ejercicio directo de sus derechos», en momento alguno a lo largo de su articulado establece edades de referencia a las que presumir *iuris tantum* la capacidad del menor para realizar ciertos actos, pudiendo deducirse, consiguientemente, que el desarrollo evolutivo sugerido por la Ley se vincula, no con la edad del menor, sino con su madurez o desarrollo psicológico.

²⁸² Ravetilla y Ballesté, Isaac, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 9. En la misma línea, de Lora, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar: Quaderns de filosofia*, n. 40/41, 2008, p. 135.

²⁸³ En este sentido, sostienen Beauchamp y Childress: «a person who is incompetent to decide about financial affairs may be competent to decide to participate in medical research, or able to handle simple task easily while faltering before complex ones» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 115).

fienden la posibilidad para los responsables parentales de limitar, en su «mejor interés», el ejercicio por sus hijos de los derechos de la personalidad, si bien, no como representantes legales, sino como facultad derivada de la patria potestad y, concretamente, como manifestación del deber de «velar por ellos» que les impone el artículo 154 CC²⁸⁴. Este posicionamiento que, adelantamos, no compartimos, parece ser refrendado por el segundo inciso añadido por la LIA al artículo 162.1.º CC, conforme al cual «los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia»²⁸⁵. Como podemos comprobar, se impone a los responsables parentales la obligación de intervenir en el ejercicio de los derechos de la personalidad de sus hijos con arreglo a sus deberes de cuidado y asistencia derivados de la patria potestad. Sin embargo, el artículo es excesivamente escueto, no resolviendo dos interrogantes esenciales para el desarrollo en la práctica de la referida intervención.

En primer lugar, surge la cuestión relativa a la forma que ha de adoptar la intervención de los responsables parentales: diálogo con el menor, consejo, persuasión, actuación en su lugar, solicitud de auxilio al juez... Bajo nuestro punto de vista, las vías del diálogo y comunicación con el menor, evidentemente, ya estaban abiertas a los responsables parentales antes de la modificación del artículo 162.1.º CC operada en 2015 por la LIA, al igual que la facultad de acudir al juez que, tradicionalmente, le otorgaba el artículo 158.4.º CC en su apartado cuarto y que, tras la LIA, se contempla en el apartado sexto de ese mismo precepto. Ahora bien, a nuestro juicio, la intervención prevista en el artículo 162.1.º *in fine* CC en modo alguno puede legitimar a los responsables parentales para ejercitar los derechos de la personalidad de sus hijos cuando éstos tengan ma-

²⁸⁴ Vid. Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural...» *op. cit.*, p. 966; Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 70; Serrano Fernández, María, «La patria potestad y las instituciones tutelares», en AA. VV., *Derecho de Familia*, López y López, Ángel Manuel y Valpuestra Fernández, Rosario (eds.), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 211; Díez García, Helena, «Artículo 162» *op. cit.*, p. 428; Martínez de Aguirre, Carlos, «La protección...» *op. cit.*, p. 1440. En contra, entiende Jordano Fra ga que la representación de los padres es admisible en los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo, puesto que, en tal caso, «se ejercitan las funciones tutelares en tanto que representante legal (existe una habilitación legal –a contrario– para ejercitar derechos de otro), y aquéllas por su propia naturaleza exigen su carácter vinculado (es un *deber* para el representante legal la protección y cuidado del menor)» (Jordano Fra ga, Francisco, «La capacidad general del menor», *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, 1984, p. 895, nota al pie n. 25).

²⁸⁵ Abundando en esta línea, señala Díez García que resulta inadmisibles admitir «que los representantes legales lleven a cabo un acto relativo a la esfera de los derechos de la personalidad de su representado contra su voluntad o sin su consentimiento si éste ostenta aptitud natural, porque este ámbito está excluido *ex lege* de su poder de representación»; sin embargo, admite la autora la actuación de los representantes legales en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor en su interés cuando, por virtud del artículo 2 LOPJM, resulten autorizados para intervenir en cumplimiento del deber de vela y cuidado que le impone el artículo 154 CC, siendo precisamente éste «el sentido que hoy cabe atribuir al párrafo segundo del punto primero de este art. 162» (Díez García, Helena, «Artículo 162» *op. cit.*, p. 431).

durez suficiente, pues ello, de un modo manifiesto, implicaría vaciar de contenido la excepción a la representación legal contemplada en el primer inciso del artículo 162.1.º CC o, más correctamente, permitir su aplicación sólo cuando la decisión adoptada por los hijos coincida con lo que los responsables parentales consideran que es su «mejor interés».

En segundo lugar, tampoco precisa el artículo 162.1.º CC en su nueva redacción en qué condición deben intervenir los responsables parentales, si bien parece incontestable que su actuación no es a título de representantes legales, pues dicha representación queda excluida sobre la base del primer inciso del artículo 162.1.º CC si el menor es suficientemente maduro y, en caso de no serlo, con fundamento en la inviabilidad de la representación legal en la esfera de los derechos de la personalidad²⁸⁶. Por tanto, la intervención de los responsables parentales sobre la base del artículo 162.1.º CC sólo puede ser en ejercicio de los deberes de protección de los hijos que les impone el artículo 154 CC y, en particular, el deber de «velar por ellos» establecido en su párrafo tercero²⁸⁷. En consecuencia, suscribimos sin reparos las palabras de Ruiz-Rico Ruiz-Morón cuando sostiene que la modificación introducida por la LIA en el artículo 162.1.º CC no es más que

«una forma de dejar constancia, tal y como se venía subrayando en la doctrina, de que cuando los padres decidan y actúen en el marco de los derechos de la personalidad del hijo, ya sea por no gozar éste de suficiente madurez o teniéndola cuando se trate de evitarles un perjuicio, o en los supuestos en que las leyes reguladoras de tales derechos les legitimen para ello, lo harán, y lo deberán hacer, no en representación del hijo –son derechos personalísimos– sino en cumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que integran la función de protección de la persona del hijo²⁸⁸.»

²⁸⁶ Rivero Hernández, Francisco, *El interés... op. cit.*, p. 187; Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, *La construcción... op. cit.*, p. 77; de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 74.

²⁸⁷ En coherencia con nuestra línea argumental, indica O’Callaghan Muñoz que el párrafo segundo del artículo 162.1.º CC «tiene un carácter tan general que realmente queda inmerso en la norma del artículo 154» (O’Callaghan Muñoz, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 267). En favor de una intervención parental de «asistencia o asesoramiento» en pro del interés del menor (y no sustitutiva de su voluntad) se pronuncia Valpuest a Fernández ya con anterioridad a la adición del párrafo segundo del artículo 162.1.º CC operada por la LIA, intervención perfectamente encuadrable, a nuestro juicio, en el artículo 154 CC: «más que como una norma habilitante de actuación exclusiva del menor, se configura [el artículo 162.1.º CC] como una delimitación de una parcela de intereses cuya gestión no pueden asumir los padres por representación, es decir sustituyendo plenamente la posibilidad de decisión de los hijos, sino que ha de quedar reservada a estos últimos. Excepción a la representación legal que no implica necesariamente que el menor tenga que asumir por sí sólo, si tiene suficiente juicio, la realización de estos actos, sin ningún tipo de asistencia o asesoramiento, siempre que la misma no implique privarle del núcleo de decisión» (Valpuest a Fernández, Rosario, «Separata. El trabajo...» *op. cit.*, p. 426).

²⁸⁸ Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia, «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n. 3, 2016, p. 56.

Como conclusión, podemos afirmar que, a nuestro modo de entender, el criterio esencial a considerar para decidir si el menor puede o no ejercitar personalmente sus derechos de la personalidad es su madurez, si bien admitiendo las dificultades que conlleva su valoración. De esta manera, si el menor de edad reúne las condiciones de madurez suficientes para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, única y exclusivamente él puede ejercitarlos, quedando excluida la representación legal de sus progenitores en virtud del inciso primero del artículo 162.1.º CC. En tales supuestos, la intervención de los responsables parentales prevista en el inciso segundo del antedicho precepto se ha de manifestar mediante el diálogo y la comunicación con sus hijos e, incluso, a través de la facultad de acudir al juez en solicitud de auxilio²⁸⁹, pero en ningún caso puede traducirse en la atribución a los padres de la posibilidad de ejercitar el derecho de la personalidad del hijo como medida de protección en su mejor interés, habida cuenta de que, cuando el menor tiene suficiente madurez, es él la persona más indicada para llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado «mejor interés»²⁹⁰. Finalmente, si el menor no tiene madurez suficiente para actuar en el ámbito de sus derechos de la personalidad, sí que puede admitirse la actuación de los responsables parentales, si bien, no como representantes legales, sino en ejercicio de los deberes de protección derivados de la patria potestad²⁹¹.

2.5.4 Menor de edad y derecho a la información asistencial

Centrándonos nuevamente en el derecho a la información asistencial, volvemos a interrogarnos sobre su titularidad por el menor de edad pese al silencio del legislador en el artículo 5 LAP. Como ya adelantamos en las consideraciones introductorias del presente apartado, existen diversos argumentos que fun-

²⁸⁹ En tales casos, la autoridad judicial evalúa la madurez del menor de edad para realizar el concreto acto pretendido, fundamentando tal juicio de capacidad en los informes periciales elaborados por los expertos requeridos al respecto, sin perjuicio de que el juez pueda considerar necesario mantener una entrevista personal con el menor para evaluar su capacidad «de primera mano». Resuelto por la autoridad judicial que el menor reúne las condiciones de madurez suficientes para actuar por sí sólo, debe cumplir con las previsiones del artículo 162.1.º CC y, consiguientemente, ha de respetar la decisión del menor en lo que al ejercicio de sus derechos de la personalidad se refiere, sin que pueda anteponer la opinión de sus padres en ejercicio de los deberes de protección que el artículo 154 CC les impone con relación a sus hijos ni, mucho menos, en ejercicio de una representación legal que, como ya hemos señalado, queda excluida en la esfera de los derechos de la personalidad.

²⁹⁰ En sentido contrario se pronuncia Ravetlla t Ballesté, según el cual, «ante el conflicto entre «capacidad natural-interés del menor» debiera primar este último» –Ravetlla t Ballesté, Isaac, «El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n. 13, 2017, ed. digital-.

²⁹¹ Santos Morón, María José, «Menores y...» *op. cit.*, p. 69.

damentan dicha titularidad, siendo el primero de ellos el artículo 162.1.º CC, precepto estudiado con cierto detalle en los apartados previos. El derecho a la información asistencial es un derecho de la personalidad y, en consecuencia, si el menor de edad presenta la madurez suficiente para entender tal información, es él quien, con exclusión de la representación legal de sus responsables parentales, debe ejercitarlo.

Podemos preguntarnos entonces si, en los supuestos en que el menor carece de capacidad para entender la información asistencial, su derecho a la información queda vetado. Bajo nuestro punto de vista, la respuesta a este interrogante no puede más que ser negativa. Como ya indicamos al explicar la tipología de informaciones que se pueden distinguir a la luz de la LAP, en nuestra obra nos centramos en el estudio de la información asistencial como requisito previo de validez del consentimiento informado. Así, como explicamos con detenimiento en el capítulo siguiente, al abordar el estudio del consentimiento por representación²⁹², cuando el menor no reúne las condiciones de madurez suficientes para prestar el consentimiento informado, es su representante legal el que ha de otorgarlo «después de haber escuchado su opinión» –artículo 9.3.c) LAP–, audiencia que exige de modo inexcusable que, previamente, se proporcione al menor su información asistencial de modo adecuado a sus posibilida-

²⁹² El artículo 9.3.c) LAP regula los supuestos en que el consentimiento no es otorgado por el propio paciente, sino por su representante legal o las personas vinculadas al mismo por razones familiares o de hecho, según el caso. No obstante, pese a que la Ley denomina a tales supuestos «consentimiento por representación», realmente la persona que presta el consentimiento no lo hace como representante legal (representación excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad) ni voluntario del paciente (Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, *La construcción... op. cit.*, p. 79). Es por ello que abogamos por la conveniencia, en aras de evitar confusiones innecesarias, de modificar la expresión «consentimiento por representación» por alguna otra similar que, sin embargo, no nos remita a una ilusoria representación del paciente por aquel sujeto que otorgue el consentimiento en su lugar. En este sentido, hubiera sido deseable conservar la terminología utilizada por el Proyecto de LAP –Proposición de Ley 124/000002 Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, 27 de abril de 2001 (BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. N. 134-1)–, a saber, «consentimiento por sustitución» («sustitución», en palabras del propio Proyecto), siendo éste el posicionamiento adoptado por un amplio sector de nuestra doctrina más autorizada. Por todos, Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, p. 346; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 123; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n. 0, 2004, p. 284; Solé Resina, Judith, «Derecho a la protección de la salud. Derechos del paciente», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo II, Gete-Alonso Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 814; Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica... op. cit.*, pp. 165-166. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n. 0, 2004, p. 284. Ésta, además, es la nomenclatura utilizada por numerosa legislación autonómica sobre derechos del paciente. Por todas, Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 9); Ley 3/2001 de Galicia (artículo 6); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 46); Ley 6/2002 de Aragón (artículo 14); Ley 21/2000 de Cataluña (artículo 7.2) y Ley 12/2001 de Madrid (artículo 27.6).

des de entendimiento para que pueda manifestar su opinión²⁹³. La misma conclusión puede extraerse del artículo 9.7 LAP, al afirmar que, cuando el consentimiento se haya de prestar por representación, «[e]l paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.» De esta suerte, pese a que el consentimiento no lo pueda prestar el paciente menor de edad porque carece de la madurez suficiente para ello, debe participar en el proceso de toma de decisiones, lo que exige que, aun cuando el menor tampoco reúna las condiciones de madurez para entender su información asistencial, ésta le sea proporcionada adecuadamente a su grado de desarrollo psicológico para que pueda manifestar su opinión. Incluso sería posible fundamentar el derecho a la información del paciente menor de edad no maduro en el propio artículo 154 CC, que, en su párrafo segundo, exige que la patria potestad se ejerza siempre «de acuerdo con la personalidad» de los hijos. En definitiva, antes de prestar el consentimiento por representación, los responsables parentales deben escuchar a sus hijos, lo que exige, inexcusablemente, que éstos sean previamente informados, cumpliéndose así con las exigencias impuestas por el artículo 5.1 LOPJM²⁹⁴.

A esta misma conclusión arriban diversas legislaciones autonómicas sobre derechos y deberes del paciente. Así, dice el artículo 18.2 Ley 8/2003 de Castilla y León como sigue:

«Los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen²⁹⁵.»

²⁹³ En pro de la necesidad de informar al paciente menor de edad se postula Ravetlla i Ballesté: «cuando resulte que el paciente sea una persona menor de edad, el facultativo asume la obligación de informarle en términos que le resulten verosímiles, adaptando y modulando las explicaciones a su grado de desarrollo intelectual y volitivo (artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor)» (Ravetlla i Ballesté, Isaac, «El consentimiento...» *op. cit.*).

²⁹⁴ Dice el precepto, en su primer inciso: «Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.»

²⁹⁵ De modo similar, dice el artículo 10.3 Ley del Menor de Andalucía: «Los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta. Los padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales.» En la doctrina, afirma Vázquez-Pastor Jiménez que, «cuando el menor de edad requiere una actuación sanitaria para salvaguardar su salud, el médico le ha de informar –en función de su desarrollo y de su concreto estado afectivo y psicológico– de la intervención que le ha de practicar» (Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 30).

Por su parte, el artículo 7.3 Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana reconoce como titulares del derecho a la información asistencial únicamente a los menores emancipados y mayores de dieciséis años, mientras que el resto de menores de edad deben recibir, junto a sus padres o tutores, su información asistencial de forma adaptada a su grado de madurez, quedando únicamente garantizada tal información cuando el menor haya alcanzado la edad de doce años. Dice el precepto literalmente:

«En el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años. También deberá informarse plenamente a los padres o tutores que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores.

Los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información²⁹⁶.»

No podemos pasar por alto que la información a los padres contemplada en ley valenciana constituye una manifiesta vulneración del derecho a la intimidad del menor (cuya protección constitucional queda amparada en el artículo 18 de nuestra Carta Magna) en aquellas hipótesis en que el paciente menor de edad reúna la suficiente capacidad de discernimiento para comprender su información asistencial.

Finalmente, reconoce también al paciente menor de edad el derecho a la información asistencial la legislación autonómica de dignidad en el proceso de la muerte, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, el artículo 11.1 Ley de Muerte Digna de Andalucía. La literalidad del antedicho precepto es del siguiente tenor:

«Todo paciente menor de edad tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad e intervenciones sanitarias propuestas, de forma adaptada a su capacidad de comprensión²⁹⁷.»

Habiendo ya proporcionado argumentos para justificar sobradamente el derecho a la información asistencial del paciente menor de edad, nos plantea-

²⁹⁶ Vid. también Ley 3/2009 de la Región de Murcia (apartados tercero y cuarto del artículo 31); Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 43.2) y Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 5.2). Por su parte, dice el artículo 10.2 Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha: «Sin perjuicio del derecho del menor a recibir información sobre su salud en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico, en el caso de menores de dieciséis años no emancipados se informará también a los padres o tutores; asimismo se informará a éstos cuando se trate de mayores de dieciséis años o menores emancipados en el supuesto de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo.»

²⁹⁷ Vid. también Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 11.1); Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 11); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 11.1); Ley de Muerte Digna de Galicia (artículo 13.1); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 11.1) y Ley de Muerte Digna de Madrid –artículo 10.1.a)–.

mos si es posible su encaje en alguno de los supuestos previstos en el artículo 5 LAP. Una reflexión detenida al respecto nos conduce a admitir que, si bien lo ideal sería que el legislador hubiera abordado de modo específico el tratamiento del menor de edad como titular del derecho a la información asistencial en el artículo 5 LAP, es posible su encuadre en el supuesto de hecho previsto en el apartado segundo del citado precepto²⁹⁸. No obstante, no podemos ocultar que tal exégesis nos pone en el brete de tener que interpretar el término «incapacidad» empleado por el legislador en el artículo 5.2 LAP en dos sentidos distintos, a saber, como incapacidad legal, para referirse a los sujetos con la capacidad modificada judicialmente, y como incapacidad de hecho o falta de madurez, con referencia a los pacientes menores de edad.

Por último, debemos añadir que, en el caso de que el paciente sea un menor de edad emancipado, por razones obvias no pueden ser sus representantes legales los que reciban su información asistencial en caso de no presentar aquél madurez suficiente para comprender la información, pues la emancipación conlleva la extinción de la patria potestad o, en su caso, de la tutela, por concesión del beneficio de mayor edad (artículos 169.2.º y 276.4 CC, respectivamente). En tales casos, realizando una interpretación sistemática del artículo 5 LAP, la información deben recibirla los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho, concepto que, como hemos argumentado previamente, no plantea pocas dificultades en la práctica²⁹⁹.

²⁹⁸ Sostiene de Lama Aymá que el artículo 5.2 LAP «no se refiere en puridad de conceptos al incapacitado judicialmente sino a cualquier persona que tenga limitada su capacidad y esté sometida a representación legal por lo que caben bajo el ámbito de aplicación de este artículo no sólo los incapaces sino también los menores de edad» (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección...* op. cit., p. 306). No soluciona la autora, sin embargo, la situación de los menores de edad que, por estar emancipados, no están sujetos a representación legal alguna. En sentido similar, postula Domínguez Luelmo: «parece que el legislador ha querido que el tratamiento de la información a los menores de edad reciba acomodo en el número 2 del artículo 5, dentro de los casos de incapacidad en los que el paciente debe ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, aunque se deba cumplir también con el deber de informar a sus representantes legales» (Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario...*, op. cit., p. 244). Vid. también Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, *La carga...* op. cit., p. 45; Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía...* op. cit., p. 18.

²⁹⁹ Indica de Lama Aymá que, cuando el paciente menor de edad y emancipado que no presenta capacidad suficiente para comprender su información asistencial ha contraído matrimonio, no son sus progenitores quienes deben ser informados, sino su cónyuge, siempre que el mismo sea mayor de edad (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección...* op. cit., p. 314). Desde nuestra perspectiva, no existe impedimento legal alguno para que sea el cónyuge del paciente emancipado el que reciba la información asistencial también cuando sea menor de edad, siempre que, evidentemente, reúna las condiciones de madurez suficientes para entender tal información. Distinto es que, en caso de ser necesario, pueda prestar el consentimiento por representación en sustitución de su cónyuge, pues, para ello, debe superar un estricto juicio de capacidad que garantice, en la medida de lo posible, que el mismo goza de un grado de desarrollo psicológico suficiente para valorar la información recibida y adoptar una decisión adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades de su cónyuge (artículo 9.7 LAP).

A modo de conclusión, podemos resumir lo hasta aquí expuesto afirmando que el paciente menor de edad es titular del derecho a la información asistencial, debiendo ser informado por sí mismo (con exclusión de su representante legal o vinculados por razones familiares o de hecho) cuando reúna las condiciones de madurez suficientes para comprender dicha información. La recién expuesta constituye la regla general que, sin embargo, presenta una excepción: en aquellos casos en que la información se proporcione como requisito de validez de un posterior consentimiento informado y se refiera a una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, habida cuenta de que, *ex artículo 9.4 in fine LAP*, en tales casos el consentimiento ha de otorgarlo el representante legal del menor tras oír y tomar en consideración su opinión³⁰⁰, debe informarse a ambos, esto es, al menor, para que pueda opinar, y al representante legal, para que pueda prestar el consentimiento informado.

3. TITULAR DEL DEBER DE INFORMACIÓN ASISTENCIAL

El abordaje de la cuestión planteada en el presente epígrafe exige partir de la reproducción de los preceptos de la LAP cuya exégesis nos permite revelar la incógnita concerniente a quién tiene el deber de proporcionar al paciente su información asistencial.

A tal efecto, hemos de comenzar transcribiendo el artículo 4.3 LAP, cuyo tenor es el que sigue:

«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 informarle³⁰¹.»

Como podemos comprobar, el precepto asigna obligaciones en sede de información tanto a los «profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto» como al «médi-

³⁰⁰ *Vid. infra*, apartado 3.1.3.1 del capítulo tercero de nuestra obra.

³⁰¹ Similar literalidad presentan diversas normas autonómicas. Por todas, Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 6.3) y Ley 21/2000 de Cataluña (artículo 2.3). Por su parte, la Ley Foral 17/2010 de Navarra únicamente establece, en su artículo 42.5, el deber del profesional sanitario responsable del paciente de garantizar el cumplimiento de su derecho a la información, sin incluir referencia alguna a las obligaciones informativas de los profesionales que actúen en el procedimiento asistencial aplicando una determinada técnica o procedimiento al paciente.

co responsable del paciente», siendo definido este último por la LAP, en su artículo 3, como:

«el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales³⁰².»

Por último, resulta de importancia la letra del artículo 10 LAP:

«1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

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

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.»

Son éstos los preceptos esenciales de la LAP donde se distribuyen las obligaciones informativas entre los distintos profesionales sanitarios. Hemos considerado de conveniencia la transcripción literal de los mismos en aras de que el lector pueda comprobar con su lectura la absoluta confusión que generan las palabras del legislador al abordar una cuestión de tan vital relevancia como es la titularidad del deber de información al paciente.

³⁰² Señala Fern ández Zapata que puede resultar problemática la identificación del médico responsable del paciente, pues dicha figura no siempre se acomoda a la estructura propia de los servicios sanitarios: «Por ejemplo, cuando el paciente está hospitalizado para someterse a una operación quirúrgica, el facultativo que lleva a cabo la intervención sería el encargado de coordinar la información y la propia asistencia sanitaria, aunque no puede obviarse que es práctica habitual que las operaciones las realicen un equipo de profesionales, y que cada día pasen revisión a los enfermos distintos cirujanos, resultando más difícil determinar quién ostenta tal condición. Ello tiene una ventaja clara para el paciente, puesto que la actuación médica es objeto de una auditoría interna diaria por parte de otros facultativos que la revisan, pero es evidente que también supone un notable inconveniente ya que se resiente el proceso de continuidad asistencial así como el propio derecho a la información, razón por la cual se hace necesario que el paciente conozca quién es su médico responsable» (Fern ández Zapata, Francisca Isabel, «El consentimiento informado en la Ley Básica 41/2002 y su valoración en la jurisprudencia civil», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n. 35, 2004, p. 17).

Esquemmatizando los preceptos reproducidos, podemos resolver que el médico responsable del paciente garantiza su derecho a la información, coordina la información sanitaria al paciente como interlocutor principal del mismo en el proceso asistencial y pondera la necesidad de recoger su consentimiento por escrito en atención a las dudas que plantee el resultado de la intervención; por su parte, los médicos que atienden al paciente en su proceso asistencial o le aplican una determinada técnica o procedimiento, tienen atribuida también la obligación de informarlo, con la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento. Finalmente, el artículo 10.1 LAP establece la información que el «facultativo» debe proporcionar al paciente antes de recabar su consentimiento por escrito, sin especificar a qué concreto profesional se encomienda dicha labor (médico responsable del paciente o profesional actuante en el proceso asistencial). Sobre la base de estas aclaraciones preliminares, concretamos a continuación las obligaciones que, a nuestro modo de entender, corresponden en sede informativa a cada facultativo.

Comenzando por el médico responsable del paciente, al mismo le atribuye la LAP, en sus artículos 4.3 y 3, respectivamente, la obligación de garantizar el cumplimiento del derecho a la información del paciente y de coordinar su información sanitaria como su interlocutor principal en el proceso asistencial. Ahora bien, ¿en qué se traducen en la práctica tales obligaciones de garantía y coordinación? ¿Tiene el médico responsable del paciente la obligación de suministrarle su información asistencial para que pueda prestar el consentimiento informado? Desde nuestra perspectiva, la respuesta a este interrogante debe ser negativa. No puede imponerse al médico responsable del paciente, cuando no coincida con el facultativo que le practica una determinada técnica o procedimiento, la obligación de suministrar una información detallada sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias del procedimiento médicamente recomendado (información exigida por el artículo 4.1 LAP), pues es muy probable que el mismo no tenga la formación necesaria para ello al pertenecer a una especialidad médico-sanitaria distinta de aquélla en la que se ha formado el profesional que va a practicar la intervención requerida por el estado de salud del paciente. De esta manera, si se va a someter al paciente a una operación en la que deben intervenir profesionales sanitarios de diversas especialidades, no constituye una carga proporcionada la exigencia al médico responsable de una formación suficiente para informarle directa y personalmente sobre los riesgos vinculados a cada una de las especialidades implicadas en la intervención propuesta, ni siquiera imponerle la garantía de que al paciente se le ha

proporcionado la totalidad de la información exigida por el artículo 4.1 LAP³⁰³. Entonces, ¿en qué se traducen las obligaciones informativas del médico responsable del paciente? Con Galán Cortés afirmamos que el médico responsable «deberá propiciar o fomentar tal información»³⁰⁴, cuestionando tanto a los pacientes como a los especialistas intervinientes sobre la información obtenida o proporcionada, respectivamente, y sobre su grado de comprensión por el paciente. Es ésta la única carga proporcionada que puede exigirse al médico responsable del paciente, pudiendo aquél, por tanto, eximirse de responsabilidad si acredita que ha supervisado, en la medida de sus posibilidades, la atención, por los profesionales intervinientes en el procedimiento practicado, del derecho a la información asistencial del paciente, aunque tal derecho haya sido vulnerado *de facto* al haber acallado alguno de los especialistas actuantes un riesgo anejo a la actuación practicada que termina por materializarse causando un daño al paciente. Ahora bien, el hecho de que el médico responsable no tenga el deber legal de suministrar al paciente personal y directamente su información asistencial, no significa en modo alguno que no pueda hacerlo; en otras palabras, el médico responsable del paciente puede, pese a no intervenir en el procedimiento llevado a cabo, suministrarle la información que conozca sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de aquél, eximiendo así al galeno actuante de informar sobre los extremos ya advertidos³⁰⁵.

³⁰³ Tomemos en préstamo, para ejemplificar nuestra explicación, el supuesto hipotético planteado por Galán Cortés : «Pensemos [...] en un paciente ingresado en el Servicio de Otorrinolaringología por hemorragias nasales a estudio, al que se pretende descartar un origen digestivo o broncopulmonar de las mismas, por lo que se hace necesaria la práctica de una endoscopia digestiva alta y de una broncoscopia por los especialistas correspondientes. Parece evidente que han de ser estos especialistas médicos concretos (el gastroenterólogo y el neumólogo, respectivamente) quienes le expliquen al paciente, con el rigor y detalle necesarios, los riesgos de tales técnicas, por ser quienes mejor las conocen, no resultando lógica y razonable una exigencia completa de que tal información sea la adecuada al médico del Servicio de otorrino, como responsable del mismo, a quien tan sólo cabe postular información sobre la indicación y los aspectos esenciales del procedimiento propuesto» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 682-683).

³⁰⁴ Dice magistralmente el referido autor: «Resultan excesivas las obligaciones que se hacen recaer sobre el «médico responsable», teniendo presente que éste, de acuerdo con el art. 3, es quien tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y que, por tanto, no será en muchas ocasiones, el médico que le tratará en ciertas fases o momentos de su proceso. El médico responsable deberá propiciar o fomentar la información, pero no podrá garantizarla, siendo los especialistas de cada actuación concreta quienes sí deben garantizar que la misma se facilite al paciente en los términos precisos» (Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 15). En igual sentido, Galán Cortés, Julio César, «Consentimiento informado: situación actual», en AA. VV., *La implantación de los derechos del paciente*, León Sanz, Pilar (edit.), Eunsa, Barañáin, 2004, p. 183; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 683; Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad civil del médico anestesista*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 174.

³⁰⁵ En este sentido, afirma el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de mayo de 2008 (RJ 2008/3078; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela), que «la información previa al consentimiento «puede prestar-

En consecuencia, si no es el médico responsable del paciente el que debe proporcionarle directa y personalmente la información asistencial, corresponde tal obligación a cada uno de los profesionales sanitarios que apliquen al paciente una técnica o procedimiento determinado (o algún otro facultativo del mismo servicio médico³⁰⁶), pues cabe presumir en los mismos un conocimiento suficiente sobre la trascendencia y alcance de la intervención a practicar y, por tanto, puede suponerse su valía para informar debidamente al paciente sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias del procedimiento y, por consiguiente, para cumplir las exigencias informativas previstas en el artículo 4.1 LAP³⁰⁷. Este razonamiento es recogido de modo reiterado por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 16 de octubre de 1998³⁰⁸, donde declara que, «[i]ndudablemente, la obligación de informar [corresponde] a los profesionales que practicaron la prueba médica», si bien dicha obligación convive con el deber «in vigilando» e «in eligendo», que corresponde al centro hospitalario en lo que al aspecto y estructura organizativos concierne³⁰⁹. De esta suerte, si son

se tanto por el médico responsable» [...] como por el que debe practicar «la actuación en el ámbito de la salud del paciente». O sea que con un sólo informador es suficiente, cuando el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria [...].»

³⁰⁶ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 681-682 y 684; Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 175.

³⁰⁷ Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, pp. 149-150.

³⁰⁸ RJ 1998\7565; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa. La Sra. A. C. es sometida a una exploración angiográfica en el hospital «Santa Cruz y San Pablo» el 16 de junio de 1983. En el curso de la intervención, la paciente sufre una complicación diagnosticada como espasmo en territorio vertebro-basilar, riesgo del que la Sra. A. C. no es informada con carácter previo a la prestación de su consentimiento informado. De resultados de la complicación surgida durante la intervención, la paciente padece tetraparesia con plejía izquierda y trastornos de fonación.

³⁰⁹ Vid. también SSTs de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2608; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). De gran claridad expositiva resulta la STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil), en virtud de la cual la información al paciente «es de cargo directo y personal del facultativo que va a realizar la intervención, pues debe de conocer la trascendencia y alcance de la misma, detallando las técnicas disponibles que en este caso no resultó demostrado se le hubiese participado al recurrente, consistiendo las mismas en estapedectomía que fue la utilizada y estapedotomía no empleada y si bien ambas resultas aptas y convenientes, la primera presenta porcentaje doble de complicaciones respecto a la segunda.» Abundando en esta línea, la doctrina mayoritaria identifica al facultativo que va a realizar el procedimiento como el obligado a suministrar la información y obtener el consentimiento informado del paciente. Por todos, Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 45; Sánchez Santiesteban, Ana María, «El consentimiento informado y la relación médico-paciente», *Bioética*, 2009, p. 7; Atela Bilbao, Alfonso, «Consentimiento informado y *lex artis ad hoc*: casuística en Bizkaia», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cuevas, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 175; Gallardo Castillo, María Jesús, «Consentimiento informado...» *op. cit.*, pp. 103-104. Sobre el particular, postula Fernández Zapata, a la luz de la STS de 15 de marzo de 1993, que «debió ser el médico especialista que realizaba la prueba u otro miembro de su equipo, al ser quienes, por su formación, mejor conocen los riesgos de la técnica, y no el médico prescriptor que tan sólo posee unos conocimientos superficiales y generales sobre la misma, quien procediera a informar al paciente de los riesgos típicos de la angiografía, con el fin de que

varios los profesionales que han de intervenir en un concreto acto médico, cada uno de ellos debe informar sobre los riesgos derivados de la intervención y vinculados con su propia especialidad, habiéndose pronunciado en tal sentido la Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía, cuya instrucción 1.6 establece:

«La obligación de ofrecer información alcanza a todo el personal que participe en el proceso de atención a la persona paciente o usuaria del sistema sanitario, aunque limitada a su ámbito de competencia y grado de cualificación y participación. Quien debe asegurar que el proceso de Consentimiento Informado ha sido correctamente realizado será quien lleve efectivamente a cabo la intervención o actuación.»

Por último, nos preguntamos quién debe informar al paciente cuando el consentimiento se ha de prestar por escrito; esto es, quién ha de entregar al paciente el documento de consentimiento informado y explicarle verbalmente la información en él contenida. Al respecto, afirma el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de mayo de 2008³¹⁰:

«con un sólo informador es suficiente, cuando el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria ya que más exigencias llevaría al absurdo como dice la parte recurrente, no cabe esperar que, a la vista de cada intervención quirúrgica que se avecina, procedan cada uno de los llamados a intervenir tanto en ella como en sus pruebas previas y posteriores, como son el ginecólogo, el cirujano, el anestesista o el analista, a redactar bajo su propia e individual iniciativa una información escrita de los riesgos que a su personal juicio le conciernen, sino, al contrario, es lo procedente y ajustado a las invocadas circunstancias, que tales informaciones sean conjuntamente ofrecidas por la entidad sanitaria responsable de la prestación con arreglo a criterios uniformes, generalmente aceptados y conformes con el dictado legal³¹¹.»

Del extracto transcrito de la sentencia de 15 de mayo de 2008, podemos concluir que, cuando la información se haya de proporcionar por escrito, al tratarse de

el mismo decidiera libremente su realización, máxime cuando existen alternativas a este proceder diagnóstico, pues de lo contrario en modo alguno el paciente puede asumir unos riesgos que desconoce» (Fernández Zapata, Francisca Isabel, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 31).

³¹⁰ RJ 2008\3078; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela. Dña Sonia es sometida el 11 de mayo de 1995 a una anexectomía bilateral para la extirpación de ambos ovarios, intervención practicada por el Dr. D. Carlos José en el Hospital de Cabueñes de Gijón. En el curso de la operación, sufre la paciente un atrapamiento del uréter izquierdo, que motiva una posterior intervención de ureterosistomía izquierda, que le provoca un reflujo vesicouretral y, de resultas de éste, dos episodios de pielonefritis aguda izquierda. Alega la paciente, como daños derivados también de la intervención, una osteopenia aguda con riesgo de fracturas. Las referidas secuelas físicas han ocasionado a la paciente una depresión endo-reactiva, habiendo sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta.

³¹¹ Con relación al pronunciamiento de referencia, sostiene Rubio Torrano que en él parece el Tribunal Supremo alejarse de su consolidada doctrina en virtud de la cual la información al paciente sobre el alcance de la práctica médica se incardina en las obligaciones que incumben al profesional sanitario y, por consiguiente, en la *lex artis ad hoc* (Rubio Torrano, Enrique, «Consentimiento informado y agente informador», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 3, 2008, p. 2635).

alguno de los supuestos excepcionales previstos en el artículo 8.2 LAP, no debe cada uno de los profesionales actuantes suministrar al paciente un documento con la información propia de su especialidad y relativa al procedimiento que se va a practicar, sino que es el propio establecimiento sanitario el que debe poner a disposición de los profesionales un formulario de consentimiento informado específico para cada actuación médica que sea encuadrable en el artículo 8.2 *in fine* LAP, debiendo contemplar tal documento la información exigida por el artículo 10.1 LAP con relación a las diversas especialidades implicadas. Ahora bien, a nuestro juicio, cada uno de los especialistas intervinientes tiene el deber de transmitir al paciente aquella información relativa a su específico ámbito de conocimiento que no venga explicitada en el documento de consentimiento informado³¹².

En definitiva, pese a que el artículo 3 LAP define al médico responsable del paciente como su «interlocutor principal» en todo lo referente a la atención e información durante su proceso asistencial, no está obligado a suministrarle la información de modo personal y directo, correspondiendo tal deber a los profesionales que apliquen sobre el paciente un determinado procedimiento, prueba o técnica, mientras que el médico responsable únicamente (aunque no es baladí) debe cumplir una función de fomento de la información y control de su transmisión. De esta suerte, si de hablar con propiedad se trata, debería definirse al médico responsable del paciente como su «agente de supervisión» en sede informativa, reservándose la calificación de «interlocutores principales» para aquéllos profesionales que intervengan en el proceso asistencial practicando algún examen, técnica o procedimiento.

4. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

El presente epígrafe lo dedicamos a la delimitación de los concretos aspectos de los que el médico debe informar al paciente. Para ello, es necesario partir del artículo 4.1 LAP, que reconoce al paciente el 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». Así, dejando a

³¹² Sobre el particular, sostiene Martín Bern al que es el médico responsable del paciente el que debe informar e interesar su consentimiento cuando éste haya de recabarse por escrito: «Surge aquí el problema de quién es la persona que debe interesar el consentimiento. Creemos que debe ser el médico que tenga a su cargo la responsabilidad del enfermo; es decir, el que tenga la responsabilidad de diagnóstico y tratamiento del proceso. Es éste el que debe explicar todo lo que se le va a hacer al enfermo y el porqué. Nos parece una mala práctica el que el enfermo tenga que firmar un consentimiento por cada actuación, ya que ello lleva a contradicciones, que crean confusión y ansiedad. Los médicos deben ponerse de acuerdo antes. Si el caso es dudoso, se debe discutir en sesión clínica y, una vez alcanzados un juicio y una decisión, comunicárselos al enfermo y tomar su consentimiento» (Martín Bern al, José Manuel, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 341).

un lado los casos en que la LAP excepciona o limita el derecho a la información asistencial del paciente³¹³, éste tiene derecho a conocer toda la información «disponible»³¹⁴, sin que ello signifique en modo alguno que el paciente tiene derecho a recibir un «cursillo intensivo» de Medicina³¹⁵, resultando materialmente inabarcable la advertencia al paciente de tal desmesurada cantidad de información y, en ciertos aspectos, de imposible entendimiento por una persona lega en materia sanitaria³¹⁶, a lo que hay que añadir los posibles resultados adversos que

³¹³ Vid. *infra*, apartado 6 del presente capítulo de nuestra obra.

³¹⁴ El derogado artículo 10.5 LGS establecía el derecho de todos a recibir una información «completa» sobre su proceso, terminología que actualmente sigue utilizando diversa normativa autonómica. Por todas, el párrafo 2.1 de la Orden SAN/28/2009, de 8 de septiembre, por la que se aprueba la Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos en el Sistema Autonómico de Salud de Cantabria (BOC n. 182, de 22.9.2009). No obstante, pese a que el artículo 10.5 LGS reconocía al paciente el derecho a una información completa, la jurisprudencia impone una exégesis razonable del precepto, habida cuenta de que una información excesiva puede producir padecimientos innecesarios en el paciente, amén de dificultar sobremanera el ejercicio de la profesión médica, pronunciándose en este sentido el Tribunal Supremo, a título meramente ejemplificativo, en sentencias de 4 de abril del 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 18 de enero de 2005 (RJ 2005\995; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4254; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 26 de octubre de 2006 (RJ 2006\8020; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9567; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6035; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\7671; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo) y 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo). Así, el Alto Tribunal, tras realizar una interpretación correctora del artículo 10.5 LGS, entiende que el mencionado precepto reconoce al paciente el derecho a recibir la información «adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias» –STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos)–, siendo precisamente esta información «adecuada» la que reconoce el Convenio de Oviedo como derecho de la persona afectada que debe hacerse efectivo con anterioridad a la prestación de su consentimiento libre e informado (artículo 5).

³¹⁵ Este es el posicionamiento adoptado en *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (Supreme Court of California, 27.10.1972), donde afirma el Tribunal: «the patient's interest in information does not extend to a lengthy polysyllabic discourse on all possible complications. A mini-course in medical science is not required».

³¹⁶ Cast año de Restrepo, María Patricia, Voz «Consentimiento (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 450: «Los abogados [...] solemos desconocer a su vez, aspectos científicos y dificultades fundamentales para la cabal comprensión de las limitaciones que tiene el personal e instituciones de salud, para cumplir los deberes propios relacionados con esta materia. Así por ejemplo, se suele exigir un exhaustivo deber de información, hasta el punto de que muchos predicen responsabilidad jurídica de variadas clases o matices,

puede producir una información excesiva³¹⁷. Parafraseando a O'Shea, «the full information standard sets the bar too high»³¹⁸. Ante esta situación, diversas normativas autonómicas precisan que el paciente tiene derecho a recibir, antes de otorgar su consentimiento, una información «razonable» y/o «suficiente»³¹⁹.

Ahora bien, tras reconocer la LAP el derecho del paciente a la información asistencial disponible, los artículos 4.1 y 10.1 del mismo cuerpo legal concretan los extremos esenciales de los que el médico tiene que informar al paciente de modo activo (*id est*, sin tener que ser requerido a tal efecto). Así, el primero de los preceptos mencionados detalla la información mínima que el médico debe proporcionar al paciente, comprensiva de «la finalidad y la naturaleza de cada intervención»³²⁰, sus riesgos y sus consecuencias». Por su parte, el artículo 10.1 LAP precisa la información básica que el facultativo ha de proporcionar al paciente cuando haya de recabar su consentimiento informado por escrito: consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; riesgos relacionados con las circunstancias personales «o» profesionales del paciente³²¹; riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia «o» directamente vinculados con el tipo de intervención

por haber omitido el más pequeño detalle, desconociéndose que es física y materialmente imposible en muchísimos casos, poder informar sutilezas de la mayor hondura científica a un ignorante técnico-científico por naturaleza, como lo es normalmente el paciente-usuario-consumido.»

³¹⁷ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, pp. 94-95. Con gran acierto, postula Blanco Pérez-Rubio: «Tanto en la medicina curativa como en la meramente satisfactiva, a pesar de que algunos autores y alguna resolución jurisprudencial consideran que la información debe ser exhaustiva, sin embargo, nosotros entendemos lo contrario, es decir, que la información no debe ser excesivamente exhaustiva, porque ello a lo que puede conducir es a confundir al paciente» (Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*). Abunda en esta línea Sal vat Puig: «No se trata de mostrar en los documentos del consentimiento informado un tratado de patología clínica, pues expresada la información de esa manera, demasiado prolija, produce un rechazo, cuando no confusión o miedo, en el destinatario de la misma» –Sal vat Puig, Juan, «¿Cómo debe dar la información el sanitario?», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulas, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, p. 16–.

³¹⁸ O'Shea, Tom, *The Essex... op. cit.*, p. 21.

³¹⁹ Por todas, Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 11.1) y Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 16.1). En la jurisprudencia, STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7169; Ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel).

³²⁰ Defiende Muñoz Jurado que, conforme al espíritu de la LAP, «hubiese sido mejor la utilización del término «actuación»». Y continúa el autor: «No obstante, parece que hay que interpretarla como sinónimo de «actuación» por cuanto en el Informe de la Ponencia del Senado de 31 de octubre de 2002 se establece –para modificar el artículo 8.3– la importancia de «la amplitud que, en la propia Ley, se otorga al concepto de intervención sanitaria, comprensivo de actuaciones preventivas, diagnósticas, terapéuticas, rehabilitadoras o de investigación». Así pues, ya no cabe albergar la duda de afirmar que pudiere parecer un «olvido» del legislador, o bien que efectivamente hubiera querido aplicar al término «intervención» su significado de Cirugía, esto es, como operación quirúrgica o, por analogía, los procedimientos de riesgo o invasores de los que habla la ley en su artículo 8. En consecuencia, queda desterrada esta duda» (Muñoz Jurado, Francisco Javier, *El consentimiento... op. cit.*, p. 80).

³²¹ Afirma Galán Cortés que el precepto debería utilizar la conjunción copulativa «y» (en lugar de la disyuntiva «o») al exigir la información sobre los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 731).

a practicar³²² y contraindicaciones. Puede sorprender que los antedichos preceptos no incluyan la información sobre las alternativas al procedimiento propuesto por el facultativo³²³, si bien tal información resulta exigible con base en el artículo 2.3 LAP, conforme al cual «[e]l paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles»; por razones obvias, para que el paciente pueda decidir entre las opciones clínicas disponibles se requiere, de manera incontestable, la previa información sobre las mismas para que el paciente pueda tener conocimiento de ellas³²⁴. En suma, el derecho del paciente a ser informado de las alternativas al procedimiento propuesto es reconocido pacíficamente por la doctrina³²⁵ y la jurisprudencia³²⁶, amén de por cuantiosa normativa autonómica³²⁷; incluso algún

³²² Postula Galán Cortés que «sería preferible utilizar en su redacción la conjunción copulativa, en lugar de la disyuntiva, estableciendo, de esta forma, la obligación de informar sobre «los riesgos probables [...] y los directamente relacionados con el tipo de intervención»» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 732).

³²³ Sí que comprendía las alternativas de tratamiento en la información asistencial el derogado artículo 10.5 LGS, que reconocía el derecho del paciente a recibir, él y sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

³²⁴ En tal sentido, afirma el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos): «del artículo 2.3 LAP, el cual establece como principio básico el «derecho del paciente o usuario a decidir libremente después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» se deduce la necesidad de incluir este aspecto en la información». En la doctrina, *vid.* Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, pp. 42-43.

³²⁵ Por todos, Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 93; Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, pp. 42-43; Sánchez Caro, Javier y Abellán-García Sánchez, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Comadres, Granada, 2003, p. 17. Sobre el particular, sostiene Sáinz-Cantero Caparrós: «En la práctica, lo más frecuente es que la información sobre las posibles alternativas al acto propuesto por el profesional sanitario no se facilite, sea porque se entiende que sobre lo único que se ha de informar es sobre el acto que se propone, sea porque se entiende que no existe «mejor» alternativa, sea porque no sea a su vez posible una alternativa en atención a los medios e infraestructuras del centro sanitario, sea finalmente porque realmente no exista alternativa o no parezca haberla. Probablemente estas razones incidan en la escasa relevancia que se concede a esta concreta información, sin embargo, es una información desde el punto de vista jurídico, esencial» –Sáinz-Cantero Caparrós, José Eduardo, «Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 76–.

³²⁶ Por todas, SSTS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\3323; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 2 de marzo de 2005 (RJ 2005\3065; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 4 de diciembre de 2009 (RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso).

³²⁷ Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 1.4); Ley 2/1998 de Andalucía –artículo 6.h)–; Ley 6/2002 de Aragón (artículo 4.1); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 17.2); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 4.2); Ley 3/2009 de la Región de Murcia –artículos 30.1 y 43.2.c)–; Ley 1/1992 de Asturias (artículo 49.5); Ley 11/1994 de Canarias (artículo 6.1) y Ley 2/2002 de La Rioja (ar-

tribunal comprende en la información asistencial el «consejo terapéutico» del facultativo, es decir, su opinión sobre la alternativa terapéutica más aconsejable a su juicio³²⁸. Ahora bien, que la información asistencial sea comprensiva de las alternativas al procedimiento propuesto, en ningún caso significa que el paciente no haya de ser informado cuando no existe una opción clínica alternativa a la actuación médica distinta a su rechazo³²⁹, comportando lo contrario la negación

título 11.1). A nivel internacional, reconoce también el derecho del paciente a ser informado sobre las alternativas existentes a los procedimientos propuestos, el parágrafo 2.2 de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de la Organización Mundial de la Salud (Ámsterdam, 1994). Finalmente, ciertas legislaciones autonómicas precisan con encomiable minuciosidad que la información asistencial resulta comprensiva, no de todas las alternativas que puedan existir al procedimiento propuesto, sino únicamente de aquellas que sean razonables. Por todas, Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 11.3); Ley 3/2001 de Galicia (artículo 8.5); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 28.5); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 16.4) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.9). Abundando en esta línea, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004\6229; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo), en la que enjuicia una asistencia médica prestada en el servicio de urgencias, que «no puede entenderse exigible [al] demandado la previa realización de una completa exposición a la lesionada de las posibilidades terapéuticas que excedieran de la acostumbrada y tenida por prudente e indicada en el caso concreto, a fin de que la misma pudiese optar por alguna de ellas.

³²⁸ Dice la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en sentencia de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003\148063; Ponente: Illmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló): «La información que precede al consentimiento debe ser acompañada del llamado consejo terapéutico, esto es, de la opinión del facultativo de cuál de las alternativas posibles que se han hecho saber al enfermo es la más adecuada y provechosa, pero es importante repetir que el facultativo ha de limitarse a dar un consejo, sin sustituir al paciente, al decidir el tratamiento.» Por su parte, los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:105 DCFR, imponen al profesional que informe al paciente sobre las alternativas serias y sensatas que existen al procedimiento propuesto, aunque las mismas sean ofrecidas por la medicina alternativa (*unconventional medicine*), pues sólo así puede el paciente elegir entre las distintas alternativas disponibles –Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971–. Hemos de advertir que la totalidad de las alusiones al DCFR incluidas en nuestra obra hacen referencia a preceptos reguladores del *treatment contract*, cuya traducción al castellano debe ser «contrato de servicios médicos» (y no «contrato de tratamiento»), al objeto de incluir los diversos servicios a los que el profesional sanitario puede comprometerse en virtud de dicho contrato, conforme al amplio ámbito de aplicación que presenta el Capítulo 8.º de la Parte C del Libro IV DCFR –*vid.* Cadenas Osuna, Davinia, «El contrato de servicios médicos: el consentimiento informado en el «draft common frame of reference»», en AA. VV., *Derecho de contratos: Nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Hornero Méndez, César et al. (dirs.), Aranzadi, 2017, pp. 209-212–.

³²⁹ En puridad, estos supuestos no pueden ser calificados como de «única alternativa», habida cuenta de que siempre existe, amén de la opción de aceptar el único procedimiento médicamente indicado, la posibilidad de rechazar el mismo, constituyendo el no sometimiento a la intervención o tratamiento propuesto una segunda alternativa. De esta suerte, nos alineamos con el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7531; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García), donde considera la no intervención como una de las alternativas entre las que el paciente debe elegir. Literalmente, dice el Tribunal: «si a la recurrente se le hubiesen explicado los riesgos que comportaba la operación quirúrgica a la que se sometió y las posibles consecuencias de que de ella podían derivarse [...] hubiera podido elegir entre las distintas alternativas existentes y, entre ellas la no intervención». En la doctrina, sostiene Galán Cortés que «el derecho a decidir por uno mismo no puede alterarse por la única circunstancia de la inexistencia de diferentes alternativas u opciones terapéuticas, ya que el enfermo puede escoger, en plena libertad, el no someterse al único tratamiento existente» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 758). En definitiva, podemos concluir que lo que existe en estos supuestos no es una única alternativa, sino una única alternativa «terapéutica».

del derecho del paciente a la información y al consentimiento informado cuando padece una patología que presenta una única opción terapéutica³³⁰.

4.1 Especial consideración a la información sobre riesgos

Tanto el artículo 4.1 LAP como el 10.1 del mismo cuerpo legal incluyen en la información asistencial los riesgos derivados del procedimiento recomendado, al igual que el artículo 8.3 LAP, conforme al cual el paciente debe disponer de información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos con carácter previo al otorgamiento de su consentimiento informado por escrito³³¹. Ante la enorme problemática que plantea la aplicación de los antedichos preceptos, debido a su escueta redacción, nos centramos en las líneas que siguen en el examen detallado de su exégesis y aplicación por nuestros tribunales, análisis que ha de partir, inexorablemente, de una breve referencia preliminar a la distinción entre medicina curativa y satisfactiva, separación que, si bien no presenta apoyatura legal alguna, se encuentra absolutamente asentada en nuestra jurisprudencia.

4.1.1 Medicina curativa v. medicina satisfactiva

La medicina curativa (también llamada necesaria, asistencial o terapéutica) es aquélla que pretende el mantenimiento, restablecimiento o mejora de la salud de un paciente que sufre de alguna alteración patológica en su organismo³³². Por su parte, en la medicina satisfactiva (también denominada volunta-

³³⁰ Vid. SSTS de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Noste) y 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 30.

³³¹ En su literalidad, dice el artículo 8.3 LAP: «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.»

³³² Galán Cortés, Julio César, «1922 Sentencia de 21 de octubre de 2005: Responsabilidad médica. Medicina voluntaria. Doctrina de la imputación objetiva. Consentimiento informado en cirugía estética. Incumplimiento del deber de información: daño y nexo causal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 72, 2006, p. 1442; Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 80; Pérez Vallejo, Ana María, «Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactiva», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 550; Moreno Navarrete, Miguel Ángel, «La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 525; López Carmona, Virginia, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 183; Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad médica:

ria o perfectiva) el sujeto no padece enfermedad previa alguna, sino que acude voluntariamente al facultativo «para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional»³³³; dicho de otro modo, «el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o [...] para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos»³³⁴. Por tanto, al no sufrir el sujeto en medicina satisfactiva un deterioro en su salud que haga necesaria la intervención o tratamiento solicitado, no resulta idónea su calificación como paciente (por su sentido etimológico de *paciente*), prefiriendo la jurisprudencia el empleo de los términos cliente³³⁵ o interesado³³⁶. En todo caso, hemos de advertir que, pese a que doctrina y jurisprudencia ponen el acento, al catalogar una actuación médica como de medicina satisfactiva, en su carácter voluntario, al no venir exigida para el mantenimiento o restauración de la salud del sujeto (*id est*, al no resul-

nueva visión del Tribunal Supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y resultados», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (coord.), Sepin, Madrid, 2011, p. 291.

³³³ STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

³³⁴ STS de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\940; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete). En la doctrina, define Galán Cortés la medicina voluntaria o de satisfacción como aquella «cuyo fin no es curar propiamente, sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento) o para anular su capacidad reproductora (vasectomías y salpingectomías)» (Galán Cortés, Julio César, «1922 Sentencia...» *op. cit.*, p. 1442). En igual sentido, Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 80; Rivas López, Antonio Luis, *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: aspectos de su práctica administrativa y procesal*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, p. 79.

³³⁵ Por todas, STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). En la jurisprudencia menor, SSAP Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\2250; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo) y 21 de enero de 1997 (AC 1997\136; Ponente: Illmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) y SAP Granada de 11 de febrero de 2011 (JUR 2012\344622; Ponente: Illmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón). Se opone a esta diferente calificación del receptor de la asistencia sanitaria en medicina curativa y satisfactiva Seijas Quintana: «A partir de esta doble obligación [medios/resultado], quien recibe el servicio ha venido siendo sido [sic] considerado como paciente, mientras que quien reclama una obra, adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja; distinción a mi juicio poco afortunada. La consideración de paciente la tiene aquel que, de forma voluntaria o no, acude al médico con la intención de paliar una cierta dolencia, ya sea física o psíquica. En ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud» (Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad médica:...» *op. cit.*, p. 292).

³³⁶ Por todas, STS de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\940; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y SAP Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez).

tar orgánicamente necesaria)³³⁷, coincidimos con Romeo Casabona en que su denominación como medicina «voluntaria» puede conducir a la errónea creencia de que la medicina curativa es obligatoria cuando, en puridad, es también voluntaria, habida cuenta de que el paciente siempre puede decidir no someterse a la intervención o tratamiento, aun estando médicamente recomendado en atención a su estado de salud³³⁸.

La jurisprudencia incardina en la medicina satisfactiva, *inter alia*, las intervenciones de cirugía estética³³⁹, operación para el alargamiento tibial³⁴⁰, tratamientos odontológicos y de colocación de prótesis dentarias³⁴¹, intervenciones oftalmológicas³⁴², tratamientos para la implantación capilar artificial³⁴³,

³³⁷ En este sentido, declara la SAP Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez): «La medicina satisfactiva se caracteriza fundamentalmente porque el paciente, o más bien el interesado –pues no existe propiamente una enfermedad– acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para la mejora de un aspecto físico o estético, siendo en estos casos plenamente voluntaria la asistencia sanitaria y absolutamente libre la relación entre el facultativo y quien solicita su intervención, en tanto no resulta impuesta por un deterioro de la salud que la convierta en necesaria.»

³³⁸ Postula Romeo Casabon a que las expresiones medicina voluntaria y medicina satisfactiva «pueden ser equívocas, confusas impropias e inapropiadas. Indudablemente, siempre estamos ante una Medicina voluntaria, siendo su opuesto la excepción y siempre prevista por la Ley; y, desde luego, también se busca por todas las partes implicadas una «satisfacción» –la posible en el caso concreto– al paciente, del que no parece adecuado asumir que en otro caso responde al prototipo del «sufriente» o «masoquista». Tal vez resulten menos llamativas las expresiones «curativa» (incluyendo en estas las medidas diagnósticas y preventivas o profilácticas) y «no curat va» o, si se prefiere, «terapéutica» y «no terapéutica», pero reflej mejor esa dualidad que, por lo demás, tiene utilidad desde el punto de vista jurídico» (Romeo Casabon a, Carlos María, «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, n. 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, p. 78).

³³⁹ Por todas, SSTS de 28 de junio de 1997 (RJ 1997\5151; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 15 de febrero de 2017 (RJ 2017\583; Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, SAP Valencia de 9 de diciembre de 2010 (AC 2011\206; Ponente: Illma. Sra. María Fe Ortega Mifsud); SAP Granada de 11 de febrero de 2011 (JUR 2012\344622; Ponente: Illmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón); SAP Santa Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2015 (AC 2015\553; Ponente: Illma. Sra. María Luisa Santos Sánchez); SAP Valencia de 25 de marzo de 2015 (AC 2015\816; Ponente: Illma. Sra. Pilar Cerdán Villalba); SAP Zaragoza de 12 de enero de 2017 (JUR 2017\27580; Ponente: Illmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) y SAP Granada de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017\163907; Ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez).

³⁴⁰ STS de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8964; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

³⁴¹ Por todas, SSTS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 28 de junio de 1999 (RJ 1999\4894; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2711; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) y 12 de marzo de 2008 (RJ 2008\4045; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, SAP Málaga de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\181494; Ponente: Illma. Sra. Soledad Jurado Rodríguez) y SAP Valencia de 26 de febrero de 2016 (JUR 2017\105642; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana).

³⁴² STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999\7998; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

³⁴³ STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6428; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

tratamientos de fotodepilación³⁴⁴, aplicación de la técnica de la fecundación «in vitro»³⁴⁵, intervenciones quirúrgicas de control de la natalidad o anticoncepción permanente³⁴⁶ o colocación de dispositivos anticonceptivos³⁴⁷, reputándose, por el contrario, supuestos de medicina curativa los tratamientos de fertilidad, puesto que la infertilidad involuntaria es definida por la Organización Mundial de la Salud como una «enfermedad crónica»³⁴⁸.

La diferenciación expuesta (aunque de modo escueto) se impone debido a que, en medicina satisfactiva, se exige al profesional sanitario una mayor rigurosidad en la información sobre los riesgos derivados de la intervención o tratamiento, en aras de eludir, al ser el procedimiento innecesario (o, al menos, de una «relativa» necesidad) para el mantenimiento o restauración de la salud del sujeto, el «silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención»³⁴⁹. Hemos de tener presente que, en la mayoría de las ocasiones, los procedimientos de medicina voluntaria se realizan en clínicas privadas, con el indudable interés económico que presenta el profesional sanitario en que la actuación médica se practique, pues de ello dependen sus ganancias. De esa suerte, no debe extrañar que haya oca-

³⁴⁴ Vid. SAP Zaragoza de 5 de diciembre de 2003 (AC 2004\407; Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez); SAP Valencia de 29 de abril de 2005 (AC 2005\971; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana); SAP Alicante de 21 de junio de 2005 (AC 2005\1316; Ponente: Illma. Sra. M.^a Dolores López Garre) y SAP Las Palmas de 2 de junio de 2008 (JUR 2008\302932; Ponente: Illmo. Sr. D. Víctor Caba Villarejo).

³⁴⁵ STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

³⁴⁶ Por todas, SSTS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4667; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez).

³⁴⁷ STS de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7272; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

³⁴⁸ STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

³⁴⁹ Por todas, SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Vid. también STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, SAP Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez); SAP Salamanca de 7 de abril de 2014 (JUR 2014\134891; Ponente: Illmo. Sr. D. José Antonio Vega Bravo); SAP Valencia de 9 de diciembre de 2010 (AC 2011\206; Ponente: Illma. Sra. María Fe Ortega Mifsud); SAP Santa Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2015 (AC 2015\553; Ponente: Illma. Sra. María Luisa Santos Sánchez); SAP Valencia de 25 de marzo de 2015 (AC 2015\816; Ponente: Illma. Sra. Pilar Cerdán Villalba); SAP Málaga de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\181494; Ponente: Illma. Sra. Soledad Jurado Rodríguez); SAP Valencia de 26 de febrero de 2016 (JUR 2017\105642; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana); SAP Zaragoza de 12 de enero de 2017 (JUR 2017\27580; Ponente: Illmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) y SAP Granada de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017\163907; Ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez).

siones en las que el galeno pretenda la ocultación de ciertos riesgos cuyo conocimiento por el paciente pueda motivar su negativa a someterse al procedimiento solicitado. Es por ello que se amplía el alcance de la información asistencial en medicina satisfactiva, teniendo el paciente derecho a una información «reforzada» (*more stringent*³⁵⁰) y, correlativamente, imponiéndose al profesional sanitario unas exigencias informativas mayores, que se proyectan, en esencia, en la información que ha de proporcionar sobre los riesgos esperables de la actuación médica y sobre las posibilidades de que no se consiga el resultado esperado con la misma (*id est*, la posibilidad de que la satisfacción estética o funcional buscada con la actuación médica no esté plenamente garantizada)³⁵¹.

Nuestra exposición no plantea dificultad teórica alguna: en medicina voluntaria, las obligaciones informativas del médico se intensifican, ampliándose consiguientemente el alcance de la información asistencial que el paciente tiene derecho a recibir con anterioridad a la prestación de su consentimiento a un determinado acto médico. Sin embargo, la práctica suele ser más compleja, planteándose en ocasiones situaciones en las que, *a priori*, no resulta absolutamente meridiano si una determinada intervención o tratamiento constituye un supuesto de medicina curativa o satisfactiva. Un ejemplo lo encontramos en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 10 de junio de 2011³⁵², en el que Dña. Rebeca suscribe con la entidad «Corporación Dermoestética, S. A.», un contrato para someterse a dos intervenciones médico-estéticas, a saber, una rinoplastia y una cantopexia. Tras sufrir Dña. Rebeca diversas secuelas de resultados de las operaciones practicadas, interpone demanda de juicio ordinario contra la entidad, reclamando 55.888,18 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de una pretendida mala praxis médica. Tras dictar el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona sentencia parcialmente estimatoria de las pretensiones de la actora, la

³⁵⁰ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1970.

³⁵¹ Vid. SSTS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Margarita Robles Fernández); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García). Resulta esencial tomar en consideración que, si la actuación incardinada en la medicina satisfactiva no viene exigida por un deterioro en la salud del paciente, sino que con la misma se crea un riesgo *ex novo* en la búsqueda de un concreto resultado funcional o estético, tiene una relevancia excepcional la información sobre las posibilidades de que el resultado esperado con la intervención o tratamiento no se consiga, pues una baja probabilidad de consecución del resultado puede encarrilar el rechazo del paciente al acto médico. En este sentido, Gallardo Castillo, María Jesús, «Consentimiento informado...» *op. cit.*, p. 130; Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, ed. digital, p. 158.

³⁵² AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez.

entidad demandada interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual se cuestiona la finalidad perseguida por Dña. Rebeca con las intervenciones practicadas, pues de la respuesta a tal interrogante depende su calificación como medicina curativa o satisfactiva, con su consiguiente trascendencia en la concreción del alcance del derecho de información de la interesada. La Audiencia Provincial concluye que tal calificación depende de la finalidad perseguida por Dña. Rebeca, resolviendo en el supuesto enjuiciado que el «fin último y determinante perseguido por la actora era el de obtener una mejora estética de sus rasgos, tanto de la nariz como de la forma de los ojos».

Sin embargo, incluso disponiendo de tal criterio diferenciador entre medicina voluntaria y satisfactiva, en ocasiones se plantean situaciones en las que resulta complicado dirimir si la intervención o tratamiento se incardina en uno u otro tipo de medicina. A título meramente ejemplificativo, podemos citar el asunto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su sentencia de 13 de febrero de 2001³⁵³, en el que D. Salvador G. G., de 49 años de edad y presentando una miopía de 10,25 en el ojo derecho y de 14,50 en el izquierdo, acude en noviembre de 1997, atraído por un anuncio publicado en un medio de comunicación escrito, a las dependencias de «Sociedad Refractiva Balear Miopía Láser, S. L.», donde el Dr. M. B. le recomienda someterse a una intervención quirúrgica mediante la técnica Lasik. La intervención se practica el 20 de febrero de 1998, un día después de lo previsto inicialmente, debiéndose tal posposición a los problemas técnicos advertidos en el aparato láser con el que debía practicarse la operación. Como consecuencia de la intervención, resulta mermada aún más la agudeza visual de D. Salvador G. G., amén de quedar éste astigmático y presbita, presentar una incipiente catarata en ambos ojos y seguir necesitando el uso de lentes. Todo ello le genera continuas cefaleas y problemas de hipertensión y, consecuentemente, un síndrome de angustia y depresión que le obliga a acudir periódicamente al psiquiatra. En el presente supuesto, la Audiencia Provincial de Islas Baleares se cuestiona si la intervención practicada es de medicina voluntaria o, por el contrario, curativa, concluyendo lo que sigue:

«Concede la sentencia de instancia que estamos en presencia de un caso de medicina «voluntaria» argumentando que el motivo que la originó «(la existencia de defectos en la visión de don Salvador G. G.) no precisaba una asistencia médica inexcusable, sino que vino motivada por el deseo del paciente de mejorar una situación física que, aun suponiéndole una merma en sus facultades físicas (le obligaba a llevar de forma permanente lentes), no le comportaba un riesgo para su vida o su salud que hiciera necesaria o inevitable la intervención facultativa». Esta

³⁵³ AC 2001\2250; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo.

Sala se encuentra muy próxima al anterior razonamiento, aun a riesgo de conceder que se está en una zona limítrofe entre lo que se ha denominado medicina «voluntaria o satisfactiva» y la «curativa o terapéutica». Como dice la resolución apelada coadyuva a la primera solución el dato de que la relación entre el paciente y el médico se produjera a través de un anuncio en el que el facultativo (y la sociedad para la que trabajaba, «Sociedad Refractiva Balear Miopía Láser, S. L.»), ofrecía sus servicios a quienes, de forma voluntaria, desearan acogerse a los mismos en orden a obtener un resultado (en los términos del anuncio de prensa que obra en autos a «decir adiós para siempre a la miopía y el astigmatismo»). Cualquiera que sea la opinión que, al respecto, se sustente se estará siempre en el caso de conceder que la obligación de información de los riesgos de la intervención quirúrgica y de sus posibles complicaciones post-operatorias resultaba obligada y, aún, aumentada e intensificada por tratarse de un supuesto en el que la línea divisoria entre «paciente-cliente» y «medicina voluntaria o curativa», se encontraba, cuando menos, diluida³⁵⁴.»

En definit va, podemos concluir que la categorización «medicina curativa-medicina satisfactiva» no es baladí, pues de la misma depende el alcance de la información que el «paciente» o «cliente», respectivamente, tiene derecho a recibir, intensificándose el rigor de las obligaciones informativas que incumben al médico en las intervenciones o tratamientos de medicina voluntaria y en aquellos supuestos en los que no puede determinarse con certeza su finalidad terapéutica o satisfactiva³⁵⁵.

³⁵⁴ La conclusión a la que llega la Audiencia Provincial de Islas Baleares en la referida sentencia, de ubicar una intervención oftalmológica mediante técnica Lasik para eliminar la miopía y el astigmatismo en una zona limítrofe entre la medicina voluntaria y la curativa, contrasta con la expuesta por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2002\265362; Ponente: Illma. Sra. Dña. Susana Catalán Muedra), que considera, sin vacilación alguna, una cirugía de igual naturaleza a la anterior incardinable en la medicina satisfactiva.

³⁵⁵ Especial dificultad en lo que a su calificación como medicina curativa o satisfactiva plantean las intervenciones de cirugía estética destinadas a corregir un defecto físico que causa al cliente un malestar psíquico, pues, en tales situaciones, la operación puede conllevar un resultado terapéutico al aliviar el sufrimiento psicológico que al cliente le producía el defecto estético corregido. Cabe cuestionarse entonces si debe primar, a efectos de tal calificación, la finalidad estética perseguida o el resultado terapéutico conseguido. Al respecto, afirma Sánchez González que «en la medicina en que en el concepto de salud cabe incluir el bienestar psíquico, no se observa razón alguna por la que la cirugía estética no pueda considerarse como una actividad curativa y, desde esta configuración, merecedora de idéntico tratamiento en lo que a la información se requiere» (Sánchez González, María Paz, *La impropiedad... op. cit.*, p. 97). En igual sentido se postula At az López: «Pero entendiendo la salud como bienestar no solamente físico, sino también psíquico y social, ¿qué duda cabe de que la cirugía estética puede llegar a ser curativa? Lo que ocurre es que determinados autores han unido, quizá inconscientemente, el concepto de enfermedad al de proceso patológico de degeneración orgánica o física, dejando de lado la amplia gama de las enfermedades mentales o de las perturbaciones psíquicas. Tomándose a éstas en cuenta, no cabe duda de que en determinados casos la cirugía estética puede calmar o eliminar totalmente un malestar, si bien un malestar no físico, sino psíquico o moral. Partiendo, pues, de que no se puede generalizar respecto a la finalidad curativa de la cirugía estética [...]» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 114-115). *Vid.* también Santos Morón, María José, *Incapacitados y... op. cit.*, p. 59; de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado» en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?», en AA. VV., *Estu-*

4.1.2 Riesgos típicos v . riesgos a típicos

Estudiada la distinción entre medicina curativa y satisfactiva, hemos de adentrarnos de seguido en la definición de los riesgos típicos y atípicos para, finalizado tal cometido, esquematizar los riesgos de los que el facultativo ha de informar al paciente-cliente en función de la finalidad (terapéutica o no) perseguida por la actuación médicamente recomendada.

Como puede comprobarse con su lectura, los artículos 4.1, 10.1 y 8.3 LAP, que imponen al médico el deber de informar al paciente sobre los riesgos del procedimiento con anterioridad a la prestación de su consentimiento, no establecen distinción alguna entre los riesgos en atención a su tipicidad, separación que, sin embargo, se encuentra absolutamente asentada en nuestra jurisprudencia, que define los riesgos típicos como aquéllos inherentes a la intervención o tratamiento que se va a practicar. Postulamos, con Domínguez Luelmo³⁵⁶, que dicha inherencia o tipicidad puede derivar del tipo de actuación médica considerada en abstracto (tipicidad objetiva)³⁵⁷ o de las características personales del paciente (edad, estado de salud...) que condicionan su mayor propensión a ciertos riesgos (tipicidad subjetiva)³⁵⁸. Así, los riesgos típicos se vinculan directamente con una determinada intervención o tratamiento y, en consecuencia, pueden producirse sin posibilidad de ser evitados por el profesional sanitario, con independencia de que su actuación se ajuste o no a las reglas de la

dios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo I, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), La Ley, Madrid, 2006, p. 447. Opinión opuesta postulan los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:106 DCFR, conforme a los cuales se estiman *unnecessary treatments*, a los efectos del antedicho precepto, los tratamientos que no vengan exigidos por la salud exclusivamente física del paciente. Ejemplifican su parecer los comentarios como sigue: «A 23-year-old woman had a car accident, and as a result acquired severe burns on her cheeks. Two years after the accident, the woman consults a plastic surgeon to have the burns removed. This is a case of unnecessary treatment, in the sense that there is no reason, from a strictly medical point of view, for the woman to undergo surgery. This illustration shows how difficult is to define the term «unnecessary treatment», as having the burns removed may have a positive effect on a person's mental health, as the appearance of the burns may have caused loss of self-confidence as well as adverse social circumstances detrimental to the woman's mental health» –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:106, Comentario A (*General idea*), p. 1982-.

³⁵⁶ Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, pp. 216-217.

³⁵⁷ Verbigracia, el riesgo de lesión de los nervios de las cuerdas vocales inherente a la realización de toda tiroidectomía, con independencia de quién sea el paciente y cuáles sean sus circunstancias personales.

³⁵⁸ A título meramente ejemplificativo, podemos citar el mayor riesgo de infección que conlleva toda intervención quirúrgica cuando el paciente que se va a someter a ella padece diabetes. Estos riesgos «relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente» se comprenden en la información básica que el facultativo ha de proporcionarle antes de recabar su consentimiento escrito, *ex artículo 10.1.b) LAP*.

lex artis ad hoc, esto es, al margen de que actúe diligentemente o, por el contrario, de modo negligente.

Los riesgos típicos son también denominados previsibles, pues su inherencia a la actuación médica permite su previsión; en otros términos, la previsibilidad del riesgo se supedita a su tipicidad. No obstante, si bien todos los riesgos previsibles son típicos, la equivalencia no resulta de aplicación a la inversa, habida cuenta de que pueden existir riesgos inherentes a una determinada intervención que, sin embargo, resulten imprevisibles en atención al estado de los conocimientos científicos

En todo caso, entendemos esencial no confundir la tipicidad de un riesgo con la frecuencia probabilística con la que se materializa en la práctica, de modo que un riesgo infrecuente puede ser típico, y viceversa, si bien esto último puede resultar más insólito, puesto que un riesgo que se materializa en la práctica con una alta probabilidad como consecuencia de una determinada intervención o tratamiento generalmente es reputado típico del mismo. Esta distinción «tipicidad-frecuencia» se observa nítidamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009³⁵⁹, que considera típico de una intervención encaminada a implantar una prótesis de cadera el riesgo de lesión del nervio ciático por elongación, pese a que la frecuencia probabilística con la que se actualiza en la práctica es sólo del 3,5%. Literalmente, formula el Alto Tribunal que:

«el tribunal sentenciador, al considerar suficientemente cumplido por el cirujano demandado su deber de información al paciente, estaría confundiendo y asimilando los conceptos de infrecuencia e imprevisibilidad, pues la circunstancia de que la complicación surgida durante la intervención se diera estadísticamente en un 3,5% de los casos no excluye que se tratara de una complicación o riesgo típico del que se tendría que haber informado a la paciente, como por demás declara la jurisprudencia de esta Sala³⁶⁰.»

³⁵⁹ RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

³⁶⁰ En igual dirección, estima el Tribunal Supremo típicos los riesgos que siguen: el riesgo, de entre el 0,2-0,4 y el 1% de probabilidad, de recanalización espontánea de los conductos deferentes de resultas de una intervención de vasectomía –sentencias de 24 de abril de 1994 (RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López) y 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4667; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); el riesgo del 2% de tetraparesia inherente a una intervención dirigida a eliminar una protusión discal cervical a dos niveles –sentencia de 31 de julio de 1996 (RJ 1996\6084; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); el riesgo del 0,03% de lesión de un nervio del cuello inherente a una intervención quirúrgica para la colocación de injertos liofilizados en los espacios vertebrales C-5/C-6 y C-6/C-7 –sentencia de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pareda Rodríguez); el riesgo de perforación timpánica inherente a una intervención quirúrgica de miringotomía con colocación de tubos de ventilación en los oídos, pese a que la frecuencia de su materialización oscila entre el 1 y el 3% de los casos –sentencia de 23 de julio de 2003 (RJ 2003\5462; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); el riesgo de necrosis de la areola y pezón del pecho intervenido

Más confuso resulta el tenor de la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2010³⁶¹, que dice:

«Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento³⁶².»

Las palabras del Tribunal en este último pronunciamiento resultan turbias en lo que a la diferenciación «tipicidad-frecuencia» se refiere, al confrontar la «improbabilidad» de un riesgo con su «tasa de probabilidad», lo que, evidentemente, resulta un sinsentido... En todo caso, tras realizar una exégesis integral y sistemática de la antedicha sentencia, entendemos que el Tribunal Supremo no se aparta en ella de la posición mayoritariamente aceptada (*id est*, la distinción «tipicidad-frecuencia»), debiendo interpretarse como sigue: no debe con-

para una reducción mamaria, de probabilidad estadística del 0,44% de los casos –sentencia de 22 de junio de 2004 (RJ 2004\3958; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán)–; la «infrecuente» formación de queloides en el labio inferior y mentón de resultas de un tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO₂ para hacer desaparecer unas cicatrices existentes en la región peribucal y mentón –sentencia de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández)– y, entre otros, el riesgo de tetraplejía anejo a una intervención quirúrgica para efectuar una disectomía cervical, de frecuencia en su actualización oscilante entre el 0,2 y el 0,4% de los casos –sentencia de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana)–. Por su parte, la jurisprudencia menor estima típico de un tratamiento de radioterapia el riesgo infrecuente (entre el 1,3 y el 1,8% de los casos) de fibrosis de los tejidos irradiados –SAP Barcelona de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013\347123; Ponente: Illma. Sra. M.^a Angeles Gomis Masque)–. También el Consejo Consultivo de Andalucía se hace eco de la distinción «tipicidad-frecuencia» de los riesgos al referirse, en su Dictamen n. 407/2006, de 27 de septiembre de 2006, al riesgo de disección de la arteria cerebral como «remotamente inherente» a la intervención de cirugía menor para la resección de un lipoma cervical en cara posterior del cuello. En la doctrina, abunda en esta línea Galán Cortés, según el cual: «Al referirse al riesgo típico en el precitado art. 10.1.c), la Ley 41/2002 huye, por tanto, de criterios estadísticos o porcentuales, como no podía ser de otra forma, y los califica como aquellos directamente relacionados con el tipo de intervención, esto es, con los específicos de la actuación concreta a desarrollar, aunque su cuantificación estadística sea muy poco frecuente o casi excepcional, pues el hecho de que determinados sucesos se produzcan de manera típica no implica que sucedan con una frecuencia numérica» (Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 27); así, «debe calificarse de riesgo típico la recanalización del conducto deferente en una vasectomía, aunque tal eventualidad no supere el 1% de los casos, o la lesión del nervio facial en la cirugía del oído, aunque el porcentaje de presentación fuere escaso y poco probable. Se trata, por tanto, de los que denominamos, en terminología médica, riesgos «patognomónicos»» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 737). También, Galán Cortés, Julio César, «Consentimiento informado:...» *op. cit.*, p. 184; Galán Cortés, Julio César, «1922 Sentencia...» *op. cit.*, pp. 1446-1447.

³⁶¹ RJ\2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo.

³⁶² En el mismo sentido, SSTS de 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 22 de junio de 2012 (RJ 2012\8440; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

fundirse la imprevisibilidad (incerteza) de un determinado riesgo con su baja o reducida tasa de probabilidad, de suerte que un riesgo puede ser típico aun siendo baja la frecuencia de su materialización, y viceversa³⁶³.

Por su parte, los riesgos atípicos son aquéllos no vinculados directamente con el tipo de intervención y, en consecuencia, imprevisibles en su acaecimiento, independientemente de la frecuencia estadística con la que se materializan en la práctica. Así, la jurisprudencia reputa atípico el riesgo de cervelitis postvacunal materializado como consecuencia de la administración de una vacuna contra la varicela³⁶⁴; el riesgo de impotencia «coeundi» e incontinencia urinaria en una intervención de adenomectomía retropúbica³⁶⁵; el riesgo de disartria en un tratamiento de escoliosis mediante tracción vertebral nocturna de Cotrel³⁶⁶; el riesgo de contagio de la hepatitis B materializado de resultados de la aplicación de un tratamiento para la colocación de implantes dentales³⁶⁷; el riesgo de anestesia en mucosa lingual y encía lingual del 38 (tercer molar inferior izquierdo) e hipoestesia, en encía lingual de las piezas dentales 37, 36 y 35, y del término medio de la lengua, en la inyección anestésica troncular³⁶⁸; el riesgo de SCA en una artroplastia de rodilla para la implantación de una prótesis total de rodilla³⁶⁹; el riesgo de contraer el Síndrome hipereosinofílico (eosinofilia) como consecuencia de la administración de la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano³⁷⁰ y, entre otros, el riesgo de necrosis de la mandíbula generado por una patología vascular en una cirugía para la implantación de prótesis dentales³⁷¹.

En suma, la calificación de un riesgo como típico o atípico depende, no de la frecuencia con la que se materializa en la práctica, sino de su inherencia a la

³⁶³ Pese a que la jurisprudencia mayoritaria establece nítidamente la distinción «tipicidad-frecuencia», no faltan pronunciamientos en los que nuestro Alto Tribunal enturbia las fronteras entre ambos conceptos. Por todas, SSTS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana), definiendo esta última los riesgos típicos como aquéllos que pueden producirse «con frecuencia» o que son «específicos del tratamiento aplicado».

³⁶⁴ STS de 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García).

³⁶⁵ STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda).

³⁶⁶ STS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

³⁶⁷ SAP A Coruña de 4 de febrero de 2014 (AC 2014\219; Ponente: Illmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo).

³⁶⁸ SAP Vizcaya de 13 de abril de 2015 (AC 2015\879; Ponente: Illma. Sra. María Elisabeth Huerta Sánchez).

³⁶⁹ STSJ Islas Baleares de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016\159478; Ponente: Illmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza).

³⁷⁰ SAN de 17 de mayo de 2017 (JUR 2017\153068; Ponente: Excma. Sra. Ana Isabel Martín Valero).

³⁷¹ RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

intervención que se va a practicar, ya derive tal inherencia del tipo de intervención (tipicidad objetiva) o de las circunstancias personales convergentes en el paciente o cliente, según el caso (tipicidad subjetiva). Procedemos, en las líneas que siguen, a concretar los riesgos de los que el galeno ha de informar al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento, solución distinta en función de si la actuación médicamente propuesta persigue o no una finalidad terapéutica o, en otros términos, de si el acto médico se incardina en la medicina curativa o, por el contrario, en la medicina satisfactiva.

4.1.3 Información en medicina curativa

En medicina terapéutica, la jurisprudencia establece el deber del médico de informar al paciente sobre los riesgos típicos de la intervención o tratamiento, quedando a salvo los riesgos típicos pero remotos o excepcionales por la ínfima frecuencia de su materialización³⁷². De esta suerte, declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de octubre de 2012³⁷³, en un supuesto en el que D. Gervasio contrae el Síndrome de Guillain-Barré de resultas de la administración de una vacuna antigripal, que el médico no tiene la obligación de informar del riesgo de contraer el antedicho síndrome, pues, pese a tener carácter típico, se materializa con una frecuencia tan insignificante que resultaría desproporcionado imponer al médico el deber de informar del mismo.

No está el galeno obligado, sin embargo, a informar al paciente de los riesgos no vinculados directamente con la actuación médica a practicar, estos es, de los riesgos atípicos³⁷⁴, salvo que los mismos no sean excepcionales o

³⁷² De la STSJ Asturias de 24 de julio de 2017 (JUR 2017\218879; Ponente: Illmo. Sr. D. José Ramón Chaves García) se infiere que la información genérica sobre un riesgo (*id est*, sin alusión a su gravedad) comprende sólo aquél de severidad «normal», no quedando cubierto tal riesgo por el consentimiento informado cuando, como consecuencia de su actualización, el paciente sufra un daño «severo» o «gravísimo»: «la referencia a mera «infección» no puede presumirse que cubre todas las modalidades e intensidad y perjuicios, sino que, dado que la Administración es la autora del documento que se somete a consentimiento, su oscuridad o ambigüedad no perjudica al usuario. Lo procedente en cambio, es presumir que tal referencia lacónica a «infección» se refiere a la normal, pero en modo alguno puede cubrir el consentimiento de una infección severa o gravísima como la acontecida.»

³⁷³ RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

³⁷⁴ En el sentido indicado se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) en la que, habiendo sufrido D. Laureano miocarditis de resultas de la administración de la vacuna VHB (hepatitis B), establece el Alto Tribunal: «En el presente caso la sentencia valora que nos encontramos ante riesgos no normales, que no formaban parte de la previsibilidad fundamentada en la literatura médica y que, incluso, atendiendo a la prueba pericial, se basaban en las características propias y específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o atinentes a una valoración médica. Es evidente que el deber de información no puede entenderse genérico y carente de previsibilidad real o hipotética según

remotos en su frecuencia o revistan una gravedad extraordinaria, causando un perjuicio grave en el paciente en caso de actualización. Con esta tendencia se alinea el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2016³⁷⁵, al declarar:

«El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria³⁷⁶.»

A nuestro entender, resulta una carga absolutamente desproporcionada para el galeno el deber que le impone la jurisprudencia de informar al paciente de los riesgos atípicos, más aún cuando su frecuencia estadística no resulta elevada, pues, habida cuenta de que se trata de riesgos no inherentes a la intervención a practicar, se estaría obligando al facultativo a informar de todos los riesgos de gravedad extraordinaria conocidos por la ciencia médica, por más descabellados que puedan resultar en atención a la actuación médica recomendada³⁷⁷.

Quedan igualmente excluidos de los riesgos de que el médico ha de advertir al paciente los que sean de conocimiento común (*id est*, que cualquier paciente de cultura media conocería)³⁷⁸ o aquéllos de los que el paciente concreto

el paciente, ya que, como así se recoge en la sentencia, recogiendo la Jurisprudencia de esta Sala, nos encontraríamos ante una información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica.»

³⁷⁵ RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

³⁷⁶ En idéntica dirección, SSTS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8428; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

³⁷⁷ En esta línea, sostiene Sánchez Gómez: «Un suceso imprevisible que no se puede determinar con anticipación, nos sitúa fuera del ámbito de la responsabilidad y podría ser calificado de caso fortuito *ex art. 1.105 del Código Civil*» (Sánchez Gómez, Amelia, «La información...» *op. cit.*).

³⁷⁸ Declara la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 15 de enero de 2007 (JUR 2007\192866; Ponente: Illmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino), que no puede entenderse vulnerado el derecho a la información del paciente por no haber sido advertido del riesgo de infección anejo a una operación de colesteatoma, pues «cualquier persona media sabe que toda intervención quirúrgica comporta riesgo de infecciones». En sentido opuesto, indica Sardinero García que no comparte el parecer de ciertos autores según los cuales el médico no está obligado a informar al paciente sobre los riesgos inherentes a cualquier tipo de intervención, al ser los mismos de conocimiento común por cualquier persona. Los motivos que aduce para justificar su postura son los que

haya tenido conocimiento previamente por cualquier medio³⁷⁹, puesto que si el paciente ya conoce la información resulta ésta «innecesaria»³⁸⁰. De esta suerte, el médico queda eximido de informar de los riesgos que presumiblemente el paciente ya conozca por razón de su actividad profesional. Así, el Tribunal Supremo estima, en su sentencia de 10 de febrero de 2004³⁸¹, que existen datos suficientes para, al menos, presumir (evidentemente, *iuris tantum*) que la paciente se hallaba perfectamente informada de los riesgos de la intervención de miopía a la que fue sometida, por el hecho, *inter alia*, de no tratarse de una persona profana en Medicina, sino de una enfermera en activo que prestaba servicios en el mismo hospital donde fue intervenida, precisamente en el Servicio de Oftalmología³⁸². De igual manera, tampoco debe ser informado el paciente de los riesgos que ya le hubieran sido advertidos con motivo de una intervención anterior y del mismo tipo de la ahora prescrita, debiendo el facultativo comprobar que el paciente conoce la información necesaria para decidir si consiente o rechaza el procedimiento propuesto³⁸³. Así, sostiene el

siguen: «en primer lugar, porque llevaría a permitir la falta de información, precisamente, de los riesgos más relevantes del acto médico, aquellos de los que se debe informar prioritariamente; en segundo lugar, porque resulta muy discutible y arriesgado dejar al médico la decisión de qué riesgos de entre los inherentes son los que debe conocer cualquier persona, entre otros motivos porque no todas las personas reaccionan de igual manera ante idéntico tratamiento; y, en tercer lugar, porque por muy claro que resulte para el médico, por razones lógicas, el paciente nunca participará de los mismos conocimientos hasta que sea informado» (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 136).

³⁷⁹ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 899. En este sentido, *vid.* los asuntos norteamericanos *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, 464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972) (District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972) y *Norma Jo Scott and Dale M. Scott v. Vance A. Bradford*, 1979 OK 165, 606 P.2d 554 (Supreme Court of Oklahoma, 28.11.1979). En coherencia con lo anterior, y aunque no referida específicamente a la información sobre riesgos, sino a la causa que motiva la actuación médica, expresa la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su sentencia de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1372; Ponente: Illmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal), que no comporta un déficit de información al paciente la omisión en el formulario de consentimiento informado de la concreta «indicación» para la sumisión al tratamiento de fertilidad practicado, habida cuenta de que «tal dato resultaba perfectamente conocido por la paciente, en la medida en que la indicación para el sometimiento a tal tipo de tratamiento no podía obedecer a otra que la causa de infertilidad o esterilidad, como ya resultaba de los intentos anteriores con otras técnicas que no alcanzaron éxito.»

³⁸⁰ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil de los profesionales», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, p. 1089.

³⁸¹ RJ 2004\456; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

³⁸² En igual sentido, estima la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 16 de marzo de 2006 (JUR 2006\231714; Ponente: Illma. Sra. Rosa M.ª Aguiló Berenguer), que «[e]l grave riesgo que implica una operación en la columna vertebral por cercanía de la médula espinal es de conocimiento evidente, más en el caso de la actora que, como su hermana, eran enfermeras y como tales, conocedoras por su profesión de la peligrosidad de la operación y de sus posibles consecuencias, siendo la parálisis en mayor o menor grado, una de ellas.»

³⁸³ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 694.

Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de octubre de 2015³⁸⁴, que el paciente estaba suficientemente informado, ya que era conocedor de antemano de los riesgos inherentes a la colonoscopia practicada, por ser la segunda vez que se sometía a la misma intervención³⁸⁵.

Ahora bien, no puede deducirse de modo automático la satisfacción del derecho a la información asistencial del paciente del mero hecho de desarrollar éste profesionalmente un oficio sanitario, si su especialidad no requiere el conocimiento de la información relativa al procedimiento a practicar, o de haber sido sometido previamente a una intervención del mismo tipo de la ahora propuesta, si las circunstancias concurrentes en el momento actual no coinciden con aquéllas reunidas al tiempo de practicar la intervención previa. Asimismo, puede ocurrir que el paciente no hubiera recibido la información asistencial legalmente exigida con carácter previo a la prestación de su consentimiento a la intervención anterior. De esta manera, establece la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011³⁸⁶ que:

«no es lógico, por no existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deducir de aquel hecho o circunstancia de que el actor sea médico pediatra la consecuencia de que hubiera de tener conocimiento de los riesgos de la intervención quirúrgica a la que se sometía, o de las concretas técnicas que el estado de la ciencia ya había alumbrado para proporcionar la posibilidad de un mayor o mejor control de aquélla, o de su disponibilidad efectiva en algún centro

³⁸⁴ RJ 2015\4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

³⁸⁵ En igual sentido se pronuncia el Alto Tribunal en sentencia de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8819; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), eximiendo de responsabilidad al profesional sanitario por no informar al paciente del riesgo de afectación de la arteria y la vena ilíaca anejo al raspado óseo previo a la renovación de una prótesis de cadera, pues «la paciente ya había sido sometida con anterioridad a una operación de implantación de prótesis de cadera, lo que hace suponer que estaba impuesta en este tipo de intervenciones». También, la STS de 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana), que resuelve que el paciente conocía el tipo de intervención al que se iba a someter (operación de cataratas), *inter alia*, por «haber sido intervenido por el mismo cirujano en el ojo derecho de la misma intervención». Igual fundamentación es argüida por el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen n. 0152/2011, de 8 de marzo de 2011, conforme al cual: «En cuanto al consentimiento informado, es claro que el mismo debe prestarse y que su omisión constituye un funcionamiento anormal del servicio sanitario, por lo que no puede afirmarse, como hace la propuesta de resolución, que la asistencia no fue deficiente. Ahora bien, este Consejo ha puesto de relieve que la falta del mismo sólo origina responsabilidad patrimonial si ha sido determinante del daño, y eso no es precisamente el caso en el asunto sometido a dictamen, primero, porque existía un [sic] urgencia vital, lo que exime de tal consentimiento [art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre], y en segundo lugar, porque no era la primera transfusión de plaquetas a la que se sometía como consecuencia del LES que sufría, de modo que eran ya conocidos por la paciente y por la familia «los riesgos y beneficios de dicho procedimiento cuando se les informó de la existencia de la trombopenia y del proceder al tratamiento transfusional en la asistencia que nos ocupa, el cual no se diferenciaba en nada de los anteriores.» *Vid.* también Dictámenes nn. 368/2008, de 9 de julio de 2008 y 371/2008, de 9 de julio de 2008.

³⁸⁶ RJ 2012\1727; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

médico; ni lo es tampoco deducir de ella que sus colegas sí hubieran informado de todo ello a aquél³⁸⁷.»

Igualmente, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 2012³⁸⁸, que:

«no es lógico, por no existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deducir de aquel hecho o circunstancia de que como la paciente se había sometido hacía tres años a otra catarata, conocía los riesgos específicos cuando las técnicas son distintas, la actora había perdido la visión del otro ojo, la posible incidencia del desprendimiento de retina, etc, o que en la Historia Clínica se hubiera anotado la entrega de un documento, que no sabemos si precedía a alguna información o simplemente a la entrega del mismo³⁸⁹.»

No se incluyen tampoco en la información que el médico ha de proporcionar al paciente los riesgos no conocidos según el estado de la ciencia al tiempo de practicar la actuación médica (denominados «riesgos de desarrollo» o «riesgos de progreso») ³⁹⁰, en coherencia con el derecho del paciente a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información «disponible» sobre la misma (artículo 4.1 LAP). Sin embargo, no que-

³⁸⁷ En idéntico sentido razona el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 22 de diciembre de 2014 (JUR 2015\47068; Ponente: Illmo. Sr. D. Rafael Sánchez Jiménez), al afirmar que no cabe inferir que la paciente, por su cualificación profesional como ATS, tuviese pleno conocimiento de toda la información relativa al tratamiento de quimioterapia al que iba a ser sometida (naturaleza, complicaciones, alternativas...).

³⁸⁸ RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

³⁸⁹ En igual sentido, declara la STSJ Andalucía de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2017\21065; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral): «Compartiendo la innegable ausencia de documentación del consentimiento informado, la sentencia comete una errónea valoración del historial de la paciente, al deducir del hecho de haber sufrido una primera intervención de las mismas características en el hombro derecho, el conocimiento suficiente de la naturaleza de la acromioplastia. Semejante modo de razonar vulnera las reglas de la presunción judicial, medio de prueba que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 386 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, permite al Tribunal a partir de un hecho admitido o probado, presumir la certeza, a los de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. A la vista de la absoluta falta de prueba razonable de la información recibida por la paciente con ocasión de someterse al primer acto quirúrgico, con independencia de que [sic] su buen fin, resulta difícil presumir a la Sra. Graciela en posesión de la información suficiente como para representarse los riesgos y opciones inherentes a la acromioplastia.» De igual modo, reputa el Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera), que no cabe entender satisfecho el derecho a la información asistencial de la paciente previo a su sometimiento a un cateterismo cardíaco sobre la base de que ésta es informada con motivo de un cateterismo realizado casi una década antes con acceso, además, por vía distinta.

³⁹⁰ Por todas, SSTS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007\6614; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto) y 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). *Id.* también STSJ Andalucía de 11 de mayo de 2012 (JUR 2012\304469; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral). En la doctrina, Martínez Gallego, Eva María, «Análisis jurídico del consentimiento informado», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, p. 166.

da eximido el profesional sanitario de informar de aquellos riesgos que, si bien resultan conocidos, no pueden ser evitados en atención a los conocimientos científicos actuales³⁹¹.

Por último, consideramos necesario destacar que el incumplimiento de los deberes informativos del médico, si bien generalmente deriva del suministro de una deficiente información sobre los riesgos típicos de la intervención o tratamiento a practicar, es igualmente posible (si bien menos frecuente) la vulneración del derecho a la información del paciente sobre la base de una excesiva información, al proporcionarle el facultativo una información exorbitante que le pueda producir un efecto «atemorizante o inhibitorio»³⁹². De esta suerte, el profe-

³⁹¹ Podemos ejemplificar la aclaración recién expuesta con un supuesto real: el contagio del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH) de resultados de la administración de transfusiones sanguíneas o la utilización de hemoderivados contaminados con el virus. Con relación al VIH existe un manifiesto desfase temporal entre los momentos en que se conoce el virus, se sospecha que una de las vías de transmisión del mismo es la sangre cuando se administra por vía parenteral (1982), se aísla el virus (1983), se consigue un test de detección del mismo (1985) y se impone la utilización de tal test previamente a las transfusiones sanguíneas o uso de hemoderivados (el empleo del test es exigido por la Asociación Americana de Bancos de Sangre desde el 1 de julio de 1985, pero no es hasta el 5 de julio de 1988 cuando la *Food and Drug Administration* establece definitivamente la obligación de utilizarlo). No obstante, coincidimos con Seuba Torreblanca en que los profesionales sanitarios tienen el deber de informar del riesgo de contagio de VIH con carácter previo a la prestación por el paciente de su consentimiento a una transfusión sanguínea o al uso de hemoderivados desde el momento en que se conoce que el virus puede transmitirse por la sangre cuando se administra por vía intravenosa (Seuba Torreblanca, Joan Carles, *Sangre contaminada, la responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la Hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 313-314). Ésta es la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001\8741; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez), en la que resuelve que la paciente tenía que haber sido informada, con anterioridad a la administración de una transfusión sanguínea, de los riesgos implicados por tal procedimiento y, entre ellos, del riesgo de contagio del VIH, pues tales riesgos «ya se conocían en el mundo médico en la fecha de la transfusión a la demandante [el 10 de agosto de 1985] y mucho antes aun».

³⁹² Son muy numerosos los pronunciamientos judiciales en los que nuestro Alto Tribunal declara que la información excesiva resulta contraproducente, causando al paciente un efecto atemorizante o inhibitorio (iatrogenia informativa). Por todas, SSTS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 2 de enero de 2012 (RJ 2012\1; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 19 de junio de 2012 (RJ 2012\9108; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García). En la jurisprudencia menor, *vid.* STSJ Asturias de 2 de febrero de 2017 (JUR 2017\39900; Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García). Por su parte, establece la Ley 3/2001 de Galicia, en su artículo 8.4, que la información ha de ser «adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente.» En igual sentido, Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 28.4). Finalmente, y en la referida línea argumental, señalan los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:105 DCFR: «Too much information that the patient cannot reasonably process may lead to situations where the patient cannot make an informed choice or makes an unreasonable decision» –Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar,

sional sanitario debe suministrar al paciente, *ex* artículo 4.2 LAP, una información «adecuada a sus necesidades» que le ayude «a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad», incumpliendo sus deberes informativos cuando suministre una información impropia, ya sea por defecto o por exceso³⁹³.

4.1.4 Información en medicina satisfactiva

En medicina voluntaria, como hemos señalado previamente, se intensifican las obligaciones informativas del profesional sanitario³⁹⁴ y, consiguientemente, se amplía el alcance de la información que el paciente tiene derecho a recibir antes de otorgar su consentimiento a la actuación médica solicitada, en aras de prevenir el «silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención»³⁹⁵. Conforme a ello, el Tribunal Supremo establece, en sentencia de 23 de octubre de 2008³⁹⁶, que, si bien en medicina curativa no es necesario informar sobre los riesgos atípicos, salvo que no sean excepcionales o que revistan una gravedad extraordinaria, en medicina satisfactiva la información a que tiene derecho el paciente es comprensiva, no únicamente de los riesgos típicos del procedimiento, sino también de:

«las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, com-

Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), pp. 1969-1970-.

³⁹³ Benito-Utrón Ochoa, Juan Carlos, «Respuestas judiciales ante el consentimiento informado», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 344.

³⁹⁴ *Vid.* SSTS 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Salamanca de 7 de abril de 2014 (JUR 2014\134891; Ponente: Illmo. Sr. D. José Antonio Vega Bravo).

³⁹⁵ *Vid.* SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, *vid.* SSAP Valencia de 9 de diciembre de 2010 (AC 2011\206; Ponente: Illma. Sra. María Fe Ortega Miñsud); 25 de marzo de 2015 (AC 2015\816; Ponente: Illma. Sra. Pilar Cerdán Villalba) y 26 de febrero de 2016 (JUR 2017\105642; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana); SAP Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez); SAP Salamanca de 7 de abril de 2014 (JUR 2014\134891; Ponente: Illmo. Sr. D. José Antonio Vega Bravo); SAP Santa Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2015 (AC 2015\553; Ponente: Illma. Sra. María Luisa Santos Sánchez); SAP Málaga de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\181494; Ponente: Illma. Sra. Soledad Jurado Rodríguez); SAP Zaragoza de 12 de enero de 2017 (JUR 2017\27580; Ponente: Illmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García) y SAP Granada de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017\163907; Ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez).

³⁹⁶ RJ 2008\5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

plicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa³⁹⁷.»

De lo anterior se deduce que, en medicina voluntaria, el médico tiene el deber de informar al paciente de todos los riesgos que puedan producirse de resultados de la actuación médica propuesta, incluyendo los riesgos atípicos y con independencia de su probabilidad numérica. En coherencia con tal conclusión, sostiene Galán Cortés que «[l]a cirugía estética³⁹⁸ es el único dominio médico en que los Tribunales exigen que el cirujano obtenga el consentimiento totalmente ilustrado de su cliente, que no paciente»³⁹⁹. Reiteramos nuestra convicción sobre el carácter desproporcionado que supone para el profesional sanitario la obligación de tener que informar al cliente de unos riesgos que, al no ser inherentes al procedimiento a practicar, resultan de imposible acotación.

Finalmente, al igual que en medicina curativa, queda el facultativo exonerado de informar al cliente de los riesgos de los que éste es ya conocedor⁴⁰⁰

³⁹⁷ Vid. también SSTs de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

³⁹⁸ Bajo nuestro punto de vista, debería decir el autor «medicina satisfactiva o voluntaria», en lugar de restringir su referencia a la «cirugía estética».

³⁹⁹ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 761. En igual sentido, Galán Cortés, Julio César, «1922 Sentencia...» *op. cit.*, p. 1446: «La cirugía estética es el único dominio médico en que los Tribunales exigen que el cirujano obtenga el consentimiento totalmente ilustrado de su cliente, sin fisura alguna. En otro tipo de cirugía con finalidad curativa, resulta admisible y razonable no informar de un riesgo atípico y excepcional, pero en cirugía estética puede no serlo, pues como señala la [STS de 21 de octubre de 2005], en su fundamento de derecho cuarto, «sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.»»

⁴⁰⁰ Al respecto, sostiene el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 397/2006, de 27 de septiembre de 2006, que la paciente era consciente «por su propia experiencia» del riesgo de no infalibilidad de la intervención de ligadura de trompas (a la que se sometía por segunda vez), pese a la dicción literal del documento de consentimiento informado en el que se afirma el resultado esterilizador definitivo e irreversible de dicha cirugía, pues ya «quedó embarazada tras una primera operación de ligadura de trompas, por lo que la paciente de sobra conocía la posibilidad de nuevos embarazos pese a la técnica empleada, presuponiendo que ya en el embarazo anterior demandaría explicaciones a los facultativos por el alumbramiento pese a haberse sometido a un procedimiento esterilizador.» Abundando en esta línea, establece la STS de 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana): «la paciente no era desconocedora de la intervención a la que se sometía [mastopexia], como tampoco de las circunstancias de la clínica puesto que, con idéntica información, había sido previamente intervenida en el mismo centro en marzo de 2000 para dermolipectomía abdominal y liposucción de flancos y en abril del mismo año para mastopexia bilateral y liposucción de zonas axilares, realizándose ambas correcciones estéticas con la misma clase de anestesia local y sedación utilizada en la intervención del año 2002, lo que pone de relieve no sólo que la información se dio, sino que esta se produjo en el marco de una relación médico-paciente larga en el tiempo dirigida a resolver la estética que la anatomía de esta presentaba». No obstante, con referencia a este pronunciamiento, indica Sardinero García «que el hecho de que hubiera sido sometida [la clienta] a intervenciones semejantes con anterioridad no suponía que hubiera sido informada si tampoco

o, aun no siéndolo, resultan de conocimiento común, y de aquéllos que escapan al conocimiento científico al tiempo de practicar el acto médico⁴⁰¹, debiendo, sin embargo, informar de aquellos riesgos que, resultando conocidos según el estado de la ciencia, no pueden ser evitados⁴⁰².

4.1.5 Conclusión: el estándar de información sobre riesgos en el ordenamiento jurídico español

En las líneas presentes nos proponemos, a modo de conclusión, explorar el estándar de información sobre riesgos vigente en nuestro ordenamiento jurídico, siendo tres las alternativas entre las que podemos optar: el estándar de la comunidad médica o del médico razonable, en virtud del cual el médico ha de informar de aquellos riesgos de los que un médico razonable advertiría al paciente; el estándar de la persona o paciente razonable, conforme al cual el médico ha de informar al paciente de los riesgos que una persona razonable reputaría relevantes para decidir si consiente o rechaza la realización del acto médico, y, por último, el estándar subjetivo, según el cual el médico ha de informar de los riesgos que el paciente concreto estima materiales para la prestación del consentimiento informado⁴⁰³.

En nuestro ordenamiento jurídico, ni la legislación ni la jurisprudencia se alinean de modo palmario con ninguno de los referidos estándares, si bien es posible deducir de la jurisprudencia la adopción del estándar del médico razonable como aquel que rige en la praxis clínica diaria. Y ello porque nuestros tribunales hacen girar la información sobre riesgos en torno a la dicotomía (carente de apoyatura en nuestra legislación) «riesgos típicos-riesgos atípicos», siendo en la práctica la comunidad médica la que en cada caso decide si un riesgo resulta (o no) típico del procedimiento propuesto y, en consecuencia,

en estos sucesos constaba la información de los riesgos de los tratamientos y, más todavía, si no se presentaron lesiones en aquellos antecedentes, pues en tal caso seguía sin representarse el peligro ni las posibles consecuencias» (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 156). Asimismo, se infiere de la STS de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) que el simple hecho de que se acredite la entrega con anterioridad al cliente de la información relativa a un cierto procedimiento con iguales características al ahora previsto, no conlleva, *per se*, que tal información previa se estime vigente y eficaz y pueda proyectarse a la actuación que pretende realizarse en el momento presente, «sobre todo cuando como respuesta a aquélla la recurrente decidió no operarse».

⁴⁰¹ *Vid.* SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

⁴⁰² *Vid. supra*, nota al pie n. 391.

⁴⁰³ Para un análisis en profundidad de los estándares de información sobre riesgos, *vid. supra*, apartado 3.3.4. del capítulo primero de nuestra obra.

debe (o no) ser informado al paciente. De igual modo, cuando el juez se enfrenta a la necesidad de valorar la adecuación de la información sobre riesgos proporcionada por el galeno, sustenta su decisión sobre la base de los informes periciales emitidos por expertos facultativos, recayendo nuevamente en la comunidad médica la delimitación de los riesgos que han de ser informados.

Por tanto, podemos concluir que, en el ordenamiento jurídico español, rige, por imposición jurisprudencial, el estándar del médico razonable en lo que a la información sobre riesgos se refiere, pese a que el artículo 4.2 LAP parece inclinarse por la adopción de un estándar subjetivo al establecer que la información clínica se comunicará al paciente de forma «adecuada a sus necesidades» y «le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad»⁴⁰⁴. No obstante, encontramos en la doctrina voces que propugnan un cambio en el estándar de información sobre riesgos vigente en España, de entre las que cabe citar a Simón Lorda, conforme al cual:

«En nuestro país los estándares jurisprudenciales de información se sitúan preferentemente, por lógica jurídica, en la línea del médico razonable, mediante el concepto de riesgo típico. Sin embargo, ya hay alguna sentencia que parece escorarse hacia un estándar de tipo subjetivo, donde lo decisivo es saber o no si la información hubiera modificado o no la decisión del paciente.»⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Con esta tendencia se alinean Simón Lorda y Júdez Gutiérrez al postular que, «desde el punto de vista ético, parece lógico que la información que haya que dar tenga que ser la que el paciente subjetivamente necesite para poder tomar una decisión. En este mismo sentido cabría interpretar la información «adecuada» a que hace referencia el Convenio de Oviedo. La Ley básica reitera esta misma expresión de «adecuada» (arts. 2.3, 3, 4.2), aunque también utiliza un criterio más amplio al hablar de «toda la información disponible» (art. 4.1)» (Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 44). Por su parte, el DCFR parece adoptar el criterio informativo del paciente razonable, al afirmar sus comentarios oficiales que «the obligation to inform consists in telling the patient what he or she reasonably needs to know in order to make an informed choice», proponiendo los propios comentaristas diversos criterios que podrían utilizarse como base para presumir qué riesgos podrían influir razonablemente en la decisión del paciente; tales criterios son, en concreto, la gravedad del perjuicio que pudiera causar dicho riesgo en la hipótesis de materializarse, la frecuencia probabilística con la que el mismo se materializa en la práctica o la concurrencia de una situación de emergencia –Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971–. En medicina satisfactiva, por su parte, el artículo IV. C.-8:106 DCFR exige la divulgación de todos los riesgos conocidos, al margen de su frecuencia; esta mayor exigencia de información en medicina voluntaria se justifica en los comentarios oficiales con el argumento de que, al no concurrir una situación de emergencia ni derivarse del rechazo al tratamiento un deterioro de la salud del paciente, se le debe proporcionar un caudal de información más completo que le posibilite una mayor reflexión previa a la toma de la decisión correspondiente sobre su sometimiento o rechazo al tratamiento –Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:106, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1983–, solución coherente con la opinión mayoritaria en nuestra jurisprudencia (*vid. supra*, apartado 4.1.4 del presente capítulo de nuestra obra).

⁴⁰⁵ Simón Lorda, Pablo, «El consentimiento informado: abriendo...» *op. cit.*, p. 47.

En el sentido apuntado por Simón Lorda se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 2007⁴⁰⁶, en un supuesto en el que los padres de un niño con síndrome de *down*, sometido al mes de su nacimiento a una operación de cataratas congénitas bilaterales, cuyo resultado es la ceguera del menor por infección en un ojo, reclaman al Servicio Valenciano de Salud y a los facultativos que practican la cirugía una indemnización por responsabilidad civil, entre otros motivos, por la ausencia de su consentimiento para intervenir a su hijo, al no haber sido informados de la concreta técnica quirúrgica que iba a ser desarrollada durante la operación ni, consiguientemente, de los riesgos inherentes a la misma. El Alto Tribunal desestima las pretensiones de los demandantes tras afirmar que «cabe presumir, dadas las circunstancias expuestas, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados»⁴⁰⁷.

Desde nuestra perspectiva, no estamos asistiendo en España a un cambio en el estándar de información sobre riesgos, presentando el «consentimiento lógicamente deducible»⁴⁰⁸ relevancia, no para la determinación del *quantum* informativo, sino a efectos de causalidad⁴⁰⁹. Si bien realizamos una exposición detallada al respecto en el capítulo quinto de nuestra obra, dedicado a la responsabilidad médica, reputamos inexcusable incluir ahora una siquiera escueta referencia a la relación de causalidad, a los efectos de entender debidamente el ámbito de aplicación de la presunción en la que el Tribunal Supremo fundamenta su fallo en la citada sentencia de 30 de abril de 2007. Como es bien sabido, en el seno de la relación de causalidad hay que distinguir, de un lado, la causalidad fáctica, sustentada en el vínculo material existente entre el curso de acción y el resultado dañoso, y, de otro, la imputación objetiva, que implica la necesidad de realizar

⁴⁰⁶ RJ 2007/2397; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

⁴⁰⁷ En el mismo sentido, SAP Barcelona de 5 de octubre de 1998 (AC 1998\4; Ponente: Illma. Sra. Dña. Inmaculada Zapata Camacho).

⁴⁰⁸ Con tal expresión se refiere de Ángel Yagüez a la decisión de consentir la intervención o tratamiento propuesto que hubiera adoptado el paciente (o sus representantes legales, en su caso) de haber recibido la información asistencial legalmente exigida –De Ángel Yagüez, Ricardo, «El complejo régimen de responsabilidad por asistencia sanitaria», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 195, nota al pie n. 10-.

⁴⁰⁹ Este planteamiento es concebido en la segunda mitad de la pasada centuria por el *case law* norteamericano. Por todos, *Clarence James Aiken, by his Guardian and Curator, Alene Aiken v. William F. Clary*, 396 S. W.2d 668 (1965) (*Supreme Court of Missouri*, 13.12.1965); *George A. Shetter, Appellant, v. Louise P. Rochelle, Appellee*, 2 Ariz. App. 358 (1965), 409 P.2d 74 (*Court of Appeals of Arizona*, 17.12.1965); *Homer M. Sharpe, Administrator of the Estate of Brenda Adeline Sharpe v. Dr. V. Watson Pugh*, 155 S. E.2d 108 (1967) (*Supreme Court of North Carolina*, 20.6.1967) y *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (*Supreme Court of California*, 27.10.1972). En este último pronunciamiento, sostiene la *Supreme Court of California*: «There must be a causal relationship between the physician's failure to inform and the injury to the plaintiff. Such causal connection arises only if it is established that had revelation been made consent to treatment would not have been given.»

una valoración jurídica de la causa (o causas) material para dirimir si es posible imputarle el resultado dañoso. En consecuencia, la imputación objetiva desempeña la misión de limitar la esfera de responsabilidad determinada realizando un juicio meramente fáctico de la causalidad. Por tanto, para que pueda estimarse causa de un resultado dañoso a un determinado curso de acción se requiere, no únicamente que éste sea la causa material de aquél, sino, además, que supere el juicio de imputación objetiva. Una de las pautas tradicionales sobre las que se sustenta la imputación objetiva es el criterio del incremento del riesgo, conforme al cual no se puede imputar el resultado dañoso a un curso de acción negligente cuando se acredite, con una probabilidad rayana en la certeza, que el riesgo de producción del resultado hubiera sido sustancialmente igual habiendo actuado el agente con la diligencia debida⁴¹⁰. Sobre la base de las concisas directrices que acerca de la causalidad acabamos de exponer, podemos concluir que el Tribunal Supremo exige, en el pronunciamiento comentado, tener en cuenta la decisión que hubieran adoptado los progenitores del paciente a efectos de causalidad. Así, de haber decidido éstos presumiblemente consentir la intervención, incluso habiendo sido debidamente informados de los peligros inherentes a la misma, el riesgo de producirse el resultado dañoso no se habría elevado con la actuación negligente del facultativo (esto es, con el incumplimiento de sus deberes de información), pudiendo excluirse, por tanto, su responsabilidad, al no superarse el criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo.

5. REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

El presente epígrafe lo dedicamos al estudio de las características esenciales que ha de reunir la información asistencial para cumplir las exigencias del artículo 4 LAP y, de este modo, servir como requisito de validez del consentimiento informado del paciente.

5.1 Requisitos formales en la entrega de la información asistencial

Establece el artículo 4.1 LAP que «[l]a información [...] como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica», previsión que resulta absolutamente coherente con la recogida en el artículo 8.2 LAP,

⁴¹⁰ Pantaleón Prieto, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1578.

según el cual «[e]l consentimiento será verbal por regla general»⁴¹¹. Ahora bien, partiendo de esta generalidad, debemos interrogarnos sobre los casos en los que la información asistencial ha de suministrarse al paciente en forma escrita. Pese a que la LAP no se ocupa de la cuestión planteada, entendemos que la información asistencial, cuando se exige como requisito previo de validez del consentimiento del paciente, se ha de proporcionar por escrito en los casos en que la LAP exige la escritura como forma del propio consentimiento⁴¹², a saber, cuando el acto médico a practicar sea una «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» (artículo 8.2 *in fine* LAP)⁴¹³. En definitiva, para los procedimientos que, por lo general, plantean mayores peligros (en cantidad y gravedad) para la salud del paciente, el consentimiento ha de otorgarse por escrito, debiendo constar en el documento de consentimiento informado, al menos, la información básica detallada en el artículo 10.1 LAP. Abundando en esta línea, define la Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía, en su instrucción 2.2, el consentimiento informado escrito como aquél plasmado en un documento específico que recoge, no únicamente la conformidad a la práctica de la actuación médica, sino también «la información clínica suministrada a la persona enferma o a su representante»⁴¹⁴.

⁴¹¹ El derogado artículo 10.5 LGS reconocía a todos el derecho a recibir la información asistencial en forma «verbal y escrita», exigencia cumulativa que aún sigue manteniendo alguna normativa autonómica. Por todas, Ley 1/1992 de Asturias (artículo 49.5) y Ley 5/2003 de Illes Balears (artículo 11.1). No obstante, pese a que el tenor literal del artículo 10.5 LGS no planteaba duda alguna sobre la exigencia cumulativa de oralidad y escritura de la información, la jurisprudencia realiza una exégesis correctora del precepto, requiriendo la forma escrita, en unos casos, sólo cuando el paciente la solicite –STS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9206; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz)– y, en otros, para recoger únicamente los «hitos fundamentales» –SAP Islas Baleares de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003\148063; Ponente: Illmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló)–, y siempre con un valor meramente *ad probationem* (vid. *infra*, nota al pie n. 659). En esta dirección apunta el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n. 071/2002, de 14 de marzo de 2002, el cual, aludiendo al artículo 10.5 LGS, declara: «No dice el precepto que toda la información deba ser oral y además escrita, se exige que exista información sobre esos extremos, y en unos casos podrá ser verbal y en otros venir documentada, entender lo contrario implicaría cargar a los médicos con una tarea que –como dice el Tribunal Supremo– dificultaría la misma práctica asistencial.

⁴¹² En coherencia con nuestra tesis se pronuncia el artículo 28.2 Ley 3/2005 de Extremadura, en virtud cual: «La información se facilitará normalmente de forma verbal, a excepción de los casos previstos en el apartado 1 del artículo 24 de la presente Ley para la prestación del consentimiento por escrito, en los que la información se comunicará asimismo por escrito.»

⁴¹³ Por razones obvias, cuando el paciente no sabe leer, la información se le ha de suministrar necesariamente de forma oral, debiendo el profesional sanitario extremar su diligencia tendente al correcto entendimiento por aquél de la información proporcionada –SAP Barcelona de 12 de abril de 2005 (JUR 2005\126893; Ponente: Illmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo)–. Por el contrario, se impone la información escrita, por ejemplo, cuando padece el paciente una sordera total (Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 1089).

⁴¹⁴ En idéntica dirección, declara el artículo 49.2 *in fine* Ley Foral 17/2010 de Navarra que el documento de consentimiento informado «debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos.»

En todo caso, es doctrina absolutamente asentada en nuestra jurisprudencia que la forma escrita tiene carácter *ad probationem* en sede de información, no excluyéndose de modo radical la validez del consentimiento si la información no se proporciona por escrito⁴¹⁵. De esta suerte, coincidimos con Guerrero Zaplana cuando afirma que «el incumplimiento de la exigencia de documentación de la información o de la cumplimentación del formulario no es relevante si se acredita la realidad de la información»⁴¹⁶. Asimismo, nuestros tribunales declaran reiteradamente que la información escrita en modo alguno puede sustituir la comunicación verbal con el paciente, sino que aquélla resulta meramente complementaria del inexcusable proceso dialógico de carácter informativo que médico y paciente deben mantener⁴¹⁷, derivando lo contrario en una suerte

⁴¹⁵ Por todas, SSTS de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8819; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\3548; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8891; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7636; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8428; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

⁴¹⁶ Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 184.

⁴¹⁷ Por todas, SSTS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, postula Blanco Pérez-Rubio que la información, «independientemente de que se recoja por escrito, debe hacerse también verbalmente y con un carácter personalizado, adaptada a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, de acuerdo con las características propias e individuales de cada paciente, es decir, la naturaleza y extensión de la información dependen del problema de salud que tenga un determinado paciente para comprender y decidir» (Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, *La carga... op. cit.*, p. 71). Vid. también Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 796; Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 101; Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, p. 32; Simón Lorda, Pablo y Barrio Cantalejo, Inés, «Legibilidad de formularios de consentimiento informado: instrumentos de análisis y ejemplos», en AA. VV., *La Bioética en la encrucijada*, Sarabia y Álvarez de los Reyes López, Manuel (eds.), Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 1996, p. 147; Sánchez Rubio, María Aquilina, *Marco jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: especial consideración del consentimiento informado*, tesis doctoral dirigida por Díaz Barrado, Cástor Miguel, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2007, disponible en https://www.unex.es/organizacion/servicios-universitarios/servicios/servicio_publicaciones/publicaciones/marco-juradico-del-derecho-a-la-informacion-en-las (última consulta el 10.1.2018), p. 465; Curbelo Pérez, David, «El consentimiento informado en el menor de edad. revisión a la luz de la nueva normativa», *Canarias Pediátrica*, vol. 27, n. 3, 2003, p. 242; Comité de Ética de la SECPAL, «Consentimiento informado en cuidados paliativos: documento aprobado por el Comité Directivo de la SECPAL en Madrid, el 15 de febrero del 2002», *Cuadernos de Bioética*, vol. 17, n. 59, 2006, p. 105; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de... op. cit.*, p. 12; Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de ASISA-LAVINIA, *El consentimiento... op. cit.*, p. 93. En sede normativa, establece la Orden de 8 de julio de 2009 de

de «paternalismo con formulario»⁴¹⁸, pues, siendo conocido que la mayoría de los pacientes no leen el documento de consentimiento informado o, aun haciéndolo, no logran entenderlo, si el profesional sanitario no contribuye a su comprensión con sus explicaciones verbales se asegura, en cierto modo, que el paciente firme prácticamente cualquier documento que le sea entr gado.

5.2 Momento de la información asistencial

Por lo que respecta al momento en que la información se ha de suministrar al paciente, se colige del artículo 4.2 LAP que la información debe ser previa a la prestación del consentimiento, habida cuenta de que aquélla debe ayudar al paciente a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Esta conclusión es coherente con las previsiones del artículo 8.1 del mismo cuerpo legal, que exige la prestación del consentimiento libre y voluntario del paciente como requisito legitimador de toda actuación en el ámbito de su salud, consentimiento que ha de prestarse tras recibir la información prevista en el artículo 4 LAP⁴¹⁹. Sin embargo, no especifica la LAP con cuánto tiempo de antelación se ha de suministrar la información. Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria aboga por sostener, de forma algo etérea, que la información al paciente se ha de hacer efectiva con antelación «suficiente» a la actuación asistencial, para que el paciente (o cliente) pueda reflexionar y decidir con libertad⁴²⁰, debiendo te-

Andalucía, en su instrucción 2.4: «La utilización de este formulario no excluye la información verbal, sino que es complementaria de ésta, de tal manera que pueda asegurarse que el proceso comunicativo y de toma de decisiones ha sido realizado con la mayor calidad.» En sentido similar se pronuncia el párrafo 1.4 del Acuerdo sobre Consentimiento Informado de la Sesión Plenaria del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (acuerdo n. 261, acta n. 39).

⁴¹⁸ Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴¹⁹ Alude explícitamente a la necesaria anterioridad de la información respecto del consentimiento del paciente el artículo 28.1 Ley 3/2005 de Extremadura: «La información se comunicará al paciente por el médico responsable de su asistencia o por el que practique la intervención o aplique el procedimiento, antes de recabar su consentimiento.»

⁴²⁰ Por todas, SSTS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8059; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Valencia de 6 de marzo de 2009 (AC 2009\978; Ponente: Illma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga); SSAP Madrid de 22 de junio de 2009 (JUR 2010\292987; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Margarita Vega de la Huerga), 30 de octubre de 2009 (AC 2010\21; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Josefa Ruíz Marín) y 15 de noviembre de 2012 (AC 2012\1628; Ponente: Illmo. Sr. D. Cesáreo Duro Ventura); SSAP Almería de 13 de mayo de 2009 (AC 2009\1828; Ponente: Illmo. Sr. D. Andrés Vélez Ramal) y 26 de enero de 2015 (AC 2015\523; Ponente: Illmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad); SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de enero de 2011 (AC

nerse en cuenta, al valorar si se ha informado con bastante antelación, todas las circunstancias concurrentes y, muy especialmente, la complejidad de la información y la urgencia que pueda revestir la actuación médica⁴²¹. No obstante, a nivel autonómico no falta alguna normativa que exige que, salvo en situaciones de urgencia, la información se proporcione al paciente con una antelación mínima de veinticuatro horas⁴²². En todo caso, lo que parece claro es que la información no puede suministrarse minutos antes de la intervención, puesto que, parafraseando a la Audiencia Provincial de Islas Baleares, en sentencia de 13 de febrero de 2001⁴²³:

«la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado en favor de la opción quirúrgica correctora y que ello no se consiga por el sólo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones obvias sociológicas y personales

2011\1734; Ponente: Illma. Sra. María Luisa Santos Sánchez) y SAP Barcelona de 10 de mayo de 2012 (AC 2012\1020; Ponente: Illma. Sra. Dña. M.ª del Mar Alonso Martínez). La exigencia de suficiente antelación en el suministro de la información asistencial es reiterada por numerosos legisladores autonómicos. Por todas, Ley 3/2001 de Galicia (artículo 8.3); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 17.3); Ley 3/2005 de Extremadura (artículos 4.4, 23.1 y 28.3); Ley 3/2009 de la Región de Murcia (artículo 43.1); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículos 9.4 y 16.2) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículos 42.4 y 49.7). En la doctrina, *vid.* Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 688.

⁴²¹ El momento que ha de tomarse como referencia para determinar si la información se ha proporcionado con suficiente antelación es aquél en el que se lleva a cabo la actuación asistencial. Bien es cierto que lo idóneo sería que, entre la información al paciente y su decisión, transcurriera un lapso temporal suficiente para permitirle meditar la información recibida y valorar las posibles alternativas en aras de adoptar una decisión autónoma. Empero, reputamos que, en todo caso, el momento esencial a considerar debe ser aquél en que la actuación médica se practica, pues, aunque el paciente consienta inmediatamente después de recibir la información asistencial, puede deliberar *a posteriori* y, en su caso, revocar el consentimiento previamente otorgado.

⁴²² Por todas, Decreto 38/2012, de 13 de marzo, de la historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica (BOPV n. 65, de 29.3.2012) (artículo 25.3); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 11.2) y Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana (artículo 43.9), estableciendo esta última: «La información previa al consentimiento se facilitará con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico.» Esta antelación mínima de veinticuatro horas es exigida igualmente por el Acuerdo sobre Consentimiento Informado de la Sesión Plenaria del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (acuerdo n. 261, acta n. 39), cuyo parágrafo 3.1 establece que: «El cumplimiento de los objetivos y funciones de los documentos de consentimiento informado exigen que el paciente, o su representante, reciban la información y el documento con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes.» En igual sentido, Seijas Villadangos, Esther, *Los derechos del paciente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 39. Quien escribe, por el contrario, sostiene, con Galán Cortés, que «la «antelación suficiente» con la que ha de proporcionarse la información variará según las circunstancias de cada caso, tanto del paciente como de la intervención médica concreta que haya de practicarse, por lo que resulta prácticamente imposible fijar un tiempo mínimo previo y uniforme para todos los supuestos» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 695).

⁴²³ AC 2001\2250; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo.

o individuales, no se puede esperar del firmante una respuesta meditada o un consentimiento libremente expuesto, especialmente cuando quien ofrece el documento a la firma no es el médico o cirujano que debe realizar la operación⁴²⁴.»

5.3 Otros caracteres de la información asistencial: verdadera, comprensible y adecuada

El artículo 4.2 LAP exige que la información que se proporcione al paciente sea verdadera y que se le comunique de modo comprensible⁴²⁵ y adecuado a sus necesidades.

Uno de los caballos de batalla del consentimiento informado estriba en el hecho de que la información asistencial, en un elevado índice de supuestos, se proporciona al paciente de un modo que a éste le resulta de imposible o muy difícil entendimiento. Esta falta de comprensión se debe, en unos casos, al empleo por el facultativo de tecnicismos innecesarios⁴²⁶; en otros, a sus defi-

⁴²⁴ Establece la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana, en su artículo 11.2: «La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Y en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. En ningún caso se facilitará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico.» En idéntica dirección se pronuncia el artículo 28.3 Ley 3/2005 de Extremadura. Por su parte, declara la Ley 3/2009 de la Región de Murcia, en su artículo 43.1: «La información previa al consentimiento informado [...] se ofrecerá al paciente, salvo en supuestos de urgencia, con la debida antelación y preferentemente no en la misma sala donde se deba practicar la actuación asistencial, a fin de que el paciente pueda reflexionar y, en su caso, solicitar cuantas aclaraciones considere necesarias para adoptar una decisión.» En la jurisprudencia, sostiene la Audiencia Nacional, en sentencia de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004\133227; Ponente: Excmo. Sr. José Guerrero Zaplana): «No hay duda, que el respeto de los derechos del paciente (reconocidos ahora con más detalle por la Ley 41/2002, que no estaba vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos) no puede permitir que se considere suficiente una información que se pudiera haber producido en el interior de la Sala de Endoscopias y ello pues una información prestada en tales condiciones habría supuesto una clara infracción de los derechos del paciente al presuponer la realización de la información sin atender a las exigibles condiciones de estabilidad y seriedad en la prestación del consentimiento al haberse informado de forma claramente contraria a los principios básicos sobre la cuestión que se recogen, fundamentalmente, en los artículos 4,2 y artículo 10 de la referida ley.» Abunda en esta línea Seijas Villadangos: «En ningún caso se facilitará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o diagnóstico» (Seijas Villadangos, Esther, *Los derechos... op. cit.*, p. 39).

⁴²⁵ De modo más preciso, establecen la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 6.2) y la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.1) que la información debe ser «fácilmente comprensible» y «claramente comprensible», respectivamente.

⁴²⁶ Son diversas las legislaciones autonómicas en las que se aboga por un uso restringido de los tecnicismos en aras de optimizar la comunicación efectiva entre médico y paciente, pudiendo citarse la Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 5). Idéntica directriz contempla el párrafo 2.4 de la Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de la Organización Médica Mundial (Ámsterdam, 1994). En la doctrina, sostiene Berrocal Lanzarot que: «Deberá [...] evitarse por parte del médico recurrir a un lenguaje técnico, pues, no se trata de dar una conferencia magistral, sino de fomentar un diálogo» (Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 97). *Vid.* también Muñoz Jurado, Francisco Javier, *El consentimiento... op. cit.*, p. 72. En coherencia con el planteamiento

cientes habilidades comunicativas, y, en las situaciones más extremas (y aberrantes), a la ausencia absoluta de diálogo informativo entre médico y paciente, sustentándose la información en exclusiva en la entrega al paciente de un documento de consentimiento informado cuya excelsa terminología se presenta de inalcanzable entendimiento para toda persona profana en Medicina. De esta suerte, consideramos de vital relevancia promover la formación de los profesionales sanitarios en sede comunicativa, pues, si bien es cierto que la información sanitaria presenta frecuentemente un elevado grado de complejidad, no lo es menos que «cualquier cosa que pueda decirse se puede decir claramente»⁴²⁷. No obstante, esta claridad expositiva exige del profesional sanitario, no sólo un elevado saber médico, sino también unas ciertas dotes comunicativas que faciliten el entendimiento por el paciente de la información recibida⁴²⁸, permitiendo además una mejor gestión del escaso tiempo del que disponen los profesionales para informar a sus pacientes⁴²⁹. Por otro lado, contribuiría sobremanera al entendimiento de la información escrita la mejora en la legibilidad de los documentos de consentimiento informado, los cuales deben redactarse mecanográfica o informáticamente en aras de evitar su ininteligibilidad por una mera cuestión de caligrafía⁴³⁰, al margen de las necesarias añadiduras «a mano» que deban realizarse para completar el documento⁴³¹.

expuesto, afirma el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\4464; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García), que no existe una deficiente información si el paciente conoce los riesgos de la cirugía propuesta, «siendo una interpretación absurda del deber de informar el hecho de que no se utilice el nombre técnico con que se conoce en medicina el cuadro o patología que presente».

⁴²⁷ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 724.

⁴²⁸ Indica Vázquez Barros: «No debemos olvidar que el enfermo, por regla general no tiene conocimientos médicos suficientes y, así las cosas, el facultativo estará obligado a cumplir con el deber de información de la forma más clara, simple e inteligible para que el paciente pueda adoptar la decisión más adecuada según la información recibida, estado de salud y posibilidades de recuperación. En resúmenes cuentas, se trata de dar al paciente, en un léxico vulgar y comprensible aquella información médica que permitan [sic] al mismo saber cuál es su estado de salud, vías de recuperación, riesgos que se pueden asumir y posibilidades de curación» (Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 126-127). Así, por ejemplo, conviene evitar el uso de un lenguaje probabilístico numérico, sea en la información oral o en los documentos de consentimiento informado, siendo más recomendable la explicación de la probabilidad con expresiones no numéricas del tipo «de cada 100 sujetos a los que se les hace esto, a dos se les puede presentar este problema» (Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 47).

⁴²⁹ Llubia, Clara, «Consentimiento por representación: reflexiones sobre las posibilidades de mejora», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas. Consentimiento por representación*, n. 22, Fundació Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2010, p. 112.

⁴³⁰ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 734.

⁴³¹ En la literatura anglosajona se han desarrollado diversas herramientas informáticas de análisis de la legibilidad de los documentos de consentimiento informado y otros materiales destinados a los pacientes, siendo una de las más destacables, por su extendida utilización, la fórmula de Fleisch, de la que existe una versión adaptada al castellano (Simón Lorda, Pablo y Barrio Cantalejo, Inés, «Legibilidad de...» *op. cit.*, p. 148). Por su parte, existen igualmente en la literatura anglosajona documentos cuya finalidad es valorar el proceso de información y adopción de decisiones por el paciente y su grado

Por último, debe el profesional sanitario comunicar la información al paciente de modo adecuado a sus necesidades, lo que exige de aquél una posición activa en la averiguación de tales necesidades y su consiguiente ponderación para determinar en cada caso la cantidad, calidad y modo de transmisión idóneo de la información⁴³². De este modo, requiere de una explicación más profunda y detallada el paciente cuando el procedimiento indicado le sea desconocido, cuando su salud no se encuentre acechada por un riesgo grave e inminente que obligue al profesional sanitario a suministrar una información apresurada (y, consiguientemente, menos detallada) o cuando el paciente ostente un bajo nivel cultural. En todo caso, la indagación y valoración de las necesidades informativas del paciente resulta esencial en aras de que éste reciba una información adecuada, esto es, una información que no cause daño al paciente, sea por defecto o por exceso⁴³³.

En suma, la información asistencial debe ser verdadera, comprensible para el paciente y adecuada a sus necesidades. Como podemos comprobar, no contiene el artículo 4.1 LAP, a diferencia del derogado artículo 10.5 LGS, referencia alguna a la necesidad de que la información asistencial sea «completa y continuada». Pese a ello, no vacilamos al postular que la obligación del médico de informar al paciente es de tracto sucesivo⁴³⁴ y, en consecuen-

de satisfacción con la atención recibida. Uno de los más destacados es el *Picker Patient Experience Questionnaire* (PPE-15), que selecciona quince ítems que describen la experiencia de pacientes hospitalizados, valorándose, *inter alia*, el grado de comprensión de la información proporcionada y de participación en el proceso de adopción de decisiones. Para un estudio en profundidad, *vid.* Jenkinson, Crispin *et al.*, «The Picker Patient Experience Questionnaire: development and validation using data from in-patient surveys in five countries», *International Journal for Quality in Health Care*, vol. 14, n. 5, 2002, pp. 353-358; Barrio Cantalejo, Inés María *et al.*, «Adaptación transcultural y validación del Picker Patient Experience Questionnaire-15 para su uso en población española», *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 24, n. 5, 2009, pp. 192-206.

⁴³² Al respecto, establece la Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía, en su instrucción 1.3: «La cantidad de información proporcionada a la persona paciente o usuaria del sistema sanitario debe ser la adecuada a sus necesidades y nivel de comprensión, de tal forma que pueda decidir libremente. Esto exige del personal sanitario una actitud activa de exploración expresa de dichas necesidades en el contexto de la relación sanitaria.»

⁴³³ Es doctrina jurisprudencial consolidada que la información excesiva resulta contraproducente para el paciente, causándole un efecto atemorizante o inhibitor (iatrogenia informativa). Por todas, SSTS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 2 de enero de 2012 (RJ 2012\1; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 19 de junio de 2012 (RJ 2012\9108; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García). En la jurisprudencia menor, *vid.* STSJ Asturias de 2 de febrero de 2017 (JUR 2017\39900; Ponente: Illmo. Sr. D. José Ramón Chaves García).

⁴³⁴ Rodríguez Marín, Concepción, «Medicina satisfactoria», en AA. VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios suscep-*

cia, debe cumplirse de modo continuado o gradual⁴³⁵, suministrándose la información a medida que es conocida por el profesional sanitario o que éste considere que puede ser asimilada por el paciente en los casos en que su salud pueda verse gravemente perjudicada de conocer su situación *uno actu* (estado de necesidad terapéutica)⁴³⁶. Asimismo, no debe la información transmitirse únicamente al inicio de la relación asistencial, sino que, como impone el artículo 4.2 LAP, el paciente debe ser informado con motivo de todas las actuaciones que integren su proceso asistencial.

Por último, interpretado el requisito de completitud de la información asistencial (exigido por el derogado artículo 10.5 LGS), no como una exigencia de exhaustividad, sino de adecuación razonable en atención a las circunstancias concurrentes⁴³⁷, la exigencia de que la información asistencial sea completa se integra inexcusablemente en la obligación de que se adecúe a las necesidades del paciente.

tibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas, 2.ª ed., Orti Vallejo, Antonio y García Garnica, María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 478; Bravo Escudero, Enrique, *El médico coordinador de urgencias y emergencias, su naturaleza jurídica, régimen de responsabilidad y aspectos bioéticos*, tesis doctoral dirigida por Gómez Jiménez, Francisco Javier et al., Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 177, disponible en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/5530/1/1873151X.pdf>.

⁴³⁵ Vid. SSTs de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8891; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\4641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, vid. Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* op. cit., p. 687; Martínez Otero, Juan María, «Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n. 77, 2012, p. 158; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva», en AA. VV., *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), La Ley, Madrid, 2006, p. 189; Fernández Zapata, Francisca Isabel, «El consentimiento...» op. cit., p. 19. A nivel autonómico, establece expresamente la exigencia de continuidad en la información diversa normativa. Por todas, Ley 1/1992 de Asturias (artículo 49.5); Ley 3/2001 de Galicia (artículo 8.2); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 17.1); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 28.4); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 9.4) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 42.4).

⁴³⁶ A nuestro parecer, siguen teniendo plena actualidad, pese a preceder a la LAP, las palabras de Juanes Peces cuando afirma que «la información médica debe ser lo más completa y precisa posible, pero, además, continuada y actualizada, pues cuando aquélla no renueva su función de las necesidades del tratamiento, los efectos nocivos que así se puedan ocasionar sirven para establecer una relación causal perfecta entre aquel deber y este resultado sobre la que construir un locus de responsabilidad que, como tal, puede ser jurídicamente exigida» (Juanes Peces, Ángel, «El deber médico de información como fuente de responsabilidad», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 94, n. 3, 1995, p. 708). De esta manera, coincidimos con Blanco Pérez-Rubio en que se trata de una «información de tracto sucesivo o de ejecución continuada y no de tracto único, estando obligado el médico a informar cada cierto tiempo, incluso aunque no haya novedades en el tratamiento, aunque sólo sea para comunicarle que su estado sigue igual» (Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, *La carga...* op. cit., p. 55).

⁴³⁷ STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

6. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DEBER MÉDICO DE INFORMACIÓN

Como ya sabemos, la LAP reconoce al paciente, en su artículo 4.1, el derecho a la información asistencial, esto es, el 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.» De la mera lectura del precepto parcialmente reproducido, se colige que el derecho a la información asistencial del paciente no tiene carácter absoluto, sino que, por el contrario, puede exceptuarse o limitarse en los supuestos legalmente previstos, a cuyo análisis dedicamos los apartados que siguen.

6.1 Estado de necesidad terapéutica

El artículo 5.4 LAP permite limitar el derecho a la información sanitaria⁴³⁸ de los pacientes cuando se acredite la existencia de un estado de necesidad terapéutica (*therapeutic exception*⁴³⁹), definido éste como «la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave»⁴⁴⁰. De este modo, el mencionado precepto faculta al médico para

⁴³⁸ La referencia debería hacerla el precepto a la información asistencial, pues la información sanitaria constituye una categoría más amplia que comprende también la información epidemiológica (artículo 6 LAP), no siendo esta última susceptible de limitación o excepción en aras de evitar un grave perjuicio a la salud del paciente, porque, en tal supuesto, es precisamente la omisión de la información la que puede dañar la salud del paciente o de terceros.

⁴³⁹ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1985.

⁴⁴⁰ Dice el precepto literalmente lo que sigue: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.» El estado de necesidad terapéutica tiene su origen en la práctica judicial norteamericana de la segunda mitad del siglo XX. De esta suerte, la *California Court of Appeals*, en *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957) (*California Court of Appeals*, 22.10.1957), reconoce al médico cierto margen de discrecionalidad para decidir cuándo prevalece su deber de informar al paciente sobre los riesgos del procedimiento propuesto y cuándo, por el contrario, debe ocultarle cierta información sobre riesgos remotos inherentes a la actuación médica que podrían alarmar a pacientes especialmente aprehensivos, estimulando su rechazo a la misma. A partir de entonces, el privilegio terapéutico (*therapeutic privilege*) es reconocido reiteradamente por el *case law* norteamericano, pudiendo citarse, a título

ocultar al paciente aquella información asistencial que, sobre la base de juicios objetivos (y no meras impresiones subjetivas), considera el profesional sanitario que puede causarle un grave perjuicio a su salud (física y/o psicológica)⁴⁴¹, debiendo el facultativo dejar «constancia razonada» en la historia clínica de tales

meramente ejemplificativo, el pronunciamiento de la *District of Columbia Court of Appeals* en el asunto *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, 464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972) (*District of Columbia Court of Appeals*, 19.5.1972), donde el Tribunal atribuye al médico el «privilegio» de ocultar al paciente aquella información que pueda conducirle a un estado de tal consternación que resulte incapaz de adoptar una decisión racional. Literalmente, declara el Tribunal: «It is recognized that patients occasionally become so ill or emotionally distraught on disclosure as to foreclose a rational decision, or complicate or hinder the treatment, or perhaps even pose psychological damage to the patient. Where that is so, the cases have generally held that the physician is armed with a privilege to keep the information from the patient, and we think it clear that portents of that type may justify the physician in action he deems medically warranted. The critical inquiry is whether the physician responded to a sound medical judgment that communication of the risk information would present a threat to the patient's well-being.» Entendido de este modo, el privilegio terapéutico constituiría una «excepción de incapacidad, pero diagnosticada a priori por el médico», de modo que éste pueda ocultar al paciente aquella información cuyo conocimiento lo alterará «hasta el punto de convertirle en un incapaz de hecho» –García Guillén, Diego, «¿Privilegio terapéutico o excepción terapéutica?», en AA. VV., *La Bioética en la encrucijada*, Sarabia y Álvarez, José y de los Reyes López, Manuel (eds.), Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 1997, p. 114–. En igual sentido, Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 515. En nuestro país, es la LAP la que por vez primera contempla legalmente el estado de necesidad terapéutica como un límite al derecho a la información asistencial del paciente, adaptándose de este modo nuestra legislación a las previsiones del Convenio de Oviedo, cuyo artículo 10.3 establece que: «De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2», a saber, el derecho de toda persona a ser informada sobre su salud y su derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. El Informe explicativo del Convenio de Oviedo, elaborado bajo la responsabilidad del secretario general del Consejo de Europa, pese a no constituir una interpretación autorizada del Convenio, resulta de gran utilidad para su exégesis. Así, respecto de la previsión contenida en el artículo 10.3 del Convenio, señala el párrafo 69 del Informe que: «La ley nacional puede justificar –en su caso, bajo control judicial– que el médico retenga a veces parte de la información o, en cualquier caso, que la revele con cautela («necesidad terapéutica»)». La posibilidad del galeno de ocultar la información asistencial al paciente por razones terapéuticas es reconocida, igualmente, en el artículo 7.b de la Declaración sobre los Derechos de los Pacientes, de la Asociación Médica Mundial (Lisboa, 1981) y en el apartado segundo de la Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, de la Organización Mundial de la Salud (Ámsterdam, 1994).

⁴⁴¹ Así, verbigracia, puede el estado de necesidad terapéutica fundarse en el convencimiento del facultativo de que el conocimiento de su información asistencial puede perjudicar gravemente la salud del paciente sobre la base, *inter alia*, de sus antecedentes psiquiátricos o el modo en que previsiblemente encajará cierta información en atención a las referencias sobre su personalidad y valores que hayan podido proporcionar sus vinculados –Marín Palma, Enrique, «El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 674, nota al pie n. 14–. En igual dirección apunta Siuran a Aparisi al postular que el privilegio terapéutico «[s]ería un caso especial de determinación de incapacidad para recibir información y para tomar decisiones sobre los cuidados de la salud, pero, aún [sic] siendo especial, es preciso que el médico disponga igualmente de elementos de juicio objetivos como, por ejemplo, antecedentes psiquiátricos. No sirve la simple impresión subjetiva» (Siuran a Aparisi, Juan Carlos, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Trotta, Madrid, 2005, p. 22).

circunstancias (artículo 5.4 *in fine* LAP), esto es, de las razones objetivas y del grave peligro que la información implique para la salud del paciente. Como podemos comprobar, el estado de necesidad terapéutica es exclusivo de la medicina curativa, pues, por razones obvias, sólo puede causar un grave perjuicio en la salud del paciente el conocimiento de la situación generada por una patología que, por definición, no existe en la medicina satisfactoria⁴⁴².

De la mera lectura del artículo 5.4 LAP puede colegirse que las situaciones de necesidad terapéutica difieren radicalmente de los supuestos de emergencia, separación que no debe verse enturbiada por la existencia de algún pronunciamiento judicial en el que nuestros tribunales atribuyen a las situaciones de necesidad terapéutica las condiciones de gravedad e inmediatez del daño con las que el artículo 9.2 LAP caracteriza a los supuestos de emergencia. En tal equívoco incurre el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la sentencia de 11 de mayo de 2012⁴⁴³, en un supuesto en que el paciente es sometido, el 13 de noviembre de 2003, a una colonoscopia, sin haber éste recibido la información prevista en el artículo 10 LAP con anterioridad a la prestación de su consentimiento. Afirma el Tribunal que:

«La dispensa a la obligación de informar al paciente que va a someterse a una actuación médica sólo es admisible en los casos tasados que reconoce la Ley 41/2002, que en su artículo 9.2.c) regula expresamente el llamado privilegio terapéutico, como autorización concedida a los facultativos para poder llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, 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 él⁴⁴⁴.»

Como vemos, el estado de necesidad terapéutica, aplicable siempre que el paciente tenga capacidad para recibir su información asistencial (aunque sea

⁴⁴² En coherencia con nuestra tesis se postulan los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:107 DCFR al indicar que: «It should be noted that the therapeutic exception will not, by its very nature, apply in the case of the information required to be disclosed under IV. C.-8:106 (Obligation to inform in the case of unnecessary or experimental treatment)» –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1986-.

⁴⁴³ JUR\2012\304469; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral.

⁴⁴⁴ En idéntico error incide el mismo órgano jurisdiccional en su sentencia de 30 de julio de 2012 (JUR\2012\331246; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral), en la que, en un supuesto de error de diagnóstico, afirma que «no parece desproporcionado entender que estamos ante la aplicación del privilegio terapéutico, conforme al cual una de las excepciones al consentimiento informado viene dado por la concurrencia de un peligro inminente y grave para la vida del paciente, conforme al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre [...]».

menor de edad⁴⁴⁵), plantea la rivalidad entre dos valores esenciales del paciente, a saber, su autonomía (que exige la información) y su salud (cuya preservación demanda la no información). En otras palabras, y haciendo uso de una lógica principialista, el estado de necesidad terapéutica encarna el enfrentamiento entre el Principio de Autonomía, de una parte, y los Principios de Beneficencia y No-Maleficencia, de otra. Es la propia LAP la que, pese a configurar el respeto a la autonomía del paciente como uno de sus principios básicos (artículo 2.1 LAP), resuelve esta confrontación en favor de la salud del paciente, justificándose así (legalmente, que no en el plano ético) la limitación o restricción del derecho a la información sanitaria del paciente sobre la base de los Principios de Beneficencia y, fundamentalmente, de No-Maleficencia⁴⁴⁶. En consecuencia, el estado de necesidad terapéutica es un legado que perdura de la tradición paternalista que ha dominado la Historia de la Medicina desde tiempos inmemoriales y hasta el siglo pasado, y ello pese a que a que la LAP reemplaza su tradicional denominación «privilegio terapéutico» por la de «estado de necesidad terapéutica» en aras de excluir el marcado cariz paternalista y excesivamente desvinculado del paciente de que la reviste su reconocimiento como un «privilegio» del médico⁴⁴⁷. Sin embargo, no falta algún pronunciamiento judicial ulterior a la promulgación de la LAP en el que nuestros tribu-

⁴⁴⁵ El estado de necesidad terapéutica viene reconocido como restricción al derecho a la información de los pacientes menores de edad en el artículo 5.3 Decreto 246/2005 de Andalucía, conforme al cual: «El derecho a la información del paciente menor de edad podrá restringirse excepcionalmente por criterio del facultativo, de acuerdo con el criterio del padre y de la madre, ante la posibilidad de que esta información pueda, por razones objetivas, perjudicar gravemente a su estado de salud, prevaleciendo en caso de conflicto la opinión de los padres de la persona menor de edad. Llegado este caso, el personal facultativo dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión al padre y la madre o representantes legales.»

⁴⁴⁶ El propio Informe explicativo del Convenio de Oviedo justifica el estado de necesidad terapéutica con base en el Principio de Beneficencia, al señalar que: «De acuerdo con la obligación ética central que han inspirado todos los Códigos de Ética Médica desde el Juramento Hipocrático, según la cual el médico debe aplicar su ciencia en beneficio del paciente, parece razonable incumplir el deber de informar cuando del mismo se derive un peligro para el paciente más grave que el perjuicio causado a su derecho a la autodeterminación». En el estado de necesidad terapéutica, evidentemente, es el galeno el que relaciona el daño que puede implicar para la salud del paciente su información con el perjuicio que puede suponer para el derecho a la autodeterminación del paciente la no información, con el fin de determinar qué menoscabo presenta una mayor gravedad. A nuestro entender, esta conclusión resulta aventurada, pues el sistema de valores del profesional sanitario puede ser distinto al del paciente, no justificándose, por tanto, la limitación del derecho a la información asistencial del paciente conforme a su sistema personal de valores cuando éste considere preeminente el valor autonomía sobre el valor salud.

⁴⁴⁷ Osuna Carrillo de Albornoz, Eduardo Javier, «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», *Cuadernos de Bioética*, vol. XVII, n. 59, 2006, p. 35; López Guzmán, José, «Antecedentes históricos y contexto de la Ley 41/2002», en AA. VV., *La implantación de los derechos del paciente*, León Sanz, Pilar (edit.), Eunsa, Barañáin, 2004, p. 36. Por su parte, afirma Graña Guillén que «lo que el privilegio terapéutico hace es demarcar y defender una actitud paternalista en el campo de las enfermedades graves y mortales» (Graña Guillén, Diego, «¿Privilegio terapéutico...?» *op. cit.*, p. 112).

nales se empeñan en conservar la terminología tradicional⁴⁴⁸. De hecho, las entrañas hondamente paternalistas del estado de necesidad terapéutica quedan cristalizadas en el propio artículo 5.4 LAP al definirlo como una «facultad» del médico, término que puede inducir a su errónea interpretación como un derecho subjetivo de éste⁴⁴⁹, en lugar de abordar su definición desde el prisma del paciente, esto es, como su derecho a no recibir una información que pueda perjudicar de modo grave su estado de salud o, como postula quien escribe, como un derecho del paciente a recibir una información adecuada en función de su estado de salud, con el consiguiente deber del médico de proporcionar la información en el momento y forma menos perjudiciales para la salud de aquél. Las líneas que siguen las dedicamos al análisis de la problemática esencial suscitada por el artículo 5.4 LAP en su aplicación práctica ordinaria.

6.1.1 Estado de necesidad terapéutica como limitación o excepción al derecho a la información asistencial

La determinación del alcance de la facultad reconocida al facultativo en virtud del artículo 5.4 LAP no resulta labor sencilla, habida cuenta de que su literalidad ampara el entendimiento de tal facultad, no únicamente como limitación del derecho del paciente a la información («El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse [...]»), sino también como excepción al mismo («Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente [...]»). En otros términos, el precepto no clarifica si, al facultar al médico para actuar «sin informar» al paciente, lo está legitimando para proceder ocultando a éste toda su información asistencial o únicamente aquella respecto de la cual existen razones objetivas para pensar que su conocimiento puede perjudicar gravemente la salud del paciente, si bien parece que es esta última la interpretación más coherente con el respeto a su autonomía reconocida como principio básico de la LAP en su artículo 2.1. Por tanto, entendemos que, atendiendo a su configuración legal, el estado de necesidad terapéutica constituye, por lo general, una limitación al derecho a la información del paciente que faculta al médico para actuar ocultándole sólo aquella información que pueda perjudicar su salud gra-

⁴⁴⁸ Por todas, SSTSJ Andalucía de 11 de mayo de 2012 (JUR 2012\304469; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral) y 30 de julio de 2012 (JUR 2012\331246; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral).

⁴⁴⁹ Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), *Responsabilidad médica...* op. cit., p. 249.

vemente (proporcionándole, por consiguiente, una información «atenuada»⁴⁵⁰). Así, la necesidad terapéutica únicamente constituye una excepción al derecho a la información asistencial del paciente cuando el profesional sanitario estime, con base en razones objetivas, que la salvaguarda de su salud exige el ocultamiento de toda su información asistencial.

En todo caso, a nuestro modo de entender, el estado de necesidad terapéutica no debe ser enfocado como limitación ni excepción al derecho a la información del paciente, sino como una exigencia al galeno de que se replantee el modo de suministrarle la información al objeto de que el conocimiento de su situación perjudique su salud en la menor medida posible; esto es, una especificación del deber del profesional sanitario de entregar al paciente una información «adecuada a sus necesidades» (artículo 4.2 LAP)⁴⁵¹. Sólo entendiendo así la necesidad terapéutica se puede cohonestar el respeto del derecho a la información y al consentimiento del paciente con la preservación de su salud⁴⁵². Si adoptamos este posicionamiento, debemos rechazar la terminología «excepción terapéutica» para referirnos a las situaciones encuadrables en el supuesto de hecho del artículo 5.4 LAP, pues la aplicación del antedicho precepto no constituiría excepción alguna al derecho a la información asistencial del paciente⁴⁵³. Ésta parece ser la postura seguida por el Documento Final

⁴⁵⁰ At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 72.

⁴⁵¹ Al respecto, señalan de Mont al vo Jääskeläinen *et al.*: «podríamos plantearnos qué razón de ser tiene la denominada necesidad terapéutica si la propia Ley 41/2002 dispone que la información ha de ser adecuada y, en consecuencia, que el médico puede adaptar la misma a las circunstancias personales del paciente. Si el médico no tiene hay necesariamente que dar una información completa sobre el estado de salud del paciente, ¿para qué sirve la necesidad terapéutica? Pues bien, podemos entender que la necesidad terapéutica supone un paso más en la limitación de la información, es decir, que puede llegar más allá de lo que es adecuar la información a las circunstancias del paciente y limitar la información de manera sensible hasta ocultar completamente el diagnóstico y pronóstico» (de Mont al vo Jääskeläinen, Federico *et al.*, *La Medicina ante el Derecho. Problemas del lenguaje y de riesgo profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 36).

⁴⁵² Quien escribe postula que el derecho a la información asistencial del paciente debe quedar incólume (*id est*, sin limitación o excepción alguna) constante la necesidad terapéutica, y no que el mismo pueda quedar limitado o excepcionado de inicio para reconstituirse progresivamente a medida que remita la necesidad terapéutica, siendo ésta la posición sostenida por la Ley 8/2003 de Castilla y León, cuyo artículo 20 dice como sigue: «Cuando, en los centros servicios o establecimientos sometidos a la presente Ley, se produzcan casos excepcionales en los que, por razones objetivas, el conocimiento de su situación por parte de una persona pueda perjudicar de manera grave a su salud, el médico asignado podrá actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, debiendo en todo caso informar a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho y dejar constancia en la historia clínica de la necesidad terapéutica existente. En función de la evolución de dicha necesidad terapéutica el médico podrá informar de forma progresiva, debiendo aportar al paciente información completa en la medida en que aquella necesidad desaparezca.» Tenor similar presenta la Ley 3/2009 de la Región de Murcia (artículo 32.2) y la Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 7.1 y 7.2).

⁴⁵³ Como afirma Marín Palma : «en contradicción con los principios generales que del consentimiento informado se establecen no podemos considerar al privilegio terapéutico como una excepción del anterior que permita ocultar toda información al paciente en beneficio de no causarle un daño que repercuta en su salud. Más al contrario, el privilegio terapéutico debe entenderse, en el contexto médico actual, como una forma equilibrada, razonada y específica de ofrecer información al paciente para garantizar una

del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica previo a la LAP, si bien referida únicamente a los supuestos de diagnóstico fatal:

«lejos de excluir el deber de informar constituye [el pronóstico fatal] una manifestación importante de este deber y, en principio, es un derecho que corresponde a todo enfermo que quiera conocer su verdadero estado de salud.»

En la jurisprudencia, adopta esta línea argumental la Audiencia Provincial de Toledo en su auto de 15 de marzo de 2011⁴⁵⁴, al afirmar que

«es preciso sopesar cuál es el estado o actitud anímica que exhibe el paciente y que podría mantener en los casos de pronóstico fatal. Lo razonable, en supuestos excepcionales como los indicados, sería alterar la forma en que se presente la información, pero sin ignorar el derecho del paciente a conocer su situación⁴⁵⁵.»

Pese a que nos alineamos con el posicionamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Toledo en el sentido de rechazar la negación del derecho a la información del paciente en los supuestos de pronóstico fatal, propugnamos la extensión de dicho razonamiento a todos los supuestos en que concurra un estado de necesidad terapéutica, con independencia de que el contenido de la información que se haya de proporcionar al paciente sea un pronóstico fatal o un diagnóstico de menor gravedad.

En suma, interpretado el estado de necesidad terapéutica en el sentido postulado por quien escribe, el artículo 5.4 LAP no sería más que una aplicación concreta de la exigencia general contenida en el artículo 4.2 del mismo cuerpo legal, según el cual «[l]a información clínica [...] se comunicará al

toma de decisión que, además, no repercute negativamente en su salud. Para ello, el médico requiere un indudable esfuerzo para determinar cómo y cuál es la información que debe facilitarle, en qué momentos precisos debe suministrarla y ayudarse de familiares [...] para indagar cuál es la mejor forma de facilitar información al paciente por el lazo más estrecho que los une con la persona afectada» (Marín Palma, Enrique, «El privilegio...» *op. cit.*, p. 681). Ahora bien, el autor admite la existencia de supuestos en los que no es posible la información directa al paciente, en cuyo caso señala que, el profesional sanitario, debe informar a los familiares para adoptar conjuntamente con éstos la decisión de actuar u omitir un tratamiento (Marín Palma, Enrique, «El privilegio...» *op. cit.*, p. 681). En otras palabras, del propio autor, «el concepto de privilegio terapéutico [...] hace que debamos considerar también [su] vertiente [...] como aquella adaptación de la información a recibir por el paciente a criterios de gradualidad, secuenciación en el tiempo y coordinación con la familia para alcanzar el máximo equilibrio entre el principio de Autonomía y el de Beneficencia» Marín P alma, Enrique, «El privilegio...» *op. cit.*, p. 682).

⁴⁵⁴ ARP 2011\635; Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cancer Loma. Dña. Raquel, es sometida el 2 de junio de 2004 a una intervención quirúrgica encaminada a la extirpación de un nódulo en la región cervical derecha, sin haberse obtenido previamente su consentimiento informado.

⁴⁵⁵ Vid. también AAPD Toledo de 25 de noviembre de 2009 (JUR 2010\25904; Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cancer Loma).

paciente de forma [...] adecuada a sus necesidades»⁴⁵⁶, debiendo el profesional sanitario revelar la información «con cautela»⁴⁵⁷ y pudiendo para ello graduarla y secuenciarla en el tiempo; esto es, el profesional sanitario debe modular la información a proporcionar al paciente en cada momento («verdad soportable»⁴⁵⁸), sin que en caso alguno esté justificado el suministro al paciente de una información falaz o tergiversada, pues, por exigencia del referido artículo 4.2 LAP, «[l]a información clínica [...] será verdadera»⁴⁵⁹. Con base en este enfoque, debe excluirse la tendencia pacífica en la doctrina en virtud de la cual la previsión contenida en el artículo 5.4 LAP debe interpretarse restrictivamente en aras de evitar una aplicación abusiva de la misma que vacíe de contenido el derecho a la información asistencial del paciente; todo lo contrario, como aplicación concreta del deber del profesional sanitario de suministrar al paciente una información adecuada a sus necesidades, y no como limitación o excepción a su derecho a la información, su exégesis debe ser lo más amplia posible. Ahora bien, si se entiende el estado de necesidad terapéutica, por el contrario, como una limitación o excepción al derecho a la información del paciente, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que su interpretación debe ser restrictiva y su aplicación absolutamente excepcional, constituyendo la regla general la información al paciente y no la limitación o excepción de su derecho a la información⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ En sentido similar se pronuncian, si bien limitándose a los supuestos de diagnóstico fatal, el Código de Deontología Médica de 2011 (artículo 15.1) y el *Codi de Deontologia* de 1997 (principio 24), conforme a los cuales el galeno conserva el deber de informar al paciente incluso en los casos de pronóstico fatal, si bien adecuando la forma de suministrar la información a la situación del paciente, con el objeto de causar el menor perjuicio posible a su salud.

⁴⁵⁷ Parágrafo 69 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo.

⁴⁵⁸ Sánchez Gómez, Amelia, «La información...» *op. cit.*

⁴⁵⁹ Marín Palma, Enrique, «El privilegio...» *op. cit.*, p. 681: «el privilegio terapéutico no está reñido con decir la verdad al paciente, sino con matizar la forma de transmitirle esta verdad o de utilizar colaboraciones, como son los familiares, para transmitir esa verdad a un paciente.» En el mismo sentido, sostiene Reynal Reillo que la característica de veracidad de la información «supone no engañar al paciente, aunque no se precise decir toda la verdad si le puede perjudicar en su evolución» (Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n. 38, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 72).

⁴⁶⁰ Por todos, Berrocal Lanza, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 101; Triviño Caballero, Rosana, «Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002», *InDret*, n. 3/2010, 2010, p. 11; Elizari Urtasun, Leyre, «Las personas mayores y con discapacidad intelectual ante el rechazo de tratamientos médicos. Especial mención a los usuarios de centros residenciales», en AA. VV., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Arcos Vieira, María Luisa (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 179; Guillem Tatay, David, «El consentimiento informado en la legislación y la jurisprudencia española: actualidad, problemática y propuestas de aclaración», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n. 64, 2017, p. 11. En la jurisprudencia, *vid.* STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera).

6.1.2 Estado de necesidad terapéutica y pronóstico fatal

Hemos de destacar la inexorable necesidad de distinguir los supuestos en que resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 5.4 LAP de aquellos otros en los que el facultativo se enfrenta a la necesidad de informar al paciente de un diagnóstico fatídico⁴⁶¹. El pronóstico fatal alude al funesto augurio sobre el estado de salud del paciente, presagio que no entraña *per se* la facultad del galeno de ocultar al paciente su información asistencial, sino que, para ello, es necesario que existan razones objetivas que justifiquen la convicción del médico de que el conocimiento de su situación puede perjudicar de modo grave el estado de salud del paciente. Resulta innegable que la comunicación al paciente de un diagnóstico fatal le produce, por lo general, un estado de congoja o, cuando menos, de pesadumbre; ahora bien, no siempre esta tristeza o angustia es reputada un grave perjuicio para la salud del paciente a los efectos del artículo 5.4 LAP. De este modo, no existe diferencia apriorística alguna entre el estado de necesidad terapéutica y el diagnóstico fatal, sino que ambas funcionan como circunferencias secantes, incluyéndose en el espacio común sellado por las dos intersecciones aquellos supuestos en los que el médico considere, sobre la base de razones objetivas, que el conocimiento de tal fatídico pronóstico puede perjudicar gravemente la salud del paciente⁴⁶².

⁴⁶¹ La distinción «estado de necesidad terapéutica-pronóstico fatal», si bien no se plasma en la LAP, sí la recoge el Documento Final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, que aborda de modo separado el «pronóstico fatal» y la «información claramente perjudicial [sic] para la salud del paciente» en el apartado 3.5 letras b) y c), respectivamente. En la doctrina, y en una obra anterior a la promulgación de la LAP, distingue Martín Bern al, de un lado, la «información claramente perjudicial para la salud del paciente» (correspondiendo al médico decidir, en su caso, el carácter perjudicial de la información y ponderar los intereses en juego para resolver si aquélla ha de ser comunicada al paciente) y, de otro, el «diagnóstico fatal» (entendemos que cuando su información no resulta «claramente perjudicial para la salud del paciente»); con relación a este último, afirma el autor que «ni siquiera puede ser encubierto comunicándolo sólo a los familiares del paciente, pues conocido por éste podrá dar lugar a la correspondiente querrela contra el médico por ocultación de la situación en que se encuentre» (Martín Bern al, José Manuel, *Responsabilidad médica... op. cit.*, p. 369). Vid. también Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 169; Sánchez Caro, Javier y Abellán-García Sánchez, Fernando, *Derechos y... op. cit.*, p. 22; Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 52.

⁴⁶² En consecuencia, discrepamos con Galán Cortés al afirmar que «no debe confundirse el estado de necesidad terapéutica con la situación del paciente afectado de un mal o fatal pronóstico, pues el paciente en este estado de pronóstico sombrío, o incluso en estado terminal, tiene derecho a conocer toda la verdad, sin perjuicio de la conveniencia de analizar cada caso en concreto. En estos casos, el médico debe actuar con altas dosis de psicología, siendo admisible, en algunos supuestos y cuando las circunstancias así lo aconsejen, una información gradual o atenuada de tal infausto pronóstico clínico» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 642). La diferencia entre el estado de necesidad terapéutica y el diagnóstico fatal no se halla en la titularidad por el paciente en el segundo caso, y no en el primero, del derecho a conocer la verdad sobre su estado de salud, pues, entendemos, todo paciente tiene derecho a recibir dicha información, se encuentre o no en situación terminal. En puridad, ambas situaciones difieren

6.1.3 Quién debe prestar el consentimiento informado

En el presente epígrafe tratamos de identificar a la persona (o personas) a la que corresponde otorgar el consentimiento informado cuando se cumplen los presupuestos del estado de necesidad terapéutica. Evidentemente, si se admite la tesis postulada por quien escribe, en virtud de la cual la necesidad terapéutica no limita ni excepciona el derecho a la información asistencial del paciente, sino que impone al médico el deber de replantearse su modo de transmisión, la respuesta a la cuestión suscitada se asumiría pacíficamente: el propio paciente es quien, con base en el artículo 8.1 LAP, tiene que consentir libre y voluntariamente la actuación médica, una vez recibida la información prevista en el artículo 4 LAP de un modo adecuado en atención a su estado de salud.

No obstante, como hemos advertido (y censurado) en líneas anteriores, el artículo 5.4 LAP configura el estado de necesidad terapéutica como una limitación o excepción al derecho a la información asistencial del paciente, de manera que no puede ser él quien otorgue su consentimiento personal a la actuación médica al no haber recibido la información previa exigida por el artículo 8.1 LAP y detallada por el artículo 4.1 del mismo cuerpo legal. En este contexto se justifica el cuestionamiento sobre la persona (o personas) encargadas de la prestación del consentimiento informado en las situaciones de necesidad terapéutica. Habiendo excluido la posibilidad de que competa al paciente la prestación personal de su consentimiento a la actuación médica propuesta, las opciones quedan reducidas a las dos que siguen: atribuir la facultad de decidir al profesional sanitario, de un lado, o a las personas vinculadas al paciente, de otro.

El abordaje de la problemática presentada exige partir de la previsión contenida en el artículo 5.4 *in fine* LAP, conforme al cual en los supuestos en que el médico aprecie la existencia de un estado de necesidad terapéutica, «dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho»⁴⁶³. La clave radica en el modo como se interprete la expresión legal

en su propia significación; es decir, su diferencia radica en que, simplemente, se trata de supuestos distintos que únicamente coinciden cuando el diagnóstico fatal cumple los requisitos de objetividad y gravedad establecidos por el legislador en el artículo 5.4 LAP. En caso contrario, *id est*, cuando el pronóstico fatal no encaja en el supuesto de hecho del antedicho precepto y, por consiguiente, no puede considerarse un estado de necesidad terapéutica, debe el profesional sanitario enfrentarse a la ardua labor de informar al paciente de su fatídico diagnóstico, pudiendo servirle de ayuda a tal efecto las técnicas compiladas en Siuran a Aparisi, Juan Carlos, *Voluntades anticipadas... op. cit.*, pp. 23-29.

⁴⁶³ Habida cuenta de la referencia genérica que el precepto hace a «las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho», se cuestionan Seuba Torreblanca y Ramos González sobre

«comunicará su decisión»: ¿a qué decisión se refiere la LAP, a la decisión del médico sobre el curso de la acción terapéutica a seguir o a su decisión de no informar al paciente por estimar aplicable el artículo 5.4 de dicho cuerpo legal? En el primer caso, correspondería al galeno resolver sobre el sometimiento del paciente a la actuación sanitaria propuesta mientras que, si se opta por considerar que el artículo 5.4 *in fine* LAP exige al médico la comunicación a los vinculados de su decisión de no informar al paciente, aún persistiría la incertidumbre sobre quién debe prestar el consentimiento informado, a saber, el médico o los vinculados al paciente. Bajo nuestro punto de vista, la decisión por el profesional sanitario resultaría absolutamente inaceptable por constituir una muestra de paternalismo injustificado ⁴⁶⁴, de manera que la única posibilidad que nos resta consiste en que la decisión corresponda a los vinculados al paciente, solución que debe partir irremediabilmente de una exégesis del artículo 5.4 LAP favorable a la necesidad de comunicar a los vinculados al paciente su información asistencial en los supuestos de necesidad terapéutica ⁴⁶⁵.

Ahora bien, si el paciente ha otorgado un documento de instrucciones previas con expresión de su voluntad sobre los cuidados a recibir en una situación hipotética coincidente con la que sufre ahora, nombrando a un representante para que tome las decisiones relativas a su salud en su nombre o, simple-

el alcance de dicha expresión: «¿Ello significa que el médico debe comunicar su decisión a todas aquellas personas que cumplan con estos vínculos y que se presten a ello? Y si no es así, ¿qué criterio debe seguir el médico para seleccionar a la persona destinataria de la información?» (Seuba Torreblanca, Joan Carles y Ramos González, Sonia, «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *InDret*, n. 2, 2003, p. 8).

⁴⁶⁴ La interpretación opuesta del artículo 5.4 LAP se deduce, sin embargo, de la siguiente cita de Seuba Torreblanca y Ramos González: «¿qué debe hacer el médico cuando ha decidido no informar al paciente, que, recordemos, es el titular del derecho a la información? Según el precepto citado [artículo 5.4 LAP], el médico podrá «actuar profesionalmente», lo que parece indicar que puede aplicar el tratamiento médico sin obtener el consentimiento previo del paciente e incluso el de las personas llamadas a prestarlo por representación, pues la excepción del beneficio terapéutico no constituye uno de los supuestos previstos en el art. 9.3 L 41/2002. Lo único que establece el art. 5.4 es la obligación del médico de comunicar «a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho» su decisión, mas no autoriza a éstas a prestar el referido consentimiento, como, en cambio, sí hace el art. 7 Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo» (Seuba Torreblanca, Joan Carles y Ramos González, Sonia, «Derechos y...» *op. cit.*, p. 8).

⁴⁶⁵ En favor de esta conclusión se postula el Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de Asisa-La vinia que sostiene que, en los supuestos de estado de necesidad terapéutica, «[l]a información será dada [...] a los familiares» –Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de Asisa-La vinia, *El consentimiento... op. cit.*, p. 71–. Por su parte, afirma Oliv a Blázquez que «el artículo 5.4 de la Ley 41/2002 no prevé ni siquiera que haya que dar noticia a los familiares del paciente cuando el médico decida no informarle por razones de necesidad terapéutica, algo que parece a todas luces sorprendente e injustificado» –Oliv a Blázquez, Francisco, «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en AA. VV., *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Carretero Espinosa de los Monteros, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, p. 51–.

mente, exponiendo su sistema de valores con el fin de que sean respetados en el proceso de adopción de sus decisiones sanitarias, ¿debe respetarse su voluntad anticipada? Partiendo de la regulación de las instrucciones previas contenidas en el artículo 11 LAP⁴⁶⁶, estimamos plenamente admisible su aplicación en los supuestos de necesidad terapéutica, habida cuenta de que, en virtud del primer párrafo del antedicho precepto, las mismas están pensadas para ser cumplidas en el momento en que su otorgante «llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente». Así, resulta obvio que las instrucciones previas son aplicables cuando el paciente no posee la capacidad natural necesaria para otorgar personal y actualmente su consentimiento informado. No obstante, creemos firmemente que también resultan de aplicación cuando concurre en el paciente un estado de necesidad terapéutica, porque, si bien es cierto que el mismo puede reunir las condiciones de capacidad natural suficientes para adoptar las decisiones relativas a su salud, igualmente cierto es que no tiene capacidad legal para expresar su voluntad personalmente sobre sus cuidados y tratamiento, pues, hallándose limitado (o excepcionado) su derecho a la información, no puede prestar el consentimiento informado exigido por el artículo 8 LAP. En otros términos, toda limitación o privación del derecho a la información asistencial del paciente conlleva, irremediablemente, la negación de su derecho al consentimiento informado (con independencia de que aquella limitación esté o no justificada⁴⁶⁷) y, en consecuencia, una imposibilidad para el paciente de adoptar por sí mismo las decisiones relativas a su salud, legitimándose, de este modo, la toma en consideración de sus instrucciones previas. Por tanto, coincidimos con Alventosa del Río al postular que en los supuestos de necesidad terapéutica:

«primero debería comprobarse si existe una voluntad [del paciente] manifestada en los documentos de voluntades anticipadas y representante nombrado al efecto, antes de comunicar la información a otras personas⁴⁶⁸.»

⁴⁶⁶ Dice el artículo 11.1 LAP como sigue: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.»

⁴⁶⁷ A la conclusión opuesta se llega haciendo una interpretación *a sensu contrario* de las palabras enunciadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera) y transcritas de seguido: «la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación».

⁴⁶⁸ Al ventosa del Río, Josefina, «El derecho...» *op. cit.*, p. 186.

Más problemas plantea la obligatoriedad de las instrucciones previas cuando el paciente declara en ellas su deseo de no ser informado en los supuestos de pronóstico fatal. En tales casos, cuando el paciente tiene capacidad natural suficiente para consentir y no se cumplen los requisitos del estado de necesidad terapéutica previstos en el artículo 5.4 LAP, no resulta el paciente incapaz (ni natural ni legalmente) para expresar personalmente su voluntad sobre los cuidados a recibir en el ámbito de su salud con lo que, interpretado en su más estricta literalidad el artículo 11.1 LAP, no serían aplicables las instrucciones previas que el paciente pudiera haber otorgado. Sin embargo, entendemos que tales instrucciones deberían ser respetadas en la situación descrita puesto que la solución contraria daría lugar a la absurda conclusión de que se ha de informar al paciente de modo coactivo para que pueda ejercitar su derecho a la autonomía; en otros términos, se impone la información al paciente para que pueda expresar su voluntad cuando, paradójicamente, ya había expresado previamente su deseo de no ser informado⁴⁶⁹. En puridad, en la situación descrita, las instrucciones previas no constituirían más que un instrumento a través del cual ejercitar anticipadamente el derecho a no ser informado que el artículo 4.1 LAP reconoce a toda persona. De esta suerte, juzgamos necesario que los profesionales sanitarios comprueben, cuando concurre un supuesto de pronóstico fatal y como exigencia para preservar el derecho a la autonomía de los pacientes, si éstos han otorgado un documento de instrucciones previas y, en caso afirmativo, si el mismo contiene alguna directriz que deba ser respetada en tal hipótesis.

Únicamente nos quedan por resolver los supuestos en que el paciente no otorga documento de instrucciones previas o, habiéndolo hecho, no prevé en el mismo situación hipotética alguna asimilable a la situación real que experimenta en la actualidad. En tales casos, entendemos que la posibilidad más «coherente»⁴⁷⁰ es la prestación del consentimiento por las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho⁴⁷¹, pues, generalmente, tienen

⁴⁶⁹ La Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente (BOE n. 269, de 10.11.2005), en su artículo 6.4, sirve de apoyo al posicionamiento por nosotros adoptado al afirmar: «En el documento de instrucciones previas los pacientes podrán manifestar anticipadamente su voluntad de no ser informados en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar una o varias personas a las que el médico deba informar.»

⁴⁷⁰ Murga Fernández, Juan Pablo, «El Consentimiento Informado del Paciente y la Responsabilidad Civil Médica», en AA. VV., *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, López Frías, Francisco Javier *et al.* (eds.), Fundación ETNOR para la Ética de los Negocios y de las Organizaciones: Generalitat Valenciana, Conselleria de Cultura i Educació: Universitat de València, 2013, p. 104.

⁴⁷¹ At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 72; García Garnica, María del Carmen, «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en AA. VV., *La responsabilidad civil por*

éstos un conocimiento más profundo del sistema de valores del paciente que el facultativo responsable de éste⁴⁷². No obstante, quedan excepcionados del principio general anterior los supuestos en que el paciente haya prohibido a sus vinculados el acceso a la información⁴⁷³. En tal hipótesis, al igual que en aquéllas en las que los vinculados al paciente no existan, no sean conocidos o no quieran decidir sobre el curso de la acción terapéutica que debe seguirse, la

daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas, 2.ª ed., Orti Vallejo, Antonio y García Garnica, María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 414; Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de ASISA-LAVINIA, *El consentimiento...* op. cit., p. 71. Ésta era la solución adoptada por la *American Medical Association* en la *Patient's Bill of Rights* (1973) (reemplazada en el año 2003 por la «Patient Care Partnership»), en virtud de la cual: «The patient has the right to obtain from his physician complete current information concerning his diagnosis, treatment, and prognosis in terms the patient can be reasonably expected to understand. When it is not medically advisable to give such information to the patient, the information should be made available to an appropriate person in his behalf.» Más recientemente, en el ámbito de la comunidad andaluza, adopta esta solución el Decreto 246/2005 de Andalucía, que, al regular en su artículo 5.3 el estado de necesidad terapéutica en supuestos en que el paciente es menor de edad, atribuye valor preferente a la opinión de los padres en caso de conflicto con el profesional sanitario en relación al curso de la acción a seguir. Literalmente, dice el precepto como sigue: «El derecho a la información del paciente menor de edad podrá restringirse excepcionalmente por criterio del facultativo, de acuerdo con el criterio del padre y de la madre, ante la posibilidad de que esta información pueda, por razones objetivas, perjudicar gravemente a su estado de salud, prevaleciendo en caso de conflicto la opinión de los padres de la persona menor de edad. Llegado este caso, el personal facultativo dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión al padre y la madre o representantes legales.»

⁴⁷² Al respecto, indica Graña Guillén: «¿Por qué son [los familiares] los mejor preparados para [definir el mayor beneficio del paciente]? Suele decirse que porque le quieren bien, etc. La razón, a mi entender, es otra. Se trata de que han convivido con el paciente y conocen, por tanto, sus valores, sus opciones de vida, lo que él considera beneficioso de acuerdo con su visión de la vida. Es más, se supone que la familia es una comunidad de valores e ideales, y que, por tanto los familiares no sólo conocen los valores e ideales del paciente sino que probablemente los comparten, al menos en una cierta medida. Los familiares, pues, tienen que establecer lo que es el mayor beneficio de una persona a la vista de los valores de esa persona. Aun cuando una persona no haya expresado claramente lo que desearía en la circunstancia en que se halla, es posible tomar una decisión en su mayor beneficio intentando ver si la decisión resulta acorde con los valores que han dado sentido y argumento a su vida, o si al menos o [sic] se opone a ellos» (Graña Guillén, Diego, «¿Privilegio terapéutico...?» op. cit., p. 113).

⁴⁷³ Sostiene Galán Cortés que «la obligación del médico de comunicar [su] decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, entendemos, conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 [LAP], que tal comunicación no deberá efectuarse en aquellos supuestos en que el propio paciente hubiere prohibido otorgar información a tales personas» (Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» op. cit., p. 12; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* op. cit., p. 640). Con igual posicionamiento se alinea Guerrero Zaplan a al afirmar que, «si el paciente hubiera hecho uso de la facultad que recoge el mismo artículo [5.1 LAP] y hubiera prohibido que se informara a cualquier persona, el hecho de que concurriera una circunstancia calificada como de estado de necesidad terapéutica no podría servir para levantar dicha prohibición, y el médico debería actuar sin informar, ni siquiera, a los parientes» (Guerrero Zaplan, José, *El consentimiento...* op. cit., p. 105). Cierto es que el artículo 5.1 LAP exige el permiso expreso o tácito del paciente para que las personas vinculadas al mismo por razones familiares o de hecho puedan recibir la información asistencial relativa al paciente, no bastando, por consiguiente, para informar a los vinculados con la mera inexistencia de una prohibición expresa del paciente en tal sentido. Ahora bien, en los supuestos de necesidad terapéutica reputamos imprescindible la realización de una exégesis laxa del mencionado precepto al objeto de evitar que, en la generalidad de los supuestos, se llegue a situaciones en las que la única solución posible sea la indeseada y paternalista decisión por el galeno.

decisión compete al profesional sanitario, y no al propio paciente, a quien no se le puede requerir *ex lege* la prestación de un consentimiento «desinformado» cuando, debido a su delicado estado de salud, no puede ni siquiera ser informado de la necesidad de someterse a una determinada actuación asistencial.

En suma, el facultativo no debe intervenir en el proceso decisorio más que cumpliendo con sus deberes informativos y, en su caso, aconsejando a los vinculados al paciente sobre la opción médicamente más recomendable; en consecuencia, no compete al profesional sanitario la toma de la decisión correspondiente sobre el curso de la acción terapéutica a seguir, ni actuando de forma aislada ni conjuntamente con los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho⁴⁷⁴, salvo, evidentemente, que el paciente haya prohibido la información a sus vinculados, en cuyo caso debe el médico «actuar sin informar, ni siquiera, a los parientes»⁴⁷⁵.

6.2 Renuncia del paciente a recibir la información asistencial

El derecho a la información asistencial de que es titular el paciente posee una vertiente negativa, encarnada en el derecho a que se respete su voluntad de no ser informado (*right not to know*⁴⁷⁶) que le reconocen los artículos 4.1 y 9.1 LAP⁴⁷⁷. La renuncia del paciente a recibir su información asistencial no entraña, en modo alguno, una excepción al derecho a la información del paciente,

⁴⁷⁴ Por el contrario, se posiciona Marín Palma a favor de la codecisión de médico y familiares del paciente sobre el curso de la acción a seguir en los supuestos de necesidad terapéutica cuando el paciente no pueda ser informado directamente ni siquiera repensando el contenido, la forma y el momento de dicha información (Marín Palma, Enrique, «El privilegio...» *op. cit.*, p. 681).

⁴⁷⁵ Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento...* *op. cit.*, p. 105.

⁴⁷⁶ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1986.

⁴⁷⁷ La Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de la Organización Mundial de la Salud (Ámsterdam, 1994), reconoce, en su párrafo 2.5, el derecho de los pacientes a no ser informados, según su petición explícita, reiterándose en el Convenio de Oviedo (artículo 10.2) el deber de respetar la voluntad de una persona de no ser informada. El Código de Deontología Médica de 2011 se hace eco de tal deber en el apartado segundo de su artículo 15. Por su parte, la *Supreme Court of Carolina* establece, en el asunto *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (*Supreme Court of Carolina*, 27.10.1972), que el médico «need not make disclosure of risks when the patient requests that he not be so informed». De esta suerte, el Tribunal exime al médico de responsabilidad en caso de no informar al paciente de los riesgos de los que éste manifiesta no desear ser informado, sin clarificar, sin embargo, qué ocurre en caso de que el médico, pese a la negativa del paciente, le informe de tales riesgos; en otros términos, ¿puede el médico respetar la voluntad del paciente de no ser informado o debe hacerlo? Únicamente si se aboga por el deber del médico en tal sentido, implicaría el fallo de referencia el reconocimiento al paciente de un derecho a no ser informado.

sino, por el contrario, el ejercicio por éste de su vertiente negativa, que integra su contenido esencial⁴⁷⁸. Ahora bien, sí que resulta excepcionado en estos casos el deber del facultativo de suministrar la información asistencial al paciente que a ella renuncia, sin perjuicio de que, en virtud del artículo 5.1 LAP, haya aquél de informar a los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho en la medida que éste lo haya permitido expresa o tácitamente⁴⁷⁹.

El artículo 9.1 LAP exige que la voluntad del paciente de no ser informado se manifieste expresamente y que se deje constancia documental de la misma⁴⁸⁰. La única forma de cohonestar la manifestación «expresa» de la renuncia a la información con su «constancia documental» es admitir que la renuncia puede exteriorizarse verbalmente o por escrito, si bien en el primer caso el médico debe

⁴⁷⁸ Gómez Sánchez, Yolanda, Voz «Derecho a no saber (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 596. Sobre el particular, postula Arcos Vieira que: «la premisa de que el derecho a no ser informado es consecuencia lógica del derecho a serlo es incorrecta. De la misma forma que no existe un «derecho a no redactar un documento de voluntades anticipadas», un «derecho a no rechazar un tratamiento» o un «derecho a no otorgar el consentimiento informado» junto a los correspondientes en positivo, tampoco cabe dar por sentado que existe un «derecho a no ser informado» por la sola circunstancia de que exista el derecho a serlo. Los derechos formulados en positivo (derecho a ser informado, derecho a consentir) constituyen verdaderos derechos subjetivos: representan poderes jurídicos que atribuyen a su titular un margen de libertad de actuación, respaldada por el ordenamiento, en defensa de un interés legítimo; pueden hacerse valer frente a un sujeto pasivo a quien compete contribuir a su satisfacción a través del deber correspondiente; y admiten medios de reacción ante su incumplimiento» –Arcos Vieira, María Luisa, «Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un «derecho a no saber» aplicado a la información clínica», en AA. VV., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Arcos Vieira, María Luisa (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 45–. Bajo nuestro punto de vista, si bien suscribimos la opinión de Arcos Vieira expresada en los términos reproducidos, admitimos la existencia de un derecho del paciente a no ser informado, no por mera derivación o como consecuencia lógica de su derecho a ser informado, sino por reconocimiento expreso del artículo 4.1 LAP, a tenor del cual «toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.» En contra, señala Arcos Vieira que: «La posibilidad del titular del derecho a ser informado de no hacer uso de tal facultad y permanecer ignorante no es, en sí, un «derecho», sino un interés que resulta jurídicamente protegido a través de aquel, pero de forma indirecta. La ignorancia es el punto de partida: el derecho lo es a recibir la colaboración necesaria para salir de ella y gestionar con criterio la propia esfera jurídica. Cuando el sistema ofrece tal colaboración en forma de derecho a exigirla (y consiguiendo deber de proporcionarla), la opción por no hacerlo es sólo manifestación de la libertad que aquel derecho avala, pero en ningún caso puede elevarse a la categoría del poder jurídico del que emana» (Arcos Vieira, María Luisa, «Consentimiento no...» *op. cit.*, p. 65).

⁴⁷⁹ Coincidimos con de Mont al vo Jääskeläinen *et al.* en la necesidad de interpretar restrictivamente la renuncia del paciente a recibir su información asistencial, debiendo presumirse su voluntad de ser informado salvo, evidentemente, declaración en contrario del propio paciente; por tanto, «el hecho de que el paciente se haya negado a conocer su diagnóstico o pronóstico en determinado momento no permite presumir que no lo quiera conocer ya nunca más o no quiera conocer nada de su proceso» (de Mont al vo Jääskeläinen, Federico *et al.*, *La Medicina... op. cit.*, p. 33).

⁴⁸⁰ En su literalidad, dice el artículo 9.1 LAP: «La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.» Declaración expresa del deseo del paciente de no recibir la información exige también el apartado (1) (b) del artículo IV. C.-8:107 DCFR.

dejar testimonio de la renuncia en la historia clínica del paciente⁴⁸¹; en otros términos, carece de toda lógica interpretar la necesaria constancia documental de la renuncia como una exigencia de escritura en su declaración, habida cuenta de que, si tal hubiera sido la voluntad del legislador, el artículo 9.1 LAP exigiría su manifestación por escrito, en lugar de «expresamente» y con constancia documental⁴⁸². Ni que decir tiene que, aunque la LAP no lo advierta de modo explícito, el paciente puede revocar en cualquier momento su previa renuncia a la información asistencial, exigiendo la lógica para ello el mismo requisito de forma que el art. 9.1 LAP impone para formalizar la renuncia, esto es, que se manifieste expresamente, ya sea de modo verbal o por escrito, y que se deje constancia en la historia clínica, si bien diversa legislación autonómica exige que la revocación de la renuncia a recibir información revista forma escrita⁴⁸³.

Ahora bien, pese a que el artículo 8.1 LAP hace depender la validez del consentimiento informado prestado por el paciente de la previa entrega de la información asistencial legalmente exigida, el artículo 9.1 LAP afirma que, aun cuando el paciente ejercite su derecho a no ser informado, es él quien ha de prestar el consentimiento previo (evidentemente, desinformado o consentimiento «a secas»⁴⁸⁴) para la intervención, no pudiendo alegar *a posteriori*, obviamente, que su consentimiento está viciado por error, al haber renunciado él mismo a recibir

⁴⁸¹ En este sentido, defiende García Garnica que, «[p]ara ser válida, la renuncia a la información del paciente deberá ser clara e inequívoca, y no meramente presunta, debiendo quedar constancia de ésta en su historia clínica» (García Garnica, María del Carmen, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 412).

⁴⁸² Alguna normativa autonómica exige que la renuncia conste por escrito. Por todas, Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 42.3); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 9.3) y Ley 3/2005 de Extremadura en sus artículos 4.5 y 29, estableciendo este último: «El paciente podrá renunciar a recibir información, expresándolo por escrito [...]». Por su parte, la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana exige, en su artículo 6.4, que los pacientes dejen constancia «escrita o indubitada» de su deseo de no ser informado. En la doctrina, defiende Fernández Zapat a la posibilidad para el paciente de renunciar tácitamente a la información: «entiendo que no existe ningún inconveniente a que así sea en el inicio del proceso de comunicación, aunque el facultativo que deduce esa voluntad del paciente, deberá recabar la renuncia formal a efectos de evitar incurrir en posibles responsabilidades» (Fernández Zapat a, Francisca Isabel, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 21).

⁴⁸³ Por todas, Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 9.3); Ley 3/2009 de la Región de Murcia (artículo 32.1) y Ley 8/2003 de Castilla y León, cuyo artículo 19, si bien no impone que el paciente manifieste su renuncia por escrito (ni siquiera exige que sea expresa), sino únicamente que se deje constancia de la misma en su historia clínica, sí que impone la escritura como forma que debe revestir la revocación de tal renuncia: «Los centros, servicios y establecimientos sometidos a la presente Ley respetarán la voluntad de la persona cuando ésta desee no ser informada, dejando constancia escrita de tal renuncia en la historia clínica, situación que podrá ser revocada por escrito en cualquier momento [...]». Bajo nuestro punto de vista, carece de absoluto sentido la exigencia de la forma escrita como requisito de validez de la revocación, más aún en aquellos casos en los que la renuncia se haya manifestado verbalmente.

⁴⁸⁴ Murga Fernández, Juan Pablo, «El Consentimiento...» *op. cit.*, p. 103. En tal hipótesis, señala Ataz López, el consentimiento prestado por el paciente estaría basado en la confianza que el médico inspira al enfermo, siendo precisamente esa confianza la que motiva la renuncia a la información (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 74).

aquella información que, debidamente suministrada, hubiera evitado el vicio. Sin embargo, no hallamos óbice que imposibilite la representación voluntaria en el caso descrito, pudiendo el paciente designar, mediante una declaración verbal o escrita (en documento público o privado) que debe comunicarse al equipo médico para su constancia en la historia clínica, a aquellas personas que han de prestar el consentimiento informado en su nombre⁴⁸⁵. De hecho, puede el paciente nombrar como su representante, incluso, al profesional sanitario que lo asiste, como admiten Simón Lorda y Júdez Gutiérrez:

«puede ser perfectamente legítimo que una persona rechace el contenido de la información y pida al profesional que decida por él, pues ello es un acto de autonomía moral, siempre y cuando previamente se haya ofrecido explícita y activamente la conveniencia de recibir esa información y de decidir conjuntamente⁴⁸⁶.»

⁴⁸⁵ En esta línea, declara el artículo 6.2 Ley de Muerte Digna de Andalucía: «Cuando, a pesar del explícito ofrecimiento de información asistencial por los profesionales sanitarios implicados en la atención de los pacientes, estos rechacen voluntaria y libremente el ser informados, se respetará dicha decisión, haciéndoles ver la trascendencia de la misma, y se les solicitará que designen una persona que acepte recibir la información y tomar las decisiones en su representación.» *Vid.* también el artículo 27.6 Ley 12/2001 de Madrid. La LAP, por su parte, no contiene una previsión semejante, pese a lo cual entendemos perfectamente aplicable la representación voluntaria en las situaciones descritas, conclusión extensible a los supuestos en que el paciente ha otorgado un documento de instrucciones previas designando a una determinada persona como su representante en la adopción de sus decisiones en salud. Con relación a esta última hipótesis, permite el artículo 11 LAP la designación, en un documento de instrucciones previas, de «un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor [del otorgante] con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.» De las palabras reproducidas surge el interrogante sobre el papel que puede desempeñar el representante en la adopción de las decisiones relativas a la salud del otorgante del documento; esto es, ¿puede el disponente atribuir facultades decisorias al representante o se ha de limitar éste a actuar como simple garante de las instrucciones y/o valores que aquél haya podido plasmar en el documento? A nuestro parecer, se debe respetar la decisión del otorgante que designa en instrucciones previas a un representante para que le sustituya en la adopción de las decisiones relativas a su salud, evidentemente, actuando en interés de aquél y respetando las instrucciones y valores que hubiera podido plasmar en el documento. Lo contrario conduciría a la prestación del consentimiento por representación conforme a las reglas generales del artículo 9.3 LAP, atribuyéndose la facultad de decidir a personas que pueden no coincidir con el representante nombrado en instrucciones previas, pese a que dicha designación resulta más que representativa de la íntima confianza que el otorgante tiene depositada en el representante. Con esta tendencia se alinean Ordellín Font, Jorge Luis, «¿Representación voluntaria de los derechos inherentes a la personalidad?: Consideraciones para un debate desde el ordenamiento jurídico cubano», *Universitas*, n. 127, 2013, p. 270; Parra Lucán, M.ª Ángeles y Arenas García, Rafael, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Ponencias del XV Encuentro del foro de Derecho aragonés*, 2005, disponible en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863_voluntades%20anticipadas.pdf (última consulta el 10.1.2018), p. 84. La opinión contraria sostienen otros autores a entender de los cuales el representante designado en instrucciones previas debe actuar como una suerte de «albacea sanitario», limitándose a garantizar el cumplimiento de la voluntad del otorgante plasmada en el documento. Por todos, Velasco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica...* *op. cit.*, p. 175; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 140; Moreno Ariza, Javier, «Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 63, n. 2093, 2009, p. 2274.

⁴⁸⁶ Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 49.

Por último, debemos añadir que el artículo 9.1 LAP establece diversos límites a la renuncia del paciente a recibir información al objeto de «proteger el ejercicio libre de otros derechos o de valores, principios y bienes colectivos igualmente reconocidos por el ordenamiento jurídico»⁴⁸⁷; de esta suerte, quedaría el derecho a no saber limitado por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso⁴⁸⁸. Ahora bien, la efectividad del derecho a no saber legalmente reconocido a todo paciente requiere de una interpretación teleológica del antedicho precepto, es decir, una exégesis que no ignore la voluntad del legislador de reconocer al paciente un derecho que éste pueda ejercitar en la práctica de modo efectivo. Por consiguiente, debe huirse de interpretaciones excesivamente generosas de los referidos límites que vacíen de contenido el derecho a no saber, habida cuenta de que cualquier información puede desplegar potencialmente beneficios para la salud del paciente, tanto en el momento actual como en el futuro, pues el conocimiento de su situación, no sólo posibilita la prestación de su consentimiento a la actuación médica indicada, sino que resulta esencial para que pueda acudir en la búsqueda de las nuevas terapias que puedan desarrollarse en el futuro para el tratamiento de la enfermedad que padece o para adoptar ciertas medidas que puedan contrarrestar su predisposición genética a padecer determinados procesos patológicos⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Gómez Sánchez, Yolanda, Voz «Derecho a...» *op. cit.*, p. 598.

⁴⁸⁸ Estas limitaciones al derecho a no saber, que ya pueden inferirse de los artículos 10 y 26 del Convenio de Oviedo, constituyen una suerte de «estado de necesidad terapéutica inverso», pues, mientras que el artículo 5.4 LAP concibe el estado de necesidad terapéutica como una facultad del médico para actuar sin informar previamente al paciente ante la creencia, sustentada en razones objetivas, de que tal información puede perjudicar la salud del paciente de modo grave, el artículo 9.1 LAP limita el derecho a no saber en aquellos supuestos en que la ausencia de información pueda causar un daño a la salud del paciente o de terceros (Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 28; Guerrero Zaplan a, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 94). Más restringido es el alcance de las limitaciones al derecho a no saber contempladas en el apartado (1) (b) del artículo IV. C.-8:107 DCFR, según el cual la obligación médica de informar se excepciona en los supuestos en que el paciente manifieste de forma expresa su deseo de no ser informado «provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties» o, como añaden los comentarios, por razones de interés público—Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1986—. De este modo, conforme al DCFR, no puede limitarse el derecho a no saber del paciente en interés de su propia salud o por las exigencias terapéuticas del caso.

⁴⁸⁹ Vid. Romeo Casabon a, Carlos María *et al.*, «Información y consentimiento», en AA. VV., *La ética y el Derecho ante la Biomedicina del futuro*, Romeo Casabon a, Carlos María (dir.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 33-34; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 644, nota al pie n. 52; Arcos Vieira, María Luisa, «Consentimiento no...» *op. cit.*, p. 63. Podría parecer que, en previsión del alcance potencialmente desbordante de los límites al derecho a no ser informado previstos en la LAP, la Ley 3/2005 de Extremadura establece unos límites

6.3 **¿Otras excepciones?: riesgo para la salud pública, situaciones de emergencia y existencia de un vínculo de parentesco, afectividad o amistad entre médico y paciente**

En el capítulo que sigue de nuestra obra, dedicado al estudio de la regulación jurídico-positiva y jurisprudencial del consentimiento informado, estudiamos con detalle los supuestos, previstos en el artículo 9.2 LAP, en los que el legislador estatal faculta al médico para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento, a saber, cuando existe riesgo para la salud pública o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. En tales supuestos se excepciona el derecho del paciente al consentimiento informado y el consiguiente deber del médico de recabarlo antes de realizar toda actuación en el ámbito de su salud. Ahora bien, en el presente apartado nos cuestionamos si en las referidas situaciones se excepciona también el derecho a la información asistencial cuya titularidad ostenta el paciente *ex* artículos 4 y 5 LAP.

De un lado, entendemos que el derecho a la información asistencial del paciente debe quedar incólume en los supuestos en los que el tratamiento o intervención se haya de imponer coactivamente por suponer su omisión un riesgo para la salud pública (verbigracia, una vacunación obligatoria para evitar el riesgo de contagio de una enfermedad contagiosa), debiendo el facultativo suministrar al paciente la información exigida por el artículo 4.1 LAP, pese a que no se requiera su consentimiento como requisito legitimador de la actuación médica⁴⁹⁰.

De otro lado, las situaciones de emergencia únicamente excepcionan el derecho del paciente al consentimiento informado cuando no es posible conseguir su autorización por la inmediatez del grave riesgo que existe para la integridad física o psíquica del enfermo –artículo 9.2.b) LAP–. Obviamente, el precepto se aplica sólo cuando el paciente se encuentra en un estado de incapacidad natural o de hecho que le inhabilita para la prestación de su consentimiento informado, no siendo posible la obtención del consentimiento por representación debido a la inmediatez del riesgo que para la

propios con un radio de acción potencial más restringido en su artículo 4.5 *in fine*, al declarar que el derecho a no ser informado «no se reconocerá cuando exista alto riesgo de posibilidad de transmisión de una enfermedad grave, debiendo motivarse tal circunstancia en la historia clínica.» Sin embargo, en su artículo 29, la Ley reitera los límites que a la renuncia a recibir información contempla la legislación estatal, constituyendo la limitación prevista en el artículo 4.5 *in fine* de la norma autonómica una manifestación concreta de la restricción en interés de terceros y de la colectividad prevista más adelante.

⁴⁹⁰ Berrocal Lanzarot , Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, pp. 91-92.

salud física o psíquica del paciente concurre. Por tanto, las situaciones de emergencia no sólo constituyen una excepción al derecho del paciente al consentimiento informado, sino, también, a su derecho a la información asistencial, debiendo el paciente ser informado, como señala el artículo 32.3 Ley 3/2009 de la Región de Murcia, «tan pronto como se haya superado la situación de urgencia, y sin perjuicio de que mientras tanto se informe a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho»⁴⁹¹. Distinta sería la situación en los supuestos de urgencia, en los que la inmediatez y gravedad del daño se reducen, de modo que el facultativo conserva el deber de informar al paciente y obtener su consentimiento antes de actuar, si bien la mayor o menor inminencia y seriedad del riesgo que acecha la salud del paciente determina la cantidad y calidad de la información que se le ha de proporcionar para que cumpla las condiciones de adecuación exigidas por el artículo 4.2 LAP⁴⁹².

Por último, no queda excepcionado ni limitado el derecho a la información del paciente por el mero hecho de hallarse éste unido al médico por un vínculo de parentesco, afectividad o amistad. Esta conclusión la explicita el Juzgado de Primera Instancia n. 3 de Vigo en su sentencia de 22 de diciembre de 2005⁴⁹³, dictada en el seno de un procedimiento en el que la demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad por los daños sufridos de resultados de la sección del nervio espinal en el curso de una cirugía para extirparle un

⁴⁹¹ Vid. también Ley 3/2009 de la Región de Murcia –artículo 45.2.b)–; Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana –artículo 10.c) *in fine*– y Ley Foral 17/2010 de Navarra –artículo 50.1.b) *in fine*–. Al respecto, establece el apartado (2) del artículo IV. C.-8:107 DCFR: «The obligation to inform need not be performed where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later.» Coincidimos con Ramos González en que, si bien «[d]el precepto queda claro que la mera situación de urgencia justifica la falta de información [...] los comentarios parecen exigir además que el paciente se encuentre en una situación de inconsciencia o de incapacidad física o mental transitoria que le impida recibir y comprender la información. Esa interpretación es coherente con el Art. IV. C.-8:108 DCFR que sólo faculta al médico a intervenir en situaciones de urgencia sin obtener el consentimiento informado del paciente cuando éste no sea capaz de prestarlo» –Ramos González, Sonia, «IV. C.-8:107: Excepciones a la obligación de información», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Vaquer Alo y, Antoni *et al.*, (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 1352–.

⁴⁹² Martín Bernál, José Manuel, *Responsabilidad médica... op. cit.*, p. 363. Con este posicionamiento se alinean los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:105 DCFR, en virtud de los cuales: «The more urgent the treatment is, the less information needs to be provided. When a patient needs immediate treatment, information will be scarce in the pre-treatment phase; when immediate treatment is not required, the extent of the information to be disclosed will be greater» –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1970–.

⁴⁹³ AC 2006\208.

quiste sebáceo cuello, intervención practicada por el demandado, médico especialista en urología y marido de la paciente. Literalmente, dice el Juzgado:

«No puede considerarse acreditada la existencia de [la] información [exigida por el artículo 10.5 LGS] sin que sirva de justificación tal [sic] ausencia el hecho de que quién practicó la intervención quirúrgica fuera el marido de la demandada. En cualquier caso, si bien es cierto que tal como ha sentado el Tribunal Supremo la exigencia de que aparezca por escrito la prestación del consentimiento lo es meramente «ad probationem» no es menos cierto que se debe probar por el médico que efectivamente se ha llevado a cabo la información adecuada aunque sea de manera verbal y ello con independencia de quienes sean o las relaciones de amistad, afectividad o parentesco que se tenga entre el médico y el paciente, toda vez que por encima de ello se encuentra el derecho individual de cada persona para decidir sobre su salud.»

CAPÍTULO III

CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo vamos a realizar un estudio en profundidad de la institución central de nuestra obra, a saber, el consentimiento informado, definido en el artículo 3 LAP como:

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

Son innumerables las definiciones que del consentimiento informado proponen tanto la doctrina⁴⁹⁴ como la legislación autonómica⁴⁹⁵ y la jurisprudencia.

⁴⁹⁴ Por todos, Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 64; Gallardo Castillo, María Jesús, «Consentimiento informado...» *op. cit.*, p. 101; Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 97; Peláyo González-Torre, Ángel, «La intervención del Derecho en la actuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2010, p. 197; Aguirre Gas, Héctor Gerardo, «Ética médica, consentimiento informado», *CONAMED*, vol. 7, n. 3, 2002, p. 66; Gara y, Alain, *Gestión jurídica del riesgo (Medical risk legal management)*, CTO Medicina, Madrid, 2013, p. 202; Suárez Guerra, Ana María *et al.*, «El consentimiento informado y su imposición en la labor de enfermería», *Revista de Enfermería*, n. 6 (1), 2012, p. 52; González Hernández, María Encarnación y Castellano Arroyo, María, «El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual», *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 38, n. 3, 2012, p. 101; Medrano Aranguren, Adelaida, «El consentimiento informado, la medicina satisfactiva y la curativa», *CEFLEGAL: Revista Práctica de Derecho*, n. 196, 2017, p. 111; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*; Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, «El consentimiento informado en la práctica médica», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n. 79, 2012, pp. 746-747; Comité de Ética de la SECPAL, «Consentimiento informado...» *op. cit.*, p. 95; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de... op. cit.*, p. 12. En la literatura anglosajona, Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 278; Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent... op. cit.*, p. 3. Incluso la Real Academia Española propone una definición de consentimiento informado, entendiéndolo como el «consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitírle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.»

⁴⁹⁵ Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía; Ley 3/2001 de Galicia (artículo 3.1); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.1) y Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 23.1).

dencia⁴⁹⁶, observándose en ellas una tendencia mayoritaria (coincidente con la postulada por la legislación estatal) a considerar el consentimiento informado como la autorización autónoma (libre, voluntaria y consciente) del paciente para que le sea realizada una actuación sanitaria. No obstante, si bien es cierto que el consentimiento informado del paciente se exige con carácter previo a toda actuación en el ámbito de su salud, *ex* artículos 2.2 y 8.1 LAP⁴⁹⁷, como requisito de legitimación de la actuación del facultativo⁴⁹⁸ y aplicación concreta del brocardo latino *noli me tangere*, hemos de tener presente en todo momento que el paciente puede decidir, recibida la información prevista en el artículo 4 LAP y valoradas las opciones del caso, no someterse al procedimiento médicamente recomendado. En tal supuesto, la decisión del paciente, lejos de legitimar la actuación médica, la excluye, quedando a salvo aquellas situaciones en las que existan razones de salud pública que exijan desatender la voluntad de rechazo del paciente⁴⁹⁹. Por ello, entendemos que la expresión «consentimiento informado» no encarna todas las posibilidades permitidas por la institución (concretamente, el rechazo a la actuación médica), razón por la que consideramos de mayor rigor técnico la denominación propuesta por Castaño de Restrepo, a saber, «decisión jurídica e informada del paciente»⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ El Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera), define el consentimiento informado como «una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas.»

⁴⁹⁷ Con anterioridad a la LAP, es la LGS el primer texto legal que, en su hoy derogado artículo 10.6, reconoce a todos el derecho a prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario, quedando a salvo los supuestos descritos por el propio precepto, a saber, la existencia de riesgo para la salud pública en caso de no intervención, la incapacidad del paciente para la adopción de decisiones y la concurrencia de una situación de emergencia.

⁴⁹⁸ Reproduciendo a de Mont al vo Jääskeläinen, «el consentimiento informado es la justificación de la legitimidad del acto médico, basado en el derecho del paciente a su autonomía o autodeterminación» (de Mont al vo Jääskeläinen, Federico, *Muerte digna y constitución: los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009, p. 74).

⁴⁹⁹ *Vid. infra*, apartado 5.1 del presente capítulo de nuestra obra.

⁵⁰⁰ Castaño de Restrepo, María Patricia, Voz «Consentimiento (jurídico)» *op. cit.*, p. 456: «si se emplea [la expresión consentimiento] como sinónimo de aceptación, se está desconociendo que el paciente autónomo también puede en muchos casos, rechazar válidamente la aplicación de un procedimiento o tratamiento, y que dicha voluntad negativa del paciente también produce efectos jurídicos y bien importantes, por ello criticamos que muchas normas de diferentes países, incluido el nuestro, sólo se refiera a la voluntad del paciente en señal de aceptación, utilizando para ello el término consentimiento. Si se utiliza la expresión consentimiento como sinónimo de acuerdo de voluntades, resulta totalmente inapropiado por obvias razones, ya que al hablar de consentimiento del paciente, sólo se está haciendo alusión a la voluntad de éste, y no al acuerdo de voluntades de quienes puedan ser «partes» en una relación contractual sanitaria. También es inadecuada la utilización de dicha expresión, porque muchas veces simplemente lo que hay es una adhesión del paciente a las condiciones propuestas por la otra parte en el contrato [...]. Por todo lo expresado pensamos [...] que en estricto rigor jurídico, dicha teoría se debería llamar [...] «decisión jurídica e informada del paciente.»» Abundando en esta línea, sostiene Simón Lorda que: «El que la teoría del consentimiento informado haya tomado precisamente este nombre, «consentimiento informado», ha

Por otra parte, pese a que el artículo 8.1 LAP exige el consentimiento informado del paciente con motivo de toda actuación en el ámbito de su salud, y a que ese mismo cuerpo legal, en su artículo 3, define «intervención en el ámbito de la sanidad» como «toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación», en modo alguno hemos de incurrir en la desacertada convicción de que el consentimiento informado no constituye un requisito legal previo a la realización de procedimientos de medicina satisfactiva por no perseguir éstos ninguno de los fines contemplados en el artículo 3 LAP, sino la consecución de una mejora estética o funcional, constituyendo doctrina reiterada del Tribunal Supremo la exigencia del consentimiento informado también en los supuestos de medicina voluntaria⁵⁰¹.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento, podemos definir el consentimiento informado como el derecho personalísimo⁵⁰² del paciente (o cliente, en medicina satisfactiva) a decidir de forma autónoma (libre, voluntaria y

hecho que todo el mundo se centre en la idea de que de lo que se trata es de la manera en que los pacientes autorizan a los profesionales sanitarios a que actúen sobre su cuerpo. Sin embargo, esta perspectiva está sesgada, porque de lo que habla, en realidad, la «teoría del consentimiento informado» es del derecho a realizar «decisiones informadas» y éstas pueden ser de aceptación o de rechazo a los procedimientos sanitarios propuestos» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, pp. 253-254).

⁵⁰¹ Por todas, SSTs de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7272; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4667; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 12 de marzo de 2008 (RJ 2008\4045; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez) y 15 de febrero de 2017 (RJ 2017\583; Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana). Este planteamiento puede sostenerse sobre la base del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, cuyo parágrafo 34 postula que: «El término «intervención» se entiende en su más amplio sentido, [y] comprende todos los actos médicos, especialmente las intervenciones practicadas con fines preventivos, diagnósticos, de tratamiento, rehabilitadores, o de investigación»; de esta suerte, al establecer el artículo 5 del Convenio de Oviedo la exigencia del libre e informado consentimiento de la persona afectada previamente a la realización de una intervención en el ámbito de la sanidad, ha de entenderse tal requisito referido «especialmente», pero no únicamente, a las intervenciones que persigan «fines preventivos, diagnósticos, de tratamiento, rehabilitadores o de investigación» y, en consecuencia, también a las intervenciones que persigan una finalidad estética o funcional. Por último, debemos aclarar, por obvio que pueda parecer, que, si bien el derogado artículo 10.6 LGS exigía el previo consentimiento escrito del paciente para la realización de «cualquier intervención», tal expresión no podía entenderse limitada exclusivamente a las intervenciones quirúrgicas. En este sentido, Blas Orbán , Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 81.

⁵⁰² Vid. STSJ Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009 (JUR 2009\258310; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraile). A la calificación jurídica del consentimiento informado como derecho personalísimo del paciente se opone Simón Lorda , para quien «[d]ebería ser considerado, en todo caso, un acto, llamémosle así, *cuasi-personalísimo*. Ello implica aceptar que, si bien es un acto donde entran en juego bienes jurídicos personales y derechos de la personalidad y para el que se exige, además de *capacidad legal*, suficiente *capacidad de hecho* demostrada, lo cierto es que en él es posible la representación si

conscientemente), con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, su sumisión o rechazo a la misma. Esta decisión la debe adoptar el paciente tras interactuar con el profesional sanitario en un proceso dialógico continuado en el que éste debe comunicar y explicar a aquél la información prevista en el artículo 4 LAP, exigiéndose en ocasiones la constancia por escrito de la información y el consentimiento, si bien como requisito *ad abundantiam* y, en ningún caso, sustitutivo del inexcusable diálogo de carácter informativo que médico y paciente deben mantener.

Finalmente, y antes de adentrarnos en el análisis en profundidad de la regulación jurídico-positiva y jurisprudencial del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español, resulta inapelable la referencia al rango de derecho fundamental que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional otorgan al consentimiento informado en calidad de «consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia»⁵⁰³ o, en otros términos, por su «inherencia»⁵⁰⁴ a tales derechos. Así, pese a que la CE no recoge el consentimiento informado en el elenco de derechos fundamentales contemplados en los artículos a 14 a 29 y 30.2, nuestra más eminente jurisprudencia lo eleva a la categoría de derecho fundamental por derivación de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia⁵⁰⁵, de suerte que «el consentimiento informado se constituye como mecanismo de garantía para el derecho

la condición de capacidad no se cumple» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia...* *op. cit.*, pp. 318-319).

⁵⁰³ SSTs de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) y 19 de junio de 2007 (RJ 2007\5572; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

⁵⁰⁴ STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera). Este pronunciamiento judicial es comentado en Moure González, Eugenio, «El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, n. 7912, Sección Doctrina, Año XXXIII, Ref. D-297, ed. digital, pp. 1-13.

⁵⁰⁵ A juicio de nuestro Tribunal Constitucional, no deriva el derecho al consentimiento informado del derecho a la libertad previsto en el artículo 17.1 CE porque «la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física». La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad de actuación o una libertad general de autodeterminación individual [...]» –STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera)–. Esta solución contrasta con la adoptada por el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n. 194/2004, de 17 de junio de 2004, en el que declara que, pese a que en el momento de practicarse la intervención quirúrgica de la que deriva el daño para el paciente no se ha promulgado aún la LGS, el consentimiento informado es exigible en el supuesto enjuiciado a tenor del artículo 17 CE. Abunda en esta línea Villar Rojas cuando afirma que «el consentimiento informado hunde sus raíces en el derecho a la libertad personal (art. 17. C. E.)» (Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Wolters Kluwer, Madrid, 2002, p. 161).

a la integridad física y moral y su omisión supone una lesión del derecho fundamental»⁵⁰⁶.

2. OBLIGADO A RECABAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En el capítulo anterior postulamos que el deber de informar al paciente incumbe al profesional sanitario que va a practicar una determinada intervención o a aplicar un cierto tratamiento, correspondiendo al médico responsable del paciente el deber de propiciar la información y supervisar, en la medida de sus posibilidades, que el derecho a la información del paciente ha sido satisfecho de modo efectivo⁵⁰⁷. En el presente epígrafe nos interrogamos sobre la titularidad del deber de recabar el consentimiento informado del paciente con carácter previo a toda actuación en el ámbito de su salud. La LAP no resuelve

⁵⁰⁶ Reyn al Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 56. Vid. también Corchete Martín, María José, «El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 78-79: «Teniendo en cuenta que el consentimiento informado constituye un aspecto sustancial del derecho a la integridad y que, por tanto, su ausencia «difuminaría» su contenido esencial, podemos concluir diciendo que, a nuestro parecer, estamos ante un auténtico derecho fundamental». Sin embargo, la elevación del consentimiento informado a la categoría de derecho fundamental no está exenta de reproche en el seno de nuestra doctrina. Así, afirma Corbella i Duch que dicha nominación responde a «cierta exageración bienintencionada» (Corbella i Duch, Josep, *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 141), mientras que Pulido Quecedo aduce el brocardo *tertium non datur* para justificar la necesidad de preservar la calificación de derechos fundamentales «para las cosas que lo son» (Pulido Quecedo, Manuel, «El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 1, 2001, p. 1852) y de las Heras García postula que la catalogación jurisprudencial del consentimiento informado como derecho humano fundamental resulta «desmedida», habida cuenta de su innecesariedad para obtener una reparación en caso de resultar vulnerado y la disminución de la fuerza moral y jurídica de los derechos fundamentales que conllevaría la ampliación excesiva de su catálogo (de las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, pp. 701-707). Por su parte, defiende Rovira Viñas que el consentimiento informado no es un derecho fundamental sino «una garantía, un procedimiento, una técnica, si se quiere incluso un principio que garantiza los derechos fundamentales del paciente en sus relaciones con la sanidad», esto es, un procedimiento de garantía, no únicamente del derecho a la integridad física, sino de «todos aquellos derechos fundamentales del paciente que pueden verse afectados por [las] actuaciones médicas» (Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 24-25 y 111). Refiriéndose a este autor, postula Sardinero García que, si bien coincide con él en que «el consentimiento informado no es un derecho fundamental; más bien un principio que garantiza los derechos fundamentales del paciente en sus relaciones con la sanidad», no comparte «que se trate únicamente de un mecanismo de garantía o, como señala el citado autor, un procedimiento o mecanismo y no un derecho» (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 36). Vid. también Oliv a Blázquez, Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, p. 46; Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 161; Bastida Freijedo, Francisco José, «El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, pp. 174-182; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*

⁵⁰⁷ Vid. *supra*, apartado 3 del capítulo segundo de nuestra obra.

de modo explícito la cuestión planteada, si bien contiene ciertas previsiones de las que podemos colegir alguna conclusión de relevancia. Así, atañe al médico responsable de la asistencia la valoración de la capacidad de los pacientes para otorgar el consentimiento informado –artículo 9.3.a) LAP–, al igual que la ponderación en cada caso de que cuanto más dudoso es el resultado de una intervención más necesario es que el consentimiento del paciente se preste en forma escrita (artículo 10.2 LAP). De los antedichos preceptos parece concluirse que es al médico responsable del paciente al que corresponde recabar su consentimiento informado. Ahora bien, ¿quiere ello decir que al facultativo que lleva a cabo la intervención o aplica el tratamiento no le va a incumbir obligación alguna con relación al consentimiento informado cuando no coincida en identidad con el médico responsable? Bajo nuestro punto de vista, una respuesta afirmativa al interrogante planteado resultaría absolutamente inadmisibles, habida cuenta de que es este facultativo el que actúa directamente sobre el cuerpo del paciente, de manera que, si no obtiene personalmente su consentimiento informado, al menos debe cerciorarse, antes de actuar, de que el consentimiento ha sido recabado por el médico responsable. En todo caso, teniendo en cuenta que es al facultativo actuante al que corresponde el deber de informar al paciente sobre el procedimiento que va a practicar⁵⁰⁸, entendemos que lo más coherente es que sea el mismo facultativo el que solicite su consentimiento informado. Así, concluimos, con Simón Lorda y Júdez Gutiérrez, que «el responsable último de [...] obtener el consentimiento es quien realiza la intervención»⁵⁰⁹. A nivel normativo, el artículo 4.1 Ley 3/2001 de

⁵⁰⁸ Vid. *supra*, apartado 3 del capítulo segundo de nuestra obra.

⁵⁰⁹ Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 45. En sentido similar, afirma Sánchez Santiesteban que «[e]l profesional que va a ejecutar los procedimientos es el que debe entregar la información y conseguir el consentimiento» (Sánchez Santiesteban, Ana María, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 7). Por su parte, parece defender Romeo Casabon a que es el médico actuante el que ha de recabar el consentimiento informado del paciente al afirmar que tal consentimiento tiene un carácter personal, alcanzando únicamente al profesional a quien se da. Literalmente, dice el autor: «En primer lugar, hay que decir que el consentimiento del paciente tiene un carácter personal, en cuanto sólo alcanza a aquel médico a quien se ha dado. No obstante, ha de entenderse también que el consentimiento otorgado para una o varias intervenciones médicas (incluso si son diagnósticas) a un determinado profesional cubre también a todos los demás profesionales que deban participar en ellas, sean igualmente médicos, otros titulados superiores o personal de enfermería, siempre que concurran todos los requisitos de dicho consentimiento, en particular, la información, salvo que el paciente haya expresamente indicado que sea uno determinado el que deba realizarlo, quedando su representante excluido del alcance del consentimiento» (Romeo Casabon a, Carlos María, «El consentimiento informado...» *op. cit.*, pp. 96-97). Por el contrario, postula Guerrero Zaplan a la conveniencia de centralizar en el médico responsable del paciente la información tanto del tratamiento principal como del resto de procedimientos que se puedan realizar en el curso de aquél, al objeto de evitar que «el médico o el enfermero al realizar una radiografía [deba] solicitar la firma del consentimiento informado [o] cuando se haga una resonancia, una biopsia, un análisis o una extracción de sangre» (Guerrero Zaplan a, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 78). Vid. también Guerrero Zaplan a, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina*,

Galicia legitima indistintamente al médico responsable y al médico actuante para recabar el consentimiento informado del paciente⁵¹⁰.

3. LEGITIMADO PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El titular del derecho a prestar el consentimiento informado es, indiscutiblemente, el paciente, conclusión que se deduce con facilidad del tenor literal del artículo 8.1 LAP, que exige el consentimiento libre y voluntario del paciente con carácter previo a toda actuación en el ámbito de su salud. Es el paciente quien debe decidir su sometimiento o rechazo al procedimiento médicamente propuesto, tras ser debidamente informado y como expresión de su derecho a la autonomía, derecho de que es titular toda persona, incluyendo, evidentemente, a aquéllas que requieren de atención asistencial, pues su condición de enfermos no justifica su estimación como «ciudadanos de segunda clase»⁵¹¹ carentes de autonomía para adoptar las decisiones que les conciernen en el ámbito de su salud⁵¹², siempre, evidentemente, que gocen de la capacidad natural y legal suficiente para ello⁵¹³. De esta suerte, la decisión sobre el curso de la acción terapéutica a seguir corresponde adoptarla al paciente, sin que pueda

jurisprudencia, legislación y formularios, 5.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 226. En la jurisprudencia, afirma la STSJ Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009 (JUR 2009\258310; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraille): «En cuanto a la persona que ha de facilitar la información al paciente parece obvio que la misma debe serle suministrada por el médico que va a efectuar la técnica diagnóstica o terapéutica concreta, al ser quien se haya en mejores condiciones para hacerlo y ser además quien dispone del caudal informativo más completo y adecuado sobre tal proceder.»

⁵¹⁰ Dice el precepto, literalmente: «El consentimiento deberá recabarse por el médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente o por el que practique la intervención diagnóstica o terapéutica del propio paciente.» En idéntica dirección, Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 23.2).

⁵¹¹ Suárez Guerra, Ana María *et al.*, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 58.

⁵¹² Abundando en esta línea, afirma Sancho Gargallo : «El paciente por el mero hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud» (Sancho Gargallo , Ignacio, «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *InDret*, n. 2, 2004, p. 2).

⁵¹³ En dirección opuesta, defiende Komrad la necesaria adopción por el profesional sanitario de una actitud paternalista, al objeto de ampliar y garantizar la autonomía del paciente. El autor concibe la enfermedad como un estado que disminuye la capacidad de quien la padece, erigiéndose el paternalismo médico en necesario a los únicos efectos de potenciar al máximo la autonomía del paciente, de suerte que, «[a] medida que aumenta la capacidad del paciente para ser autónomo, disminuye el paternalismo del médico que alimenta dicha autonomía» (Komrad , Mark S., «En defensa...» *op. cit.*, p. 163). Por su parte, Gert y Cul ver deslindan, a través del examen de ciertas situaciones hipotéticas, determinados supuestos en los que está justificada la adopción por el profesional sanitario de una actitud paternalista con relación al paciente (Gert , Bernard y Cul ver, Charles M., «The justification of paternalism», *Ethics*, vol. 89, n. 2, 1979, pp. 199-210).

el médico decidir «por» o «con» éste; el galeno no puede decidir sobre la salud del paciente ni en exclusiva ni en hermandad con éste, reflexión recogida con absoluto acierto por Rovira Viñas en unos términos que, por su claridad expositiva, transcribimos de seguido:

«El consentimiento informado no puede considerarse, como se viene haciendo, como una decisión hermanadamente compartida entre médico y enfermo, lo que se debe compartir es la información, pero no la decisión. No se trata, como se viene defendiendo en muchos de los estudios médicos sobre la materia, de decidir con el paciente o por el paciente, se trata de que éste pueda realmente decidir con libertad, optar, elegir a partir de la correspondiente información, con conocimiento y formación, porque, tal y como ya se ha dicho, la información y el consentimiento son una garantía para el ejercicio de nuestro derecho fundamental a la libertad, la integridad y la intimidad, y por tanto respetarlo es un deber, una obligación del servicio médico⁵¹⁴.»

Ahora bien, la decisión en exclusiva por el paciente no excluye la posibilidad de una previa deliberación con el facultativo, que constituye la base del denominado modelo de relación asistencial de la «alianza terapéutica» o del «encuentro terapéutico», centrado especialmente en la dimensión relacional entre médico y paciente⁵¹⁵. Este modelo de relación asistencial se fundamenta en la confianza que el paciente deposita en el médico y que permite a éste indagar en sus valores para determinar qué es lo que desea realmente y ayudarle en la toma de una decisión coherente con sus preferencias, sin desatender que es el paciente quien, en exclusiva, debe adoptar la decisión correspondiente sobre su salud⁵¹⁶.

3.1 Consentimiento por representación

El artículo 9.3 LAP es el encargado de regular el consentimiento por representación, al que hay que recurrir cuando el paciente se encuentre en alguna de las situaciones que siguen:

«a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el

⁵¹⁴ Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal... op. cit.*, p. 36.

⁵¹⁵ Corbella Santoña, Sergi y Botella García del Cid, Luis, «La alianza terapéutica: historia, investigación y evaluación», *Anales de Psicología*, vol. 19, n. 2, 2003, p. 216.

⁵¹⁶ Este parece ser el modelo de toma de decisiones postulado por Simón Lorda: «siempre he defendido un modelo de consentimiento informado que no es, sin más, la defensa de la autonomía de los pacientes. El modelo de consentimiento informado que he propuesto reiteradamente es el que insiste en que la toma de decisiones es el fruto de una deliberación compartida entre paciente (autonomía) y profesional (beneficencia) dentro de un marco social que define lo dañino (no-maleficencia) y lo injusto (justicia)» (Simón Lorda, Pablo, «La evaluación...» *op. cit.*, p. 39).

consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.»

De la simple lectura del extracto reproducido se concluye que, en las situaciones descritas, no es al paciente a quien corresponde la prestación del consentimiento informado, por encontrarse en una situación de incapacidad natural, modificación judicial de la capacidad o minoría de edad, siendo, en consecuencia, su representante legal o vinculados por razones familiares o de hecho, según el caso, los que han de adoptar la decisión correspondiente. No obstante, como ya advertimos en el capítulo anterior, dado que el consentimiento informado constituye un derecho personalísimo del paciente⁵¹⁷, no resulta adecuada la terminología «consentimiento por representación», habida cuenta de que la representación legal queda excluida en la esfera de los derechos de la personalidad, siendo más recomendable el empleo de la expresión «consentimiento por sustitución», adoptada ésta por un sector importante de nuestra doctrina más autorizada, amén de por diversa legislación autonómica⁵¹⁸. Sin embargo, en nuestra exposición nos ceñimos a la nomenclatura empleada por la legislación estatal a fin de evitar posibles confusiones. Procedemos seguidamente al estudio separado de cada uno de los supuestos de consentimiento por representación explicitados en el artículo 9.3 LAP.

3.1.1 Pacientes incapaces de adoptar decisiones

El estudio del artículo 9.3.a) LAP lo vamos a estructurar en dos apartados, dedicando el primero de ellos al estudio de su ámbito de aplicación y el segundo a la delimitación de las personas que han de prestar el consentimiento por representación cuando no pueda el paciente consentir personalmente por encontrarse en una situación subsumible en el supuesto de hecho definido en el citado precepto.

⁵¹⁷ STSJ Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009 (JUR 2009\258310; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraille).

⁵¹⁸ *Vid. supra*, nota al pie n. 292.

3.1.1.1 *Ámbito de aplicación del artículo 9.3.a) LAP*

El análisis del párrafo inicial del artículo 9.3 LAP presenta como primer escollo la determinación de su ámbito de aplicación, pues, si bien parece aplicarse a los pacientes que se encuentren en situación de incapacidad natural o de hecho, al afirmar que el consentimiento ha de otorgarse por representación «[c]uando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación», tal solución se enturbia al mencionar el precepto la posibilidad de que el paciente esté sometido a representación legal⁵¹⁹. Como podemos intuir, la confusión la genera el hecho de que los únicos supuestos imaginables en que el paciente puede tener nombrado un representante legal son dos, a saber, que se haya modificado judicialmente su capacidad y/o que se trate de un menor de edad, situaciones ambas para las que la LAP contempla sendos regímenes jurídicos específicos, respectivamente, en las letras b) y c) del artículo 9.3. Este panorama legal lleva a un sector importante de nuestra doctrina más autorizada a afirmar que la aplicación del artículo 9.3.a) LAP queda restringida a los pacientes que, por causa transitoria o permanente, no presenten capacidad natural bastante para decidir sobre el curso de la acción a seguir en el ámbito de su salud, pero cuya capacidad no haya sido modificada por sentencia judicial⁵²⁰. Ahora bien, imaginemos que un paciente tiene modificada judicial-

⁵¹⁹ La alusión al representante legal en la regulación del consentimiento por representación en pacientes incapaces para decidir personalmente se contiene también en diversa normativa autonómica. Por todas, Ley 7/2002 de Cantabria –artículo 31.1.a)–; Ley 3/2005 de Extremadura –artículo 25.1.a)–; Ley Foral 17/2010 de Navarra –artículo 51.1.a)– y Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha –artículo 20.1.a)–.

⁵²⁰ Ésta es la tesis postulada por Solé Resina cuando sostiene, con relación al artículo 9.3.a) LAP, lo que sigue: «Una primera aproximación a esta excepción hace pensar que este supuesto comprende tanto a las personas incapacitadas como las que gozan de plena capacidad de obrar, pues todas ellas pueden encontrarse, en un momento determinado, en situación de no ser capaz, a criterio del médico responsable de la asistencia, de tomar decisiones, o en un estado físico o psíquico que no permita hacerse cargo de la situación. A ambos supuestos parece referirse la letra a) del artículo 9.3. al considerar la posibilidad de que los pacientes de los que trata tengan representante legal, parece estar incluyendo en este primer apartado a los incapacitados y a los menores de edad, aunque no se comprende con qué finalidad, pues les dedica a continuación sendos apartados específicos. Técnicamente, sería deseable que la letra a) del art. 9.3 comprendiera solamente los supuestos de personas con capacidad de obrar plena que por su situación –falta de la capacidad natural de entender y decidir libremente– no se hallan en condiciones de decidir, caso en el que, de acuerdo con lo que se establece, el consentimiento deberán prestarlo sus familiares o personas vinculadas de hecho» (Solé Resina, Judith, «Derecho a...» *op. cit.*, p. 814). En igual dirección, Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 278; Romeo Casabona, Carlos María *et al.*, «Información y...» *op. cit.*, p. 40. Por su parte, postula Agón López que «[e]l precepto no hace referencia a la capacidad en sentido jurídico, sino a las condiciones particulares del sujeto que, evaluadas por el médico responsable, lo llevan a concluir que la persona no es competente para decidir», excluyéndose de su ámbito de aplicación, por tanto, «los supuestos de personas con la capacidad modificada judicialmente» y «la situación de los menores»; asimismo, continúa el autor afirmando que «[c]uando hay una incapacidad de hecho no es frecuente que el paciente tenga un representante legal, porque generalmente

mente su capacidad y nombrado un representante legal, si bien en la sentencia no se le incapacita para la adopción de decisiones en el ámbito de su salud. En tal supuesto, entendemos que ha de presumirse la capacidad del paciente para prestar el consentimiento informado y que, únicamente cuando se acredite su incapacidad natural, puede el consentimiento ser otorgado por representación, si bien, no en virtud del artículo 9.3.b) LAP, sino de la letra a) del antedicho precepto. Como podemos comprobar, en la situación descrita, el consentimiento ha de otorgarse por representación sobre la base de la incapacidad natural del paciente para decidir (y no de la modificación judicial de la capacidad, pues ésta no afecta a la prestación del consentimiento informado), siendo éste el único supuesto en que, bajo nuestro punto de vista, debe ser el representante legal del paciente el que otorgue el consentimiento por representación.

En todo caso, hemos de establecer nítidamente las fronteras entre los supuestos en los que el paciente no reúne las suficientes condiciones de capacidad para otorgar personalmente su consentimiento y aquellos otros en los que el paciente tiene limitada su capacidad, no para decidir, sino para comunicar su decisión (casos de «síndrome de enclaustramiento» o *locked-in syndrome*, por ejemplo), pues, en estas últimas situaciones, antes de recurrir al consentimiento por representación, se ha de intentar el desarrollo de procedimientos específico de comunicación con el paciente⁵²¹.

Aclarado el ámbito de aplicación del precepto, nos enfrentamos a un nuevo atolladero de calibre incluso mayor al anterior: la necesidad de someter al paciente a un juicio para determinar si reúne o no las condiciones de capacidad natural suficientes para otorgar por sí mismo el consentimiento informado, pues sólo cuando el resultado de dicha evaluación sea la incapacidad del paciente puede otorgarse el consentimiento por representación. Al margen de estos casos, esto es, cuando no se acredite la incapacidad natural del paciente, queda éste amparado por la presunción *iuris tantum* de capacidad natural reconocida a toda persona mayor de edad cuya capacidad legal no ha sido modificada por sentencia judicial⁵²² y, en consecuencia, goza de plena

se trata de una persona capaz que en una circunstancia específica no puede decidir (aunque podría haberse designado anteriormente un representante para este acto jurídico por medio, por ejemplo, del documento de instrucciones previas)» (Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 137). Bajo nuestro punto de vista, resulta necesario matizar que, si bien el artículo 11.1 LAP establece como contenido típico del documento de instrucciones previas el nombramiento de un representante «para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas», debe rechazarse su consideración como representante legal –verbi-gracia, a los efectos del artículo 9.3.a) LAP–.

⁵²¹ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 326.

⁵²² STSJ Madrid de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014\107580; Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez).

capacidad de obrar, pudiendo decidir su sometimiento o rechazo a la actuación médica propuesta. Ya comentamos en el capítulo anterior de nuestra obra la dificultad que implica en la práctica la evaluación de la capacidad de los pacientes, debido a la ausencia de criterios objetivos y estandarizados que encaucen la exploración de sus áreas intelectivas, cognitivas y volitivas⁵²³. La consecuencia deviene obvia: el médico responsable del paciente fundamenta sus juicios de capacidad⁵²⁴ en su intuición, experiencia y, en general, en impresiones subjetivas que infiera de la entrevista clínica, realizando «evaluaciones de facto»⁵²⁵ que no contribuyen a aportar seguridad jurídica en un ámbito de tal sensibilidad y relevancia como es la adopción de decisiones en salud. En este contexto, son diversas las normativas autonómicas que, al legislar en materia de muerte digna, definen un listado de factores mínimos que el médico responsable del paciente ha de tomar en consideración al evaluar la capacidad de los pacientes⁵²⁶.

La legislación tanto estatal como autonómica encomienda al médico responsable del paciente la valoración de su capacidad. Sin embargo, y pese al meridiano tenor literal del artículo 9.3.a) LAP, entendemos que, cuando sea el médico actuante (*id est*, el que aplica al paciente una determinada técnica o procedimiento) el que solicita su consentimiento, debe ser él quien evalúe su capacidad a tal efecto. En todo caso, ciñéndonos a la estricta literalidad del antedicho precepto, el médico responsable del paciente puede, al realizar el juicio de capacidad, buscar asistencia en colegas especialistas (forenses, psicólogos, psiquiatras), en el Comité de Ética Asistencial del centro hospitalario e, incluso, en la autoridad judicial; sin embargo, no puede el médico responsable delegar en otros profesionales la misión que a él le corresponde por imperativo legal, recayendo sobre éste en última instancia la responsabilidad con relación al juicio de capacidad realizado⁵²⁷. A nuestro parecer, entretanto se validen en España unos criterios estandarizados que encaucen una evaluación objetiva de la capacidad de las personas, lo más idóneo sería que la realización del juicio de capacidad no se hiciera recaer, al menos en los supues-

⁵²³ *Vid. supra*, apartado 2.4 del capítulo segundo de nuestra obra.

⁵²⁴ Coincidimos plenamente con Simón Lorda en que el juicio que emite el facultativo sobre la capacidad del paciente para otorgar el consentimiento informado es un juicio de probabilidad, y no de certeza (Simón Lorda, Pablo, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 327).

⁵²⁵ Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, p. 27.

⁵²⁶ Por todas, Ley de Muerte Digna de Andalucía (artículo 20); Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 20); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 20); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 17); Ley de Muerte Digna de Navarra (artículo 19) y Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 20).

⁵²⁷ Simón Lorda, Pablo, «Diez mitos...» *op. cit.*, p. 37; Simón Lorda, Pablo, «La evaluación...» *op. cit.*, p. 44.

tos más dudosos, en un único profesional sanitario, sino en un colegio integrado, como mínimo, por dos facultativos, en aras de evitar (o, cuanto menos, trabar) la contaminación de los juicios de capacidad por las subjetividades propias de los profesionales sanitarios.

Por otra parte, la valoración de la capacidad del paciente se ha de realizar *ad hoc*, teniendo en cuenta tanto las aptitudes intelectivas, cognitivas y volitivas del paciente como la concreta decisión que éste se propone adoptar⁵²⁸. De esta suerte, la capacidad exigida al paciente para la adopción de una determinada decisión es proporcional a la gravedad e irreversibilidad de sus consecuencias⁵²⁹. Es ésta la base de la «Escala móvil de capacidad de Drane» (*Sliding-Scale Model*), que postula tres categorías típicas de situaciones, a saber, «decisions that are not dangerous and objectively are in the patient's best interest», «chronic illness rather than acute [or] the treatment is more dangerous or of less definite benefit» y «decisions that are very dangerous and fly in the face of both professional and public rationality»⁵³⁰. En cada una de estas situaciones, a medida que aumentan los riesgos derivados de la decisión del paciente, se endurecen los estándares de capacidad que éste ha de cumplir para poder consentir o rechazar la actuación médica. Así, la valoración de la capacidad natural del paciente se conecta con la concreta decisión que éste pretende adoptar, de suerte que, para adoptar decisiones de escaso riesgo y elevados beneficios, se exige al paciente conciencia (*awareness*) y asentimiento (*assent, explicit or implied*); para decidir sobre la realización de procedimientos de efectividad dudosa, se requiere al paciente comprensión (*understanding*) y elección (*choice*), y, finalmente, para la toma de decisiones de elevado riesgo, el paciente debe cumplir con unos *maximun requirements of competency*, exigiéndose a éste un entendimiento crítico y reflexivo de la enfermedad y el tratamiento (*appreciation*) y la toma de una decisión racional (*rational decision*)⁵³¹. En definitiva, podemos concluir que no existen pacientes capaces

⁵²⁸ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 115: «The competence to decide is therefore relative to the particular decision to be made.»

⁵²⁹ Comisión de Bioética de Castilla y León, *Recomendaciones para el empleo de hemoderivados en pacientes testigos de Jehová*, Junta de Castilla y León, 2010, file:///C:/Users/Usuario/D wnloads/Guia%20hemoderivados.pdf (última consulta el 10.1.2018), p. 14. Sobre el particular, sostiene Lady Justice Butler-Sloss, de la *Court of Appeal*, en *Re MB (An Adult: Medical Treatment)*, [1997] 2 FCR 541 (*Court of Appeal*, 26.3.1997): «The graver the consequences of the decision, the commensurately greater the level of competence is required to take the decision: *Re T* [1992] 2 FCR 861, *Sidaway* [1985] AC 871 and *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112 at pp 169 and 186.»

⁵³⁰ Drane, James F., «Competency to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments», *Journal of the American Medical Association*, vol. 252, 1984, pp. 926-927.

⁵³¹ Drane, James F., «The Many Faces of Competency», *The Hastings Center Report*, vol. 15, n. 2, 1985, p. 19. Por su parte, Beauchamp y Childress hacen depender el nivel de capacidad exigido a un sujeto para decidir de la complejidad del acto sobre el que recae la decisión, y no de los riesgos inherentes

o incapaces en abstracto, sino pacientes capaces o incapaces para adoptar una concreta decisión. No obstante, no debe buscarse en el paciente una capacidad absoluta, pues, muy probablemente, no la encontremos, habida cuenta de que todas las personas presentan temores, angustia, dolor..., circunstancias que limitan, en alguna medida, su capacidad de entendimiento. Lo que hay que indagar en el paciente es una capacidad suficiente para adoptar una concreta decisión sobre su salud en un momento determinado⁵³².

Por último, debemos añadir que el médico ha de valorar la capacidad del paciente de modo continuado, pues es perfectamente posible que un sujeto que es juzgado incapaz en un determinado momento, otorgando sus vinculados el consentimiento por representación, experimente *a posteriori*, pero antes de practicarse la intervención, un incremento en sus aptitudes intelectivas, cognitivas y volitivas. De esta manera, si tras el aludido cambio de circunstancias el paciente es juzgado con capacidad suficiente, le corresponde a él otorgar el consentimiento informado, pudiendo el paciente confirmar o revocar el consentimiento previamente prestado por sus vinculados.

3.1.1.2 *A quién corresponde otorgar el consentimiento por representación*

Determinada por el facultativo la incapacidad natural del sujeto al tiempo en que el consentimiento debe otorgarse (momento al que, indiscutiblemente, ha de referirse el juicio de capacidad), establece el artículo 9.3.a) LAP que, «[s]i el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Al respecto, el principal escollo lo plantea la noción de «personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho», cuyas dificultades de delimitación ya expusimos en el capítulo anterior⁵³³ y ante las que el artículo 9.3.a) LAP guarda el

al mismo: «It is correct to say that the level of a person's capacity to decide will rise as the *complexity or difficulty* of a task increases (deciding about spinal fusion, say, as contrasted with deciding whether to take a minor tranquilizer), but the level of competence to decide does not rise as the *risk* of an outcome increases. It is confusing to being a decisions complexity or difficulty with the risk at stake. No basis exists for believing that risky decisions require more ability at decision making than less risky decisions» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 120). En contra del parecer de Beauchamp y Childress, opinamos que la gravedad de los riesgos inherentes a la decisión que el sujeto pretende adoptar debe modular el nivel de capacidad que a éste se exige. Así, para que el sujeto pueda tomar una cierta decisión, no basta con que comprenda la información relativa a cómo se ha de realizar el acto en cuestión («complexity or difficulty of a task»), sino que ha de entender también los riesgos que implica y las consecuencias que conllevaría la actualización de tales peligros.

⁵³² Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de... op. cit.*, p. 28.

⁵³³ *Vid. supra*, apartado 2.2 del capítulo segundo de nuestra obra.

más absoluto silencio⁵³⁴. En nuestra opinión, resulta imperiosa la intervención del legislador en este sentido, al objeto de definir el círculo de sujetos que se estiman vinculados por razones familiares o de hecho a los efectos del artículo 9.3.a) LAP y de establecer un orden de prelación en caso de disconformidad entre los diversos vinculados sobre la decisión que ha de adoptarse, pudiendo inspirarse para ello en la diversa normativa autonómica que se pronuncia al respecto⁵³⁵. En todo caso, la doctrina destaca la necesidad de atender al sentido común e interés del paciente para resolver los conflictos que puedan surgir entre sus vinculados al otorgar el consentimiento por representación⁵³⁶.

⁵³⁴ El derogado artículo 10.6 LGS exceptuaba el derecho del usuario a prestar su consentimiento para la realización de cualquier intervención cuando no estuviera éste capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso «el derecho [correspondería] a sus familiares o personas a él allegadas.» Como vemos, el derogado precepto aludía a un concepto aún de mayor ambigüedad que el de «vinculados por razones de hecho». En la doctrina, Sánchez González define los allegados como sigue: «Puesto que esta expresión de allegados, en el texto de la norma, se enfrenta a la de «familiares», habrá que entender que aquéllos son personas muy próximas al enfermo que, sin embargo, no detentan la condición de parientes del mismo» (Sánchez González, María Paz, *La impropiedad... op. cit.*, p. 88). En todo caso, pese a la dificultad de su interpretación, el término «allegados» sigue siendo el empleado por diversa legislación autonómica en sede de consentimiento por representación cuando el paciente es incapaz para decidir personalmente. Por todas, Ley 6/2002 de Aragón –artículo 14.1.a)– y Ley 7/2002 de Cantabria –artículo 31.1.a)–.

⁵³⁵ Por todas, Ley 3/2001 de Galicia –artículo 6.1.a)–; Ley 3/2009 de la Región de Murcia –artículo 46.2.b)–; Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 9.1) y Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 43.4.a) presenta el siguiente tenor literal: «Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y carezca de representante legal, el orden de prelación de las personas vinculadas al mismo para prestar el consentimiento informado por sustitución o representación será el siguiente: el cónyuge no separado legalmente o el miembro de la unión de hecho formalizada de conformidad con lo establecido en la legislación vigente o, en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. No obstante, si el paciente hubiera designado previamente por escrito o de forma indubitada a una persona a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia.»

⁵³⁶ Civeira Murillo, Emilia, «Consentimiento por...» *op. cit.*, p. 25; Lorenzo y Montero, Ricardo y Sánchez Caro, Javier, «Consentimiento informado», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Juane Sánchez, Miguel (coord.), Universidad da Coruña, 1999, p. 223; Muñoz Jurado, Francisco Javier, *El consentimiento... op. cit.*, p. 76. Defiende Romeo Casabon a la racionalidad de presumir *iuris tantum* que las personas que han convivido con el paciente son las que mejor conocen sus deseos e intereses y, en consecuencia, serían ellos los más idóneos para decidir por el paciente. Literalmente, afirma el autor: «No es posible fijar una lista de [vinculados por razones familiares o de hecho], como tampoco una jerarquización sobre quiénes tengan preferencia para su intervención en el lugar del paciente cuando concurren varios, pues no existe base legal para deducir ni una ni otra. No obstante, dado que al fin y al cabo se trata de conseguir que la decisión de los terceros se aproxime lo mejor posible a los deseos expresados con anterioridad por el paciente o –en su defecto o en el caso de no ser conocidos– a los intereses del mismo, parece lógico presumir que quienes se encontrarían en las condiciones óptimas para interpretar estos deseos o intereses serían las personas que convivían con el paciente, sean éstas familiares o no –allegados–, sin perjuicio también de que se acredite suficientemente esa mejor condición en otras situaciones distintas a las de convivencia» (Romeo Casabon a, Carlos María, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 92). Por su parte, Al ventosa del Río aboga por una interpretación restringida del término familiares en aras de preservar la intimidad y confidencialidad del paciente, afirmando que «sólo deben prestar el consentimiento en lugar del paciente afectado, los parientes más próximos en grado; y, por analogía con los que dispone el Código civil en los supuestos de prestación de alimentos (arts. 143 y 144 del CC), ausencia

Ahora bien, la LAP no clarifica a quién corresponde otorgar el consentimiento por representación en las tres situaciones que siguen: cuando el paciente incapaz para decidir no tenga ni representante legal ni vinculados por razones familiares o de hecho; cuando los tenga pero no sean conocidos y cuando, pese a tenerlos y ser conocidos, sus vinculados y/o representante legal se nieguen a decidir. Sí que aborda esta problemática la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 43.8 estima los supuestos en que resulta imposible la prestación del consentimiento por representación como excepciones a la exigencia de consentimiento informado⁵³⁷. Por su parte, Berg *et al.* abogan por la conveniencia de establecer, para estas situaciones, un protocolo, al objeto de encauzar el nombramiento al paciente de un tutor que decida por él, siendo inapropiado generalmente «to appoint the patient’s physician, nurse, or social worker, or anyone directly involved in the patient’s care or even affiliated with the hospital, since the possibilities for a conflict of interest are obvious»⁵³⁸. Así, se han creado en Nueva York los *Surrogate Decision-Making Committees* (SDMC) para la adopción ágil de decisiones de consentimiento informado en supuestos en que el paciente carece de capacidad para otorgarlo personalmente⁵³⁹.

Por último, debemos añadir que el consentimiento por representación otorgado por el representante legal o vinculados al paciente sería, pese al silencio del legislador estatal, revocable en cualquier momento y en interés del paciente, como explícita, amén de diversa legislación autonómica⁵⁴⁰, el artículo 6.5 del Convenio de Oviedo, previsión extensible a todos los supuestos de consentimiento por representación contemplados en el artículo 9.3 LAP.

legal (art. 184 del CC), tutela (art. 234 del CC), sucesión legítimaria (art. 807 del CC) y sucesión intestada (arts. 930 y ss. del CC), el orden en que deberían ser llamados a prestar dicho consentimiento sería en primer lugar el cónyuge o pareja de hecho, cualquiera que fuera su orientación sexual, allí donde estas últimas tengan relevancia jurídica; a falta de estas personas, a los hijos; y a falta de los anteriores, a los padres; no existiendo ninguno de ellos, a los hermanos. Y en todo caso, al pariente con el que conviva el paciente y a cuyo cargo se encuentre» (Al ventosa del Río, Josefina, «El derecho...» *op. cit.*, p. 193). Finalmente, propone Sancho Gargallo, para delimitar el círculo de vinculados al paciente por razones familiares o de hecho, seguir orientativamente el orden de delación legal de la tutela establecido en el artículo 234 CC (Sancho Gargallo, Ignacio, «Tratamiento legal...» *op. cit.*, p. 23).

⁵³⁷ Dice el precepto en su literalidad: «Constituyen excepciones a la exigencia de consentimiento informado las previstas en la legislación básica estatal, así como aquellas situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente o bien porque éstos se negasen injustificadamente a prestarlo, de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia de ello por escrito. Una vez superadas dichas circunstancias se procederá a informar al paciente.» En idéntico sentido se pronuncia, en la misma Comunidad Autónoma, la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana –artículo 10.b)–.

⁵³⁸ Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent:...* *op. cit.*, p. 112.

⁵³⁹ Para más información, *vid.* <https://www.justicecenter.ny.gov/services-supports/sdmc> (última consulta el 10.1.2018).

⁵⁴⁰ Por todas, Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 9.5); Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana (artículo 43.4) y Ley 25/2010 de Cataluña (artículo 212-2.3).

3.1.2 Pacientes con la capacidad modificada judicialmente

Como bien es sabido, la modificación judicial de la capacidad únicamente puede declararse por sentencia judicial (artículo 199 CC) y en virtud de la existencia de «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (artículo 200 CC), debiendo establecer la sentencia «la extensión y los límites de [la modificación judicial de la capacidad], así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado» (artículo 760.1 LEC).

No obstante, el hecho de que a un sujeto se le modifique judicialmente la capacidad no implica *per se* que el mismo no reúna las suficientes condiciones de capacidad natural para prestar el consentimiento informado con relación a un cierto procedimiento médicamente indicado en atención a su estado de salud. Por tanto, si la sentencia no incapacita al sujeto para la toma de sus decisiones sanitarias, se le presume *iuris tantum* la capacidad necesaria para su adopción y, únicamente cuando se acredite la incapacidad natural del sujeto para decidir, puede otorgarse el consentimiento por representación, si bien con base en el artículo 9.3.a) LAP, y no en la letra b) del citado precepto. Esta parece ser la conclusión que se extrae de la añadidura introducida por la LIA en la letra b) del artículo 9.3 LAP, según la cual el consentimiento se ha de otorgar por representación cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente «y así conste en la sentencia», lo que parece indicar que en la sentencia de modificación judicial de la capacidad se ha de inhabilitar al sujeto expresamente para la prestación del consentimiento informado en el ámbito sanitario a fin de que la situación resulte subsumible en el supuesto de hecho del artículo 9.3.b) LAP. En coherencia con la tesis aquí defendida, sostiene Solé Resina:

«Es perfectamente posible que una persona se halle incapacitada y, sin embargo, conserve –tenga reconocida o no tenga limitada por sentencia– la capacidad necesaria para tomar las decisiones oportunas en el ámbito de su propia salud. Por lo que la excepción recogida en la letra b) del artículo 9.3 de dicha Ley debe entenderse referida a los pacientes incapacitados igualmente cuando la limitación de la capacidad de obrar derivada de la sentencia de incapacitación abarque el ámbito de la salud. En otro caso, cuando no la alcanza o simplemente la sentencia no se pronuncia sobre este extremo, habría que determinar caso por caso si tiene suficiente capacidad natural para otorgar personalmente el consentimiento⁵⁴¹.»

⁵⁴¹ Solé Resina, Judith, «Derecho a...» *op. cit.*, p. 817. Con relación a la cita reproducida, estimamos esencial advertir que, a nuestro modo de entender, la valoración «caso por caso» de la capacidad na-

Ahora bien, podemos cuestionarnos qué ocurre cuando la sentencia de modificación judicial de la capacidad inhabilita al sujeto para la adopción de toda decisión relativa a su salud. Bajo nuestro punto de vista, esta inhabilitación expresada en términos tan genéricos resulta manifiestamente contraria a los derechos a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el artículo 10.1 de la CE como fundamento del orden político y de la paz social, cuyo respeto exige la valoración *ad hoc* de la capacidad del paciente con relación a cada decisión sanitaria, debiendo endurecerse los estándares de capacidad que el paciente ha de cumplir a medida que se incrementa la gravedad e irreversibilidad de las consecuencias derivadas de la decisión que pretende adoptar⁵⁴². En esta dirección apunta Parra Lucán al afirmar

«No puede entenderse, en consecuencia, que para los incapacitados el consentimiento lo preste, sin más, el representante legal. Aun estando incapacitado, es discutible que la sentencia de incapacitación pueda excluir toda decisión del incapacitado relativa a al ejercicio de los derechos de la personalidad. Es la capacidad natural, a la que apunta el propio artículo 8 [sic]⁵⁴³ de la Ley 41/2002, la relevante en estos casos. El consentimiento del representante legal sólo puede jugar, en los casos en los que el incapaz pueda entender el alcance de la intervención, como ejercicio de los deberes de guarda y protección que le incumben en razón de su función tutelar⁵⁴⁴.»

En todo caso, si la sentencia incapacita al paciente para la toma de toda decisión en el ámbito de su salud, aun así, entendemos que aquél puede prestar su consentimiento informado si se acredita que presenta bastante capacidad para ello, pues, tomando en préstamo las palabras de Dópico Gómez-Aller, «[e]ntre el criterio de la incapacitación legal y la capacidad natural, debe darse preferencia a este último»⁵⁴⁵. A esta solución podemos llegar

tural del paciente para otorgar su consentimiento no ha de entenderse como la necesidad de acreditar «caso por caso» su capacidad natural para que pueda consentir, sino todo lo contrario; esto es, la capacidad del paciente para otorgar el consentimiento informado se le presume *iuris tantum* al ser mayor de edad y no haber sido su capacidad judicialmente modificada para la adopción de decisiones sanitarias, de suerte que puede otorgar personalmente su consentimiento informado, salvo que se acredite su incapacidad natural, en cuyo caso resulta de aplicación el artículo 9.3.a) LAP.

⁵⁴² Santos Morón, María José, *Incapacitados y... op. cit.*, p. 44. Abundando en esta línea, defiende Rovira Viñas la necesidad de tomar en consideración, antes de decidir si el consentimiento debe o no prestarse por representación, las causas y extensión de la sentencia de modificación judicial de la capacidad, habida cuenta de que una limitación general y desproporcionada de los derechos fundamentales del paciente declarado judicialmente incapacitado «podría incluso resultar inconstitucional» (Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal... op. cit.*, pp. 166-167).

⁵⁴³ La alusión debe entenderse hecha al artículo 9 LAP.

⁵⁴⁴ Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 1, 2003, p. 1918.

⁵⁴⁵ Dópico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado «por representación»», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Consentimiento por representa-*

aplicando analógicamente al presente supuesto el artículo 162.1.º CC (previsto para los menores de edad no emancipados y sujetos a patria potestad), lo que nos permitiría concluir que «el incapacitado con suficiente [sic] condiciones de madurez puede ejercer sus derechos de la personalidad, puede tomar decisiones que afecten a su integridad física o a su propia vida, incluso el rechazo a un tratamiento beneficioso para su salud»⁵⁴⁶. Así, puede el paciente con la capacidad modificada judicialmente prestar el consentimiento informado cuando se acredite que presenta la suficiente capacidad para ello, esto es, cuando se haga decaer la presunción de incapacidad creada por la sentencia para la realización de los actos afectados por la incapacitación⁵⁴⁷. Asimismo, el profesional sanitario siempre puede acudir a la autoridad judicial en la búsqueda de una autorización que lo legitime para recabar el consentimiento informado del propio paciente, pese a haber sido su capacidad modificada judicialmente. Del mismo modo, puede el facultativo poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las circunstancias que hayan podido sobrevenir a la sentencia de modificación judicial de la capacidad al objeto de que inicie un nuevo proceso judicial con el fin de reintegrar la ca-

ción, n. 22, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, p. 48. *Vid.* también Seuba Torreblanca, Joan Carles y Ramos González, Sonia, «Derechos y...» *op. cit.*, p. 11; Romeo Casabona, Carlos María *et al.*, «Información y consentimiento»... *op. cit.*, p. 42; López-Chaparral, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 92; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 280; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 119. Con este posicionamiento se alinea la Declaración sobre los Derechos de los Pacientes, de la Asociación Médica Mundial (Lisboa, 1981), al declarar, en su artículo 5.b.: «Si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal». Del mismo modo, afirma el parágrafo 43 del Informe explicativo del Convenio de Oviedo que, «[s]i un adulto ha sido declarado incapaz, pero en un determinado momento no presenta una capacidad mental mermada (por ejemplo, porque su enfermedad mejora positivamente), debe, de acuerdo con el artículo 5 [del Convenio], consentir personalmente». Por su parte, establece el artículo 6.1.b) *in fine* Ley 3/2001 de Galicia que la opinión del incapacitado «será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad»; en consecuencia, si el incapacitado presenta unas condiciones de capacidad natural suficientes, podemos deducir que es él quien debe prestar el consentimiento informado personalmente.

⁵⁴⁶ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 119. Postulan igualmente la aplicación analógica del artículo 162.1.º CC a los supuestos de modificación judicial de la capacidad Santos Morón, María José, *Incapacitados y...* *op. cit.*, p. 64; Sánchez-Calero Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico», en AA. VV., *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Gómez Tomillo, Manuel (dir.), Unión Editorial, Madrid, 2008, p. 387; Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado...* *op. cit.*, p. 149.

⁵⁴⁷ Afirma Sánchez-Calero Arribas: «lo más lógico es interpretar el precepto [9.3.b) LAP] en el sentido de que se refiere a los supuestos de personas incapacitadas imposibilitadas por la sentencia de incapacitación para prestar consentimiento. Cuando la sentencia no lo determine, podrá el incapacitado prestar el consentimiento para aquellas actuaciones en el ámbito de su salud que, según el criterio del médico que le asiste, pueda comprender su alcance» (Sánchez-Calero Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones...» *op. cit.*, p. 388).

pacidad del paciente o de modificar el alcance de su incapacitación (artículo 761 LEC).

Finalmente, cuando el facultativo estima que el paciente, no sólo está incapacitado legalmente para adoptar las decisiones relativas a su salud, sino que, además, no reúne las condiciones de capacidad natural suficientes para prestar su consentimiento informado con respecto a una determinada actuación sanitaria, corresponde otorgar el consentimiento por representación, tras escuchar al paciente⁵⁴⁸, al tutor que se le haya nombrado en la sentencia (artículo 222 CC) o a sus progenitores cuando se les haya atribuido la patria potestad prorrogada o rehabilitada (artículo 171 CC)⁵⁴⁹.

3.1.3 Pacientes menores de edad: análisis comparado

El presente epígrafe lo estructuramos en tres apartados distintos en los que exponemos, por el siguiente orden, el estatuto jurídico del menor de edad para la prestación del consentimiento informado en los ordenamientos

⁵⁴⁸ Con gran acierto, postula Sancho Gargallo : «Aunque el art. 9.3.b) de la Ley 42/2000 [sic] no prevé expresamente la necesidad de oír antes a la persona incapacitada ni sopesar su voluntad, el art. 5.2, cuando regula el derecho de información del paciente, prevé que «*el paciente debe ser informado, incluso en caso de incapacidad de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión*». De donde se deduce que si la persona incapacitada debe ser informada en la medida en que pueda comprender, también debe ser oída en la medida en que tenga juicio suficiente, y sin que su voluntad sea nunca vinculante» (Sancho Gargallo , Ignacio, «Tratamiento legal...» *op. cit.*, p. 23). Quien escribe, sin embargo, matizaría que la voluntad del paciente, aunque haya sido incapacitado para la adopción de sus decisiones en salud, resulta vinculante cuando reúne las condiciones de capacidad natural necesarias para otorgar su consentimiento informado respecto de la concreta actuación médica prescrita.

⁵⁴⁹ En el supuesto de que el paciente se halle sometido por sentencia judicial a un régimen de curatela, entendemos que, cuando no reúne aquél las condiciones de capacidad natural suficientes para otorgar el consentimiento informado, éste ha de prestarse por representación conforme a las reglas del artículo 9.2.a) LAP, pues, habida cuenta de que la asistencia en que consiste la curatela es concebida esencialmente para desplegar sus efectos en el ámbito patrimonial del incapacitado (como bien se desprende de su regulación legal, prevista en los artículos 286 y ss. CC), no quedan afectadas por ella las decisiones relativas a la salud del curatelado. Sobre el particular, sostiene Domínguez Luelmo: «El caso del incapacitado sometido a curatela, en atención a su grado de discernimiento, es más complejo. El artículo 289 del CC establece que la curatela de los incapacitados tiene por objeto la *asistencia* del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. En ningún caso el curador actúa en lugar del incapacitado puesto no es un representante legal. Por este motivo entiendo que este supuesto debe quedar subsumido en la letra a) del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, es decir, que será el criterio del médico responsable de la asistencia el que determine si el paciente es capaz o no de tomar decisiones o si su estado físico o psíquico le permite o no hacerse cargo de su situación» (Domínguez Luelmo , Andrés, *Derecho sanitario...* *op. cit.*, p. 348). Abunda en esta línea Sánchez-C alero Arribas , para quien: «no siendo el curador un representante legal del incapacitado, hemos de entender que el apartado b) se refiere únicamente a los incapacitados sometidos a tutela, o a patria potestad prorrogada o rehabilitada; no obstante, si el incapacitado sometido a curatela no pudiese otorgar consentimiento por su estado físico o psíquico, entraría dentro del supuesto del apartado a)» (Sánchez-C alero Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones...» *op. cit.*, p. 387).

jurídicos español e inglés y en el *case law* norteamericano. Quien escribe juzga pertinente el análisis de la cuestión planteada desde una perspectiva comparada, al objeto de demostrar el mayor protagonismo atribuido en Inglaterra y, fundamentalmente, en los Estados Unidos a la voluntad del menor maduro para decidir sobre intervenciones y tratamientos vitales respecto de lo que ocurre en España, donde la LAP veta al menor la posibilidad de adoptar toda decisión sobre actuaciones de grave riesgo para su vida o salud, salvo, evidentemente, que su parecer coincida con el de sus progenitores o equipo médico.

3.1.3.1 *Consentimiento informado del menor de edad en el ordenamiento jurídico español*

Iniciamos el presente apartado remitiéndonos a lo expuesto al estudiar el derecho a la información asistencial del paciente menor de edad en lo relativo a su capacidad de obrar y al ejercicio de sus derechos de la personalidad⁵⁵⁰. A modo de resumen, podemos afirmar que, *ex* artículo 162.1 CC, los menores de edad no emancipados y sujetos a patria potestad pueden realizar personalmente los actos relativos a sus derechos de la personalidad (entre los que se incluye el consentimiento informado) cuando reúnan las suficientes condiciones de madurez para ello, si bien los responsables parentales han de intervenir, en los términos detallados en el capítulo precedente de nuestra obra, en ejercicio de los deberes de cuidado y asistencia que les incumben como titulares de la patria potestad en virtud del artículo 154 CC, pero no en ejercicio de una representación legal expresamente excluida en la esfera de los derechos de la personalidad⁵⁵¹.

Sobre esta base, exponemos de seguido el estatuto jurídico del menor de edad en lo que a la prestación del consentimiento informado se refiere, previsto en los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP. Para ello, se muestra necesario partir de

⁵⁵⁰ *Vid. supra*, apartado 2.5 del capítulo segundo de nuestra obra.

⁵⁵¹ Cuando la actuación médica solicitada por la menor de edad es la interrupción voluntaria de su embarazo, requiere el artículo 9.5 LAP, en su párrafo segundo, amén de la manifestación de voluntad de la menor, el consentimiento expreso de sus representantes legales, lo que, a nuestro parecer, entraña una evidente vulneración de su derecho a la autonomía e intimidad cuando reúne las condiciones de capacidad natural suficientes para decidir personalmente. Sin embargo, continúa el precepto indicando que «los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.» De esta suerte, en caso de conflicto, la aplicación de los artículos 154 y 162 CC conduce irremediabilmente al respeto de la voluntad de la menor capaz cuando solicita la interrupción voluntaria de su embarazo.

la distinción establecida por el legislador estatal entre menores que aún no han cumplido los dieciséis años, de un lado, y aquéllos que están emancipados o que han alcanzado ya la mencionada edad. Asimismo, en nuestra exposición realizamos una comparativa entre la regulación prevista en los citados preceptos antes y tras la reforma en su redacción introducida por la LIA en el año 2015⁵⁵².

A. Pacientes menores de dieciséis años

Establecía el artículo 9.3.c) LAP, antes de la reforma de 2015, que el consentimiento se otorgaría por representación:

«Cuando el paciente menor de edad no [fuera] capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención [en cuyo caso] el consentimiento lo [daría] el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si [tuviera] doce años cumplidos.»

Como fácilmente se infiere de la lectura del precepto transcrito, el legislador distingue, dentro del grupo de menores de edad que aún no habían cum-

⁵⁵² Es en la LAP donde el legislador estatal establece por primera vez un régimen jurídico general aplicable al consentimiento informado cuando el paciente no ha alcanzado aún la mayoría de edad. Por su parte, la LGS únicamente establecía, en su derogado artículo 10.6, como una de las excepciones a la exigencia de consentimiento del paciente, aquellos supuestos en los que éste «no [estuviera] capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho [correspondería] a sus familiares o personas a él allegadas», tenor idéntico al que presenta el vigente artículo 49.6.b) Ley 1/1992 de Asturias. Como podemos comprobar, el precepto no incluía referencia alguna al menor de edad, si bien un sector importante de la doctrina entiende que la situación jurídica del menor quedaba enmarcada en la aludida excepción al consentimiento del paciente por incapacidad y, en consecuencia, debía el consentimiento prestarse por representación en tales casos. Por todos, de Mont al vo Jääskeläinen, Federico, «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 290; Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, p. 69. Sorprendentemente, tampoco el DCFR contempla un estatuto jurídico específico del menor de edad para la prestación del consentimiento informado, limitándose su artículo IV. C.-8:108 (3) (a) a regular, como uno de los supuestos en los que el consentimiento se puede otorgar por representación, aquéllos en que el paciente es «incapable of giving consent», si bien de los comentarios oficiales al precepto se deduce que el concepto *incapable* resulta comprensivo, no únicamente de situaciones en que el paciente no goza de la capacidad natural suficiente para prestar su consentimiento informado, sino también de aquellas otras en las que la capacidad del paciente ha sido modificada judicialmente o, en lo que nos resulta más interesante a los efectos presentes, cuando el paciente es menor de edad. Literalmente, dicen los comentarios: «The rule also deals with circumstances where the patient is not able to express consent [paragraph (3)]; in such a case, a third party entitled to decide on behalf of the patient may give consent to the treatment. Depending upon the legal system concerned, this third party may be the parent of a minor, a guardian, a family counsellor or an administrative or judicial body» –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–.

plido los dieciséis años⁵⁵³, los mayores de doce años y los que aún no habían alcanzado dicha edad.

Con respecto a los menores con doce años cumplidos, el precepto establecía que el consentimiento habría de otorgarse por representación cuando el menor no fuera capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, debiendo ser en tal caso su representante legal el que prestase el consentimiento tras escuchar la opinión del menor⁵⁵⁴. *A sensu contrario*, podía interpretarse que el menor de edad estaba legitimado para otorgar personalmente el consentimiento informado cuando reuniera las condiciones de madurez suficientes para entender el alcance de la intervención médicamente indicada.

Más controvertida resultaba la situación jurídica del menor que aún no había cumplido los doce años, pues, si bien la literalidad del artículo 9.3.c) LAP les atribuía el mismo régimen que a los mayores de dicha edad cuando eran suficientemente maduros, la mayoría de la doctrina entiende que el paciente menor de doce años no quedaba legitimado para la prestación personal de su consentimiento, con independencia de si reunía o no las condiciones de madurez suficientes para comprender el alcance de la intervención, debiendo en todo caso prestar su representante legal el consentimiento por representación⁵⁵⁵. A nuestro juicio, la literalidad del precepto, junto al tenor del artículo 162.1 CC, impone la solución contraria, de suerte que, incluso aunque el paciente no hubiera cumplido los doce años, podría consentir (o rechazar) personalmente la actuación médica siempre que tuviera madurez bastante para entender su alcance. Sin embargo, cierto es que, a menor edad del paciente,

⁵⁵³ El régimen jurídico de los emancipados o mayores de dieciséis años se contemplaba en el artículo 9.3.c) *in fine* LAP.

⁵⁵⁴ La doctrina mayoritaria entiende que, pese al silencio del artículo 9.3.c) LAP, es al médico responsable del paciente menor de edad al que corresponde valorar *ad hoc* su madurez para determinar si tiene o no derecho a consentir o rechazar una actuación médica, por aplicación analógica de la previsión contenida en la letra a) del antedicho precepto. Por todos, Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario... op. cit.*, p. 364; Dópico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del...» *op. cit.*, p. 50; Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 49.

⁵⁵⁵ Del Río Sánchez, Carmen, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 65; Sal vat Puig, Juan, «¿Cómo debe...?» *op. cit.*, p. 18; Osun a Carrillo de Albornoz, Eduardo Javier, «El derecho...» *op. cit.*, p. 33; Santos Fuster, María Pilar, *Actuación ética en el Hospital de Torrevieja ante el rechazo de un grupo de pacientes a un tratamiento. Comunicación presentada en el VI Congreso Mundial de Bioética por el Grupo de Investigadores en Bioética de la Universitat de València*, Gijón, 2009, disponible en <https://www.uv.es/gibuv/ComunicacionCongreso.pdf> (última consulta el 10.1.2018), p. 2; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de... op. cit.*, p. 17; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Problemas relacionados... op. cit.*, p. 6; Comitè de Bioètica de Catalunya, *Recomendaciones del Comitè de Bioètica de Catalunya ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, Comité de Bioética de Catalunya, 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbcrechazotr.pdf> (última consulta el 10.1.2018), p. 6.

menores son también sus posibilidades de reunir el grado de madurez suficiente para decidir⁵⁵⁶. Ésta es la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de julio de 2002⁵⁵⁷, en un mediatizado y funesto asunto que finaliza con el fallecimiento del menor Marcos, de trece años de edad, al no administrársele la transfusión sanguínea requerida en atención a su estado de salud y a la que se oponen tanto el menor como sus progenitores⁵⁵⁸ para dar cumplimiento a la doctrina de los Testigos de Jehová que profesan⁵⁵⁹. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene, *obiter dicta*, dos ideas fundamentales: de un lado, los menores de edad son titulares plenos de los derechos a la integridad física y la libertad religiosa (precisamente los dere-

⁵⁵⁶ De Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 342; Dópicó Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del...» *op. cit.*, p. 48.

⁵⁵⁷ RTC 2002\154; Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.

⁵⁵⁸ Ante dicho rechazo, el personal del hospital acude al Juzgado de Guardia, que autoriza la transfusión a Marcos. Recibida la orden judicial y acatada por los progenitores, el menor se reitera en su negativa a ser transfundido, mostrando auténtico pavor ante las consecuencias espirituales ínsitas a la administración de dicho tratamiento.

⁵⁵⁹ En el caso enjuiciado, los padres del menor interponen ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo contra la STS de 27 de junio de 1997 (RJ 1997\4987; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez), que los condena por un delito de homicidio imprudente en comisión por omisión al no haber evitado la muerte de su hijo, estimando que: «El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres.» Al respecto, afirma el Tribunal Constitucional que «la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.» Al fallo absolutorio del Tribunal Constitucional se opone Berco vitz Rodríguez-Cano, considerando que la vida y salud es un bien primario de toda persona, con inclusión, evidentemente, del menor de edad, incumbiendo a sus representantes legales el deber de hacer todo lo posible para contribuir a su protección, sin que dicho deber pueda quedar condicionado por creencias religiosas «manifiestamente contrarias a las decisiones razonables, menos aún a las indiscutibles, desde un punto de vista médico» (Berco vitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 2, 2002, pp. 1986-1987). Abunda en esta línea Sánchez-Cano Arribas, para quien: «Si, como dice la sentencia, el valor de la vida, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible; si, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres; si no se puede excluir de la patria potestad el deber de velar y cuidar del menor y sus intereses, no se entiende cómo el Tribunal Constitucional puede anteponer el derecho a la libertad religiosa de los padres» (Sánchez-Cano Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones...» *op. cit.*, p. 398). Quien escribe considera, con Santos Morón, que si bien la solución a la que llega el Tribunal Constitucional (la exculpación de los progenitores) es acertada, no lo es su fundamentación jurídica (a saber, la libertad religiosa de los progenitores), pues, llevada al extremo, podría conducir a la inaceptable conclusión de que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad religiosa de los padres prevalece sobre los deberes que para ellos se derivan de la patria potestad; en puridad, el Tribunal debía haber sustentado su decisión en la propia capacidad del menor para rechazar la transfusión sanguínea, capacidad que, en caso de concurrir, hubiera fundamentado la absolución de los progenitores ante la imposibilidad de exigirles una conducta contraria a la voluntad de su hijo (Santos Morón, María José, «Sobre la...» *op. cit.*, pp. 4-5).

chos que el menor Marcos ejercita al rechazar la transfusión sanguínea); de otro, que la madurez exigida a un menor de edad para adoptar una determinada decisión en el ámbito de su salud depende de la gravedad e irreparabilidad de sus consecuencias. Por tanto, del pronunciamiento judicial comentado puede inferirse la inclinación de nuestro Tribunal Constitucional a admitir que, siempre que un menor de edad reúna las condiciones de madurez suficientes, puede rechazar un tratamiento o intervención médica, con independencia de su carácter vital⁵⁶⁰.

Ahora bien, si el paciente menor de doce años no presentaba la madurez suficiente para entender el alcance de la intervención, establecía el artículo 9.3.c) LAP, antes de la reforma de 2015, que correspondería a su representante legal el otorgamiento del consentimiento por representación, sin que el precepto le exigiese ni siquiera escuchar la opinión del menor antes de decidir. Esta conclusión, si bien resulta plenamente coherente con el tenor literal del precepto, debe rechazarse por colisionar frontalmente con los artículos 9.5 LAP (actual artículo 9.7 del mismo cuerpo legal, tras la reforma de 2015)⁵⁶¹, 9.1 LOPJM⁵⁶², 6.2 *in fine* del Convenio de Oviedo⁵⁶³ y 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁵⁶⁴, sobre la base de los cuales puede defenderse la necesidad de escuchar al menor en el proceso de adopción de decisiones sobre su salud y tomar tanto más en cuenta su opinión cuanto mayor sea su edad y grado de madurez. Este razonamiento lo expone magistralmente Oliva Blázquez en unos términos que, por su claridad expositiva, reproducimos de seguido:

⁵⁶⁰ El mismo posicionamiento parece adoptar el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en su acuerdo n. 61, de 6 de noviembre de 1995, sobre consentimiento informado, al afirmar su parágrafo 3.4 lo que sigue: «El consentimiento informado debe ser firmado por los menores cuando, a juicio facultativo, reúnan las condiciones de madurez suficientes para otorgarlo, de conformidad con lo previsto en el Artículo 162.1 del Código Civil.»

⁵⁶¹ Dice el precepto: «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. [...]»

⁵⁶² A tenor del precepto: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.»

⁵⁶³ Literalmente: «La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.»

⁵⁶⁴ 2000/C 364/01. Dice el precepto: «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.»

«Aunque el artículo 9.3 c) LBAP es muy claro en este aspecto, desde mi punto de vista el menor de edad deberá ser oído siempre y cuando sea capaz de entender la información que le va a ser suministrada, aun cuando no haya cumplido los doce años de edad. Y sostengo esta opinión en base tanto al artículo 6.2 del Convenio de Oviedo, que señala que «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez», como en el artículo 9.5 LBAP, el cual aclara que, en caso de prestación del consentimiento por representación, «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario». La interpretación sistemática de ambos preceptos nos permite deducir que, si la madurez concreta y real de un menor que aún no ha cumplido los doce años de edad le permite comprender la trascendencia del acto médico propuesto, entonces deberá ser oído [...]. Evidentemente, esto será algo a determinar caso a caso, mientras que a partir de los doce años rige una presunción *iuris et de iure* de que el menor ha alcanzado una capacidad suficiente y, por lo tanto, su opinión tiene que ser inexcusablemente oída⁵⁶⁵.»

Tras la modificación introducida en 2015 por la LIA, el artículo 9.3.c) LAP unifica el régimen jurídico aplicable a los pacientes menores de edad que no hayan cumplido aún los dieciséis años. Así, debe el profesional sanitario valorar *ad hoc* la capacidad del menor para otorgar el consentimiento informado y, sólo cuando sea juzgado incapaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, es su representante legal (actuando, no en dicha condición, sino en ejercicio de los deberes de guarda y protección que tiene atribuido como titular de la patria potestad o tutor del menor⁵⁶⁶) el que ha de prestar el consentimiento por representación, tras haber escuchado la opinión del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJM⁵⁶⁷. Por consiguiente, la opinión del menor ha de ser escuchada con independencia de que

⁵⁶⁵ Oliv a Blázquez, Francisco, «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, n. 41, 2014, pp. 41-42.

⁵⁶⁶ Abundando en esta línea de pensamiento, postula Parra Lucán que «la atribución a los padres o tutores de la competencia para consentir una intervención en un menor, cuando éste no tenga reconocida la capacidad para otorgar el consentimiento por sí, no debe interpretarse necesariamente en función de representación, sino más bien, como ejercicio de los deberes impuestos a quienes corresponde la guarda y protección de los menores. De esta forma, el beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad, es el criterio relevante que permitirá valorar la oportunidad y el acierto de una decisión que no tiene por qué ser la misma que adoptaría el menor si fuera capaz» (Parra Lucán, M.^a Ángeles, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 1909). En consecuencia, «[c]onviene insistir en el error de la Ley al tratar como consentimiento por representación actos de ejercicio de derechos de la personalidad», habida cuenta de que «la decisión, en realidad, se adopta en el cumplimiento de los deberes de guarda y protección que incumben a padres o tutores», y no en su condición de representantes del menor (Parra Lucán, M.^a Ángeles, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 1910). *Vid.* también Ravetlla y Ballesté, Isaac, «El consentimiento...» *op. cit.*

⁵⁶⁷ Entendemos, con Ruiz-Rico Ruiz-Morón, que «[e]scuchar es algo más que oír», pues lo primero, a diferencia de lo segundo, exige tener en cuenta la opinión del menor en los asuntos que le conciernen, «[s]i bien la toma en consideración de la opinión del menor sí estará en función de la edad y madurez del mismo» (Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia, «Últimas reformas...» *op. cit.*, p. 52).

éste haya alcanzado o no la edad de doce años⁵⁶⁸. Finalmente, la exégesis *a sensu contrario* del precepto nos permite concluir que, cuando a juicio del médico que lo asiste el paciente menor de dieciséis años sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, puede prestar personalmente su consentimiento, con independencia de la edad que tenga⁵⁶⁹, habida cuenta de que el artículo 9.3.c) LAP no establece un «umbral mínimo de edad»⁵⁷⁰, aunque, evidentemente, a menor edad menor es también la probabilidad de que el paciente reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir⁵⁷¹. En todo caso, quedan a salvo de la regla anterior las hipótesis en que el consentimiento se haya de prestar para la práctica de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, resultando en tal supuesto de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 9.4 *in fine* LAP. De este modo, «la edad ya no es un requisito tan imprescindible para consentir, sino que se debe acudir también a la madurez del menor y a la gravedad del caso»⁵⁷². En definitiva, podemos comprobar cómo la actual redacción del artículo 9.3.c) LAP resulta coherente con la previsión contenida en el artículo 162.1.º CC, pudiendo

⁵⁶⁸ Es numerosa la normativa autonómica que, sin embargo, mantiene los doce años como límite de edad a partir del cual su representante legal debe escuchar su opinión antes de otorgar el consentimiento por representación. Por todas, Decreto 246/2005 de Andalucía (artículo 6.2); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 28.3); Ley 3/2001 de Galicia –artículo 6.1.c)-; Ley 3/2005 de Extremadura – artículo 25.1.c); Ley 3/2009 de la Región de Murcia –artículo 46.2.c)-; Ley 21/2000 de Cataluña –artículo 7.2.d)-; Ley 5/2010 de Castilla– La Mancha –artículo 20.1.c)- y Ley Foral 17/2010 de Navarra –artículo 51.1.c)-.

⁵⁶⁹ Nieto Alonso, Antonia, «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, García Rubio, M.ª Paz (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 634-635. La opinión contraria postula, tras la reforma de 2015, Guillem Tatay, conforme al cual, cuando el paciente tenga menos de doce años, el consentimiento debe ser prestado por representación, sin incluir distinción alguna en función de las condiciones de madurez que pueda reunir el menor (Guillem Tatay, David, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 12).

⁵⁷⁰ Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 203.

⁵⁷¹ Indica Ravetlla i Ballesté: «A pesar de la oscura e incierta dicción del artículo 9.3.c) de la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, más aún con la referencia a las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, parece que este precepto esté aceptando, por remisión si se quiere, para el caso de los menores de doce años, una presunción de falta de capacidad natural» (Ravetlla i Ballesté, Isaac, «El consentimiento...» *op. cit.*). El autor fundamenta su razonamiento en el tenor del primer párrafo del artículo 9.2 LOPJM, cuyo inciso final dice: «Se considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.» Bajo nuestro punto de vista, no establece el artículo 9.3.c) LAP una presunción de incapacidad del menor, sino que impone la necesidad de que los profesionales sanitarios que lo atienden valoren *ad hoc* su capacidad atendiendo a sus condiciones intelectuales y emocionales, siempre con referencia a la concreta decisión que el menor se propone adoptar. Esta aclaración deviene verdaderamente esencial, habida cuenta de las diversas consecuencias que se derivan en uno y otro caso, pues, si bien la presunción de incapacidad impone la prueba de la capacidad del menor para que éste pueda otorgar su consentimiento informado, la tesis sostenida por quien escribe legitima al menor para consentir personalmente, salvo que se acredite justamente lo contrario, a saber, su incapacidad.

⁵⁷² Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 115.

do el paciente menor de edad prestar su consentimiento informado siempre que reúna las condiciones suficientes de madurez para ello. No obstante, por exigencia del artículo 162.1.º *in fine* CC, los responsables parentales han de intervenir en cumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia de sus hijos que les impone el artículo 154 CC, pero no en ejercicio de una representación legal vetada en el ámbito de los derechos de la personalidad⁵⁷³.

B. Pacientes emancipados o con dieciséis años cumplidos

Establece el artículo 9.4 LAP que, cuando el paciente es un menor emancipado o mayor de dieciséis años⁵⁷⁴ que no se halla en los supuestos contemplados en los apartados b) y c) del artículo 9.3 LAP, no cabe prestar el consentimiento por representación. Dicho de otro modo, cuando el paciente es un menor de edad emancipado o con dieciséis años, y siempre que no tenga la capacidad modificada judicialmente ni sea incapaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, es él quien ha de otorgar el consentimiento informado; en caso contrario, es decir, habiendo sido la capacidad del menor modificada judicialmente o siendo incapaz natural para comprender el alcance de la intervención, el consentimiento ha de prestarse por representación, si bien, no sobre la base del artículo 9.4 LAP, sino con fundamento en las letras b) y a), respectivamente, del artículo 9.3 del mismo cuerpo legal⁵⁷⁵. En suma, se reconoce en el ámbito sanitario al paciente menor de edad emancipado o con dieciséis años cumplidos, como regla general, un estatuto jurídico igual al del mayor de edad, de suerte que, a diferencia de lo que ocurre cuando el paciente aún no ha cumplido los dieciséis años, no es necesario acreditar *ad hoc* su capacidad natural y legal para prestar el consentimiento informado, sino que dicha capacidad se presume *iuris tantum*, debiendo acreditarse su incapacidad natural o modificación judicial de la capacidad para que

⁵⁷³ De Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 74.

⁵⁷⁴ Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, que suprime la dispensa matrimonial de edad hasta entonces prevista en el artículo 48.2 CC, carece de sentido la alusión del artículo 9.3.c) LAP a la emancipación, habida cuenta de que no existe hipótesis alguna en la que un menor que no ha cumplido aún los dieciséis años pueda emanciparse.

⁵⁷⁵ Se deduce del tenor del artículo 9.4 LAP que al menor de edad emancipado o con dieciséis años cumplidos se le aplica el mismo estatuto jurídico que a los mayores de edad, esto es, la presunción *iuris tantum* de capacidad para otorgar el consentimiento informado, quedando a salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 9.4 *in fine* LAP, que estudiamos pronto en nuestra exposición. Por ello, entendemos que la referencia que el artículo 9.4 LAP hace a la letra c) del artículo 9.3 debería hacerse, en puridad, al apartado a), cuyo ámbito de aplicación abarca a los pacientes incapaces en general y no únicamente a los menores de dieciséis años.

el consentimiento pueda prestarse por representación⁵⁷⁶, instaurándose una suerte de «mayoría de edad sanitaria»⁵⁷⁷.

Ahora bien, el artículo 9.4 LAP no clarifica quién ha de otorgar el consentimiento en los casos en que haya de otorgarse por representación. Desde nuestra perspectiva, cuando se acredite la incapacidad natural o legal del paciente para decidir, la prestación del consentimiento por representación corresponde, en principio, a su representante legal (padres o tutor). No obstante, en caso de extinción de la patria potestad o tutela de resultas de la emancipación (*ex* artículos 169.2 y 222.1 CC, respectivamente), entendemos, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por motivos obvios, sus progenitores, salvo que el paciente haya contraído matrimonio, en cuyo caso corresponde a su cónyuge la prestación del consentimiento informado.

B.1 Supuesto excepcional: actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor

La recién estudiada constituye la regla general en lo que a la prestación del consentimiento informado por el menor de edad emancipado o mayor de dieciséis años se refiere. No obstante, el artículo 9.4 *in fine* LAP establece una excepción, al declarar que, «cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.» En las líneas que siguen, abordamos los interrogantes esenciales que la aplicación del precepto reproducido plantea en la práctica.

– Ámbito de aplicación subjetivo

La primera dificultad que plantea la excepción estudiada gira en torno a su ámbito de aplicación subjetivo, esto es, a la determinación de los menores de edad a los que la excepción resulta aplicable. El análisis de la problemática planteada exige partir de la literalidad del artículo 9.3.c) LAP antes de la refor-

⁵⁷⁶ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 717; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Problemas relacionados... op. cit.*, p. 4; Andreu Ten a, Eduardo *et al.*, «Estudio jurisprudencial en Medicina satisfactiva», *Revista española de Medicina legal*, vol. 39, n. 4, 2013, p. 166.

⁵⁷⁷ Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 14. En igual sentido, habla Blanco Pérez-Rubio de «mayoría de edad médica» a los dieciséis años (Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*).

ma operada en 2015 por la LIA. El precepto constaba de dos párrafos distintos, dedicando el primero al paciente menor de dieciséis años y, el segundo, a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, incluyendo en este segundo párrafo el siguiente inciso:

«Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.»

Con tal literalidad, el precepto dejaba sin resolver el ámbito de aplicación subjetivo de la excepción concerniente a las actuaciones de grave riesgo, siendo controvertido si la misma se aplicaba únicamente a los menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos o, por el contrario, a todos los menores de edad, con independencia de su edad.

Esta problemática no sólo no se resuelve con la reforma de 2015, sino que, por el contrario, se acentúa, pues, tras la LIA, los regímenes de los menores de dieciséis años, de un lado, y el de los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, de otro, se prevén, no ya en párrafos distintos dentro de un mismo apartado, sino en apartados distintos del mismo precepto –artículos 9.3.c) y 9.4 LAP–, siendo el apartado que establece el régimen de los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos el que alberga la excepción aplicable a las actuaciones de grave riesgo⁵⁷⁸.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que la solución más congruente con la literalidad de los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP es la restricción del ámbito de aplicación subjetivo de la excepción estudiada a los menores emancipados o mayores de dieciséis años. Sin embargo, tal conclusión ha de ser rehusada por dos motivos fundamentales. En primer lugar, sobre la base del argumento *a minori ad maius*⁵⁷⁹, habida cuenta de que, si la excepción resulta incuestionablemente aplicable a los menores emancipados y

⁵⁷⁸ Presentan los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP la siguiente literalidad: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: [...] c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.» Tenor similar presenta diversa normativa autonómica. Por todas, Decreto 246/2005 de Andalucía (artículo 6); Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 51) y Ley 5/2010 de Castilla–La Mancha (artículo 20).

⁵⁷⁹ Para un examen del aludido argumento interpretativo, *vid.* Tarello, Giovanni, *L'interpretazione...* *op. cit.*, pp. 356-357.

mayores de dieciséis años, pese a que su capacidad para prestar el consentimiento informado se presume *iuris tantum* con relación a todas aquellas actuaciones que no quedan afectadas por la excepción (esto es, las actuaciones que no comporten grave riesgo para su vida o salud), *a fortiori* debería resultar aplicable a los menores de dieciséis años, pues éstos no quedan amparados por la antedicha presunción y presentan, por lo general, un grado de madurez más limitado por razón de su menor edad. En segundo lugar, la solución sustentada en la mera literalidad de los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP debe rechazarse con base en el argumento *ab absurdo*, pues implicaría que un menor de edad con quince años cumplidos pudiera consentir la práctica de una actuación de grave riesgo si se acredita su capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención, pero no puede prestar su consentimiento a dicha actuación un menor de edad emancipado o que haya alcanzado los dieciséis años, con independencia de si reúne o no las condiciones de capacidad necesarias para entender el alcance de la intervención.

En definitiva, entendemos que el supuesto excepcional previsto en el artículo 9.4 *in fine* LAP para las actuaciones de grave riesgo resulta aplicable a todos los pacientes menores de edad, con independencia de si se han emancipado o han alcanzado los dieciséis años de edad.

– Ámbito de aplicación objetivo.

A tenor del artículo 9.4 *in fine* LAP, la excepción resulta aplicable cuando el procedimiento médico propuesto consista en una «actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor», correspondiendo al facultativo (y, en última instancia, a la autoridad judicial) la determinación *ad hoc* de las actuaciones que han de reputarse gravemente riesgosas y, en consecuencia, afectadas por la excepción objeto de análisis⁵⁸⁰. Así, no resulta infrecuente en la práctica que los profesionales sanitarios exijan, amén del consentimiento del menor, también el de sus representantes legales⁵⁸¹, como una medida de protección frente a futuras demandas de responsabilidad que pudieren éstos interponer.

Ahora bien, ¿resulta aplicable la excepción cuando el paciente menor de edad desea rechazar una actuación médica inocua pero vital? En estos supues-

⁵⁸⁰ La peligrosidad puede resultar inherente a la actuación médica por razones objetivas o derivar de ésta cuando se practica en pacientes con unas determinadas condiciones de salud (verbigracia, pacientes con obesidad, diabetes o hemofilia). Vid. Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, pp. 216-217. Por su parte, postula Agón López que resulta complicado determinar cuándo la actuación sanitaria es de grave riesgo, pues, correspondiendo al facultativo adoptar dicha decisión conforme a su criterio médico (con la subjetividad que ello conlleva...), esta facultad se muestra en clara sumisión al paternalismo médico (Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado...* *op. cit.*, p. 184).

⁵⁸¹ Parra Lucán, M.^a Angeles, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 1911.

tos el grave riesgo no deriva de la actuación médica, sino de su rechazo, esto es, de su no realización. La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2012, responde en sentido afirmativo al interrogante planteado, pues aplica la excepción a supuestos en que un menor de edad se opone a que le sea administrada una transfusión sanguínea de carácter vital, pese a que, como bien es sabido, consiste en un tratamiento cuya práctica en modo alguno puede considerarse «de grave riesgo para la vida o salud del menor».

A nuestro parecer, el artículo 2.1 *in fine* LOPJM impone una interpretación restrictiva de la limitación a la capacidad de obrar de los menores que se contiene en el artículo 9.4 *in fine* LAP, que debe prevalecer sobre la exégesis teleológica del citado precepto; de este modo, debe excluirse la aplicación del supuesto excepcional contemplado en este último precepto cuando no se cumpla rigurosamente su supuesto de hecho, esto es, cuando no se trate de actuaciones cuya práctica (que no rechazo) conlleve un «grave riesgo para la vida o salud del menor». En consecuencia, opinamos, contraviniendo el parecer adoptado por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012, que un menor puede, con independencia de su edad, rechazar una transfusión sanguínea siempre que reúna las condiciones de capacidad suficientes para comprender el alcance de su decisión.

- Quién ha de prestar el consentimiento.

Nos preguntamos ahora quién debe prestar el consentimiento en aquellas situaciones a las que les resulte aplicable la excepción analizada en las líneas presentes. El artículo 9.3.c) LAP, en su redacción anterior a la LIA, no aportaba una solución definitiva a la problemática suscitada, al establecer que «los padres [tenían que ser] informados y su opinión [sería] tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente»⁵⁸². De esta forma, son tres las opiniones que pue-

⁵⁸² Entiende la doctrina mayoritaria que el precepto debía referirse a los representantes legales del menor y no a sus padres, habida cuenta de que el menor puede estar sometido a un régimen de tutela. Por todos, Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 126; Romeo Casabon a, Carlos María *et al.*, «Información y consentimiento»... *op. cit.*, p. 57. Abundando en esta línea, postula Parra Lucán: «No parece, sin embargo, que se haya querido establecer una regla diferente para los padres y el tutor: el consentimiento por representación también puede darlo el tutor, porque es representante legal y ésta es la expresión que utiliza la primera parte del precepto. Es decir, no cabría argumentar, por ejemplo, que el tutor, por analogía con el artículo 217.1.º del Código Civil (internamiento del tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial), necesita autorización judicial para las intervenciones que supongan un riesgo para la salud del menor tutelado: no es preciso recurrir a la analogía porque el supuesto está contemplado en el artículo 9.3 de la Ley 11/2002 [...]. En cambio, sí que hay que recurrir a la analogía para sostener que, cuando no quepa representación, pero se trate de una actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, el tutor será informado, y su opinión tenida en cuenta (en el sentido explicado más arriba: que también tiene que prestar su consentimiento)» (Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 1915).

den sostenerse, a saber, que la decisión corresponda al facultativo, a los progenitores del menor o a este último. Bajo nuestro punto de vista, la primera posibilidad debe rehusarse por constituir una manifestación del paternalismo médico inadmisibles, amén de absolutamente incoherente con la filosofía que inspira el consentimiento informado⁵⁸³. La segunda opción debe rechazarse igualmente, puesto que el precepto exigía que los padres fueran informados y que su opinión fuera tomada en consideración, pero en ningún caso atribuía carácter vinculante al parecer de los progenitores, poniéndose así de relieve que no les correspondía otorgar el consentimiento por representación. En consecuencia, sólo resulta admisible la decisión por el menor de edad, si bien tras escuchar a sus padres (que, para ello, debían ser previamente informados⁵⁸⁴), cuya opinión debía ser tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente⁵⁸⁵.

Tras la reforma de 2015 operada por la LIA, el artículo 9.4 *in fine* LAP declara explícitamente que, en las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo ha de prestar su representante legal tras

⁵⁸³ Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La capacidad...» *op. cit.*, pp. 1910-1911. En sentido opuesto se postula Cantero Martínez, quien sostiene que «[t]odo parece apuntar, pues, a que en estos casos y paradójicamente la última decisión estará en manos del propio médico» (Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía... op. cit.*, p. 52).

⁵⁸⁴ Coincidimos con Santos Morón en que la información a los padres del paciente menor de edad cuando éste reúne las condiciones de madurez suficientes para decidir constituye un atentado contra su derecho a la intimidad y confidencialidad, salvo, evidentemente, que la información a los progenitores sea autorizada expresa o tácitamente por el menor sobre la base del artículo 5.1 *in fine* LAP (Santos Morón, María José, «Menores y...» *op. cit.*, pp. 84-85). Por tanto, suscribimos plenamente las palabras de de Lama Aymá cuando afirma que «si negamos al menor, que tiene capacidad natural para decidir sobre la intervención o tratamiento, la posibilidad de prestar por sí mismo su consentimiento, le estamos condenando a que sus representantes legales conozcan determinados datos de su vida privada que, quizás, el menor no quiera revelar y a que exista una injerencia en su intimidad que el menor capaz debe poder controlar (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 310). En esta misma línea, postula Agón López, al cuestionarse sobre la confidencialidad de los datos clínicos cuando el paciente es menor de edad, que las complejas situaciones de conflicto entre el derecho a la intimidad del menor, de un lado, y el pretendido derecho de los padres a conocer la información de su hijo al objeto de cumplir con su deber tuitivo, de otro, deben resolverse «a partir de la determinación de la capacidad natural del sujeto», de manera que «[s]i carece de esta capacidad debe informarse a los padres o tutores para que puedan prestar el consentimiento por sustitución (aunque subsiste el deber de informar al menor [...])», pero «si el menor tiene la madurez para decidir, debe respetarse su intimidad» (Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado... op. cit.*, pp. 159-160).

⁵⁸⁵ La terminología empleada por el legislador no resulta la más rigurosa, habida cuenta de que no es posible exigir al menor que tenga en cuenta la opinión de sus padres; se le puede imponer que los oiga, pero no que los escuche (*id est*, que tenga en cuenta su opinión al decidir). En todo caso, estimamos, con Oliv a Blázquez, que el legislador lo que pretendía era velar porque el menor se formase, antes de decidir, un juicio completo, reputando de relevancia para ello que escuchara la opinión de sus padres (Oliv a Blázquez, Francisco, «El menor...» *op. cit.*, p. 44). Por su parte, Guerrero Zaplana, admitiendo que es al menor a quien el legislador legitima para la prestación del consentimiento informado a una actuación de grave riesgo para su vida o salud, entiende que «pudiera no ser razonable que [...] la última palabra deba recaer sobre la voluntad de una persona que simplemente haya cumplido los dieciséis años» (Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 82).

oír y tener en cuenta su opinión. Ahora bien, ¿qué ocurre si, de resultas de la emancipación del menor, se ha extinguido la patria potestad o tutela a la que el mismo hubiera estado sometido? En tales casos postulamos, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por motivos obvios, sus progenitores⁵⁸⁶. Sin embargo, cuando el paciente menor de edad y emancipado haya contraído matrimonio, entendemos que debe ser su cónyuge quien otorgue el consentimiento por representación⁵⁸⁷.

- Excepción a debate: ¿está jurídicamente justificada

Finalmente, nos cuestionamos en las líneas que siguen la justificación jurídica de la excepción analizada, para lo que debemos partir de la exposición siquiera sucinta de las conclusiones esenciales que se coligen de la Circular 1/2012, en la que la Fiscalía General del Estado define unas pautas que han de guiar la conducta de los profesionales sanitarios cuando el estado de salud del menor exija, con carácter vital, la realización de una determinada actuación sanitaria que, sin embargo, el propio menor y/o sus progenitores rechazan. El estudio de la Circular 1/2012 presenta una relevancia excepcional, puesto que, bajo nuestro punto de vista, constituye el germen de la reforma operada por la LIA en los artículos 9 LAP y 162 CC en el año 2015.

Adentrándonos en el contenido de la Circular 1/2012, la Fiscalía General del Estado separa de inicio dos supuestos a los que les va a atribuir un régimen jurídico distinto, a saber, las situaciones en que el paciente menor de edad reúne las condiciones de madurez suficientes para adoptar una decisión en el

⁵⁸⁶ Cuando, por exigencia del artículo 286 CC, se haya nombrado un curador al menor de edad emancipado cuyos padres hubieran fallecido, coincidimos con Domínguez Luelmo en que, pese a que «[p]odría pensarse que la información a que se refiere el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 debe suministrarse al curador [...] esta figura está pensada más bien para los actos del emancipado de naturaleza patrimonial» (Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario... op. cit.*, p. 364). Actualizando la cita reproducida al tenor de los artículos 9.3 y 9.4 LAP tras la reforma de 2015, podemos concluir que, aun cuando el paciente menor de edad esté sujeto a la asistencia de un curador por sentencia judicial, no debe ser éste quien otorgue el consentimiento *ex* artículo 9.4 LAP, debido a la naturaleza eminentemente patrimonial con la que el legislador concibe la curatela. En consecuencia, son los vinculados al paciente por razones familiares o de hecho los que han de consentir o rechazar la actuación de grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad.

⁵⁸⁷ Al respecto, sostiene de Lama Aymá, antes de la reforma de los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP operada por la LIA, que «en el supuesto del menor emancipado por matrimonio no debería informarse a los padres sino al cónyuge cuando éste fuera mayor de edad» (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 314). En nuestra opinión, por el contrario, no existe impedimento legal alguno para que el cónyuge del paciente pueda otorgar el consentimiento por representación incluso aun siendo menor de edad, si bien para ello debe superar un estricto juicio para comprobar que, efectivamente, el mismo reúne las condiciones de capacidad suficientes para adoptar una decisión «adecuada a las circunstancias» y «proporcionada a las necesidades que haya de atender» (artículo 9.7 LAP).

ámbito de su salud, de un lado, y las situaciones en las que el menor de edad, por el contrario, no supera el juicio de madurez para ello, de otro. En este último supuesto, obviamente, no puede el menor consentir ni rechazar la actuación médicamente indicada, correspondiendo dicha decisión a sus progenitores. No obstante, si los padres del menor rechazan una actuación médica de carácter vital, los profesionales sanitarios han de acudir al Juzgado de Guardia, quedando a salvo los supuestos de urgencia, en los que la actuación de los facultativos (aun en contra de la voluntad de los progenitores) se justifica por el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

Por su parte, cuando el menor de edad supera el juicio de madurez para decidir, separa la Fiscalía General del Estado tres situaciones distintas. En primer lugar, si el menor rechaza la intervención o tratamiento vital en contra del parecer de sus progenitores, la Circular 1/2012 resuelve que los profesionales sanitarios pueden llevar a cabo la actuación médicamente indicada, quedando su actuación enmarcada en el supuesto excepcional contemplado en el artículo 9.3.c) *in fine* LAP (actual artículo 9.4 LAP, tras la reforma de 2015). Asimismo, los facultativos no están obligados a plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, si bien, cuando no concurra una situación de urgencia, la conducta más respetuosa con la autonomía del paciente menor de edad sería acudir a la autoridad judicial.

En segundo lugar, si tanto el menor de edad como sus representantes legales se oponen a la actuación médica vital, el profesional sanitario debe plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, salvo en los supuestos de urgencia, en los que la actuación del médico quedaría inmersa en las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Por último, cuando el menor maduro consiente la práctica de la actuación médica vital, siendo sus padres los que la rechazan, el facultativo debe actuar aun en contra de la oposición de los progenitores.

En definitiva, el posicionamiento de la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012 puede resumirse como sigue: la decisión de un menor maduro respecto de una actuación de carácter vital únicamente debe respetarse cuando consienta su práctica; dicho en otros términos, si el menor de edad rechaza la actuación médica vital, su decisión no puede ser atendida por encontrarse el mismo al amparo del Estado y estimar éste que el mejor interés del menor se identifica con la protección de su vida biológica, como se desprende claramente de las propias palabras de la Fiscalía en la comentada Circular:

«Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias

o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto⁵⁸⁸.»

Como puede comprobarse, la Fiscalía General del Estado aboga por proteger la autonomía futura de los menores de edad, si bien a costa de su autonomía presente e ignorando su voluntad de rechazo, aun cuando reúna suficientes condiciones de madurez para decidir personalmente⁵⁸⁹. En suma, se trata de reemplazar el derecho del paciente menor de edad al consentimiento informado por su derecho al consentimiento siempre que su decisión sea compatible con su vida, entendida ésta como mero hecho biológico e identificada en todo caso con el interés superior del menor. Resume de modo magistral Oliva Blázquez las consecuencias esenciales que se derivan de la Circular 1/2012 en los siguientes términos:

«La gravedad de estas conclusiones, en la que se resume a la perfección el sentir de la institución, es patente: desmonta por completo el derecho fundamental al consentimiento informado (de acuerdo con lo expresado por la STC 37/2011), que se sustituye por una genérica sumisión del menor a «la protección del Estado» (*ex art. 39 CE*) a través del facultativo, que indica qué es bueno o malo para el paciente (paternalismo); tolera que se lleguen a imponer tratamientos coercitivos, violando el derecho a la integridad física (*art. 15 CE*) y, en su caso, a la libertad religiosa e ideológica del menor maduro (*art. 16 CE*); ignora,

⁵⁸⁸ No faltan en nuestra doctrina voces a favor de la identificación «mejor interés del menor-vida biológica» postulada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012. Por todos, Díez Rodríguez, José Ramón, «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, n. 11, 2012, p. 207. Sin embargo, quien escribe sostiene, con Oliva Blázquez, que «no puede identificarse [...] el interés superior del menor con el simple hecho de vivir desde un punto de vista biológico» (Oliva Blázquez, Francisco, «El menor...» *op. cit.*, p. 47). De hecho, la LOPJM, tras la modificación introducida por la LOIA, recoge, en su artículo 2.2, un listado ejemplificativo de criterios generales para la interpretación y aplicación *ad hoc* del interés superior del menor, entre los que hallamos, sin relación de jerarquía, la protección del derecho a la vida del menor, de un lado, y la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, de otro. Además, el apartado tercero del antedicho precepto establece los elementos generales que han de tenerse en cuenta para ponderar los distintos criterios que puedan entrar en conflicto, siendo uno de ellos la edad y madurez del menor. De este modo, del tenor de la LOPJM podemos extraer dos conclusiones esenciales: en primer lugar, que no tienen base legal ni la identificación «vida-interés del menor» ni la prioridad de la protección de la vida del menor sobre su voluntad y, en segundo lugar, que la edad y madurez del menor puede servirnos para inclinar la balanza en favor de los deseos y opiniones del paciente frente a la protección de su vida.

⁵⁸⁹ Esta parece ser la tesis defendida por Galán Cortés al afirmar que «cuando se da un conflicto de intereses entre el poder de autodisposición del menor sobre su cuerpo y la vida, debe primar este segundo, con lo cual podrá autorizarse que la actuación médica se lleve a cabo negando eficacia al consentimiento prestado por el menor que se opone a ella, por cuanto su interés superior ha de ser el de preservar su vida para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 793).

como hemos visto, la teleología e incluso la literalidad de la legislación vigente en materia de autonomía del paciente así como el régimen jurídico contemporáneo aplicable a la minoría de edad; desconoce por completo la legislación sobre dignidad en el proceso de la muerte que rige en determinadas Comunidades Autónomas y que, con carácter general, considera que los menores emancipados o con dieciséis años pueden rechazar un tratamiento «aunque ello pueda poner en peligro su vida»; por último, vacía de contenido a las instituciones mediante las que se ejerce la representación legal en estas situaciones límite⁵⁹⁰.»

En puridad, la Circular 1/2012 pone de relieve ostensiblemente la desconfianza que la Fiscalía General del Estado muestra ante la capacidad del paciente menor de edad para rechazar una actuación médica de carácter vital, cautela que, sin embargo, no guarda cuando lo que pretende el paciente es consentir el acto médico, razonamiento que nos evoca las palabras de Katz al cuestionarse «¿[p]or qué una respuesta afirmativa [no parece] tan sospechosa como una negativa?»⁵⁹¹.

Bajo nuestro punto de vista, el posicionamiento adoptado por la Fiscalía General del Estado en la comentada Circular resulta merecedora de crítica, habida cuenta de que, al imposibilitar que el menor de edad pueda adoptar

⁵⁹⁰ Oliv a Blázquez, Francisco, «El menor...» *op. cit.*, p. 47. En una tendencia coincidente con la sostenida por quien escribe, si bien palmariamente opuesta a la adoptada por la Fiscalía en la comentada Circular, destaca Santos Morón el papel decisivo desempeñado por la capacidad natural del menor para la determinación de su facultad decisoria: «Pese a que se afirma en línea de principio que el menor debe decidir por sí mismo si tiene suficiente capacidad natural –debiendo por consiguiente prevalecer su voluntad sobre la de sus padres en caso de discordancia– se limita la eficacia de su decisión al supuesto en que la decisión que adopte resulta para él beneficiosa o no resulte contraria a su interés. Es decir, se priva de eficacia la decisión del menor, al que previamente se le ha reconocido capacidad natural, si un tercero –los padres, el médico que lo trata, el Ministerio Fiscal...– considera que la alternativa elegida por el menor no le beneficia. Ello equivale a sustituir la voluntad del menor en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales o los parámetros o valores de sus representantes legales. Y esta idea –que como luego veremos se manifiesta sobre todo en relación con los tratamientos médicos– en mi opinión no es compatible con el previo reconocimiento de su capacidad. Si se considera que el menor tiene suficiente discernimiento y madurez para adoptar una decisión, es porque se presupone que es capaz de valorar las consecuencias, positivas o negativas, de la decisión que adopte, y sopesar sus ventajas, inconvenientes y posibles riesgos. Por consiguiente si la decisión que, de forma consciente y voluntaria, toma el menor puede ocasionarle, a juicio de terceros, consecuencias negativas, debe pese a ello respetarse su opinión, ya que lo contrario equivale a hacer depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectivas y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por éste. Lo que debe tenerse presente es, eso sí, que a la hora de determinar si el menor tiene suficiente capacidad natural hay que tomar en consideración el tipo de consecuencias que puedan derivarse del acto de que se trate. Es decir, cuanto más graves sean las consecuencias que pueden resultar de un acto de ejercicio de derechos de la personalidad mayor grado de discernimiento y madurez debe exigírsele para adoptar una decisión válida. Pero una vez se concluye que el menor tiene suficiente capacidad natural creo que no cabe, «a posteriori» negar eficacia a su decisión» (Santos Morón, María José, «Menores y...» *op. cit.*, p. 68).

⁵⁹¹ Katz, Jay, *El médico y el paciente: su mundo silencioso*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1989, p. 311.

personalmente decisiones relativas a actuaciones de grave riesgo para su vida o salud, se opone frontalmente al propósito perseguido por el legislador (enunciado en la Exposición de Motivos de la LOPJM) de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia mediante la promoción de su autonomía, asociada ésta a la satisfacción de unas condiciones mínimas de madurez más que a la mera edad biológica del menor. Quien escribe estima que debe respetarse la voluntad del paciente menor de edad (ya sea de consentir o rechazar la actuación médica de carácter vital) siempre que el mismo reúna las condiciones de madurez suficientes para comprender las consecuencias e implicaciones de su decisión. Es ésta la única solución coherente con la previsión contenida en el artículo 162.1.º CC, aun cuando deban intervenir los responsables parentales, si bien no en ejercicio de una representación legal excluida en la esfera de los derechos de la personalidad, sino en ejercicio de los deberes de cuidado que les atribuye el artículo 154 CC como titulares de una patria potestad que ha de ejercerse «en interés de los hijos» y «de acuerdo con su personalidad», siendo, precisamente, la personalidad y el grado de capacidad natural del menor los que, parafraseando a Yzquierdo Tolsada, «han de constituir la medida del supremo interés del menor»⁵⁹². Asimismo, hemos de advertir que la actuación en favor de los menores al amparo del artículo 154 CC (o su homólogo para la tutela, el artículo 216 CC) no está justificada cuando la representación legal se haya extinguido por emancipación del menor de edad (artículos 169.2.º y 276.4 CC).

En conclusión, quien escribe aboga por la necesidad de considerar al menor de edad, no como un mero sujeto necesitado de protección, como parecen postular la LAP y la Circular 1/2012, sino como un «sujeto de pleno derecho»⁵⁹³ cuya autonomía sea determinante en la definición de su mejor interés, constituyendo la promoción de su autonomía la mejor vía para instrumentalizar su protección⁵⁹⁴.

⁵⁹² Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código civil», en AA. VV., *Código Civil Comentado*, vol. I, 2.ª ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Madrid, 2016, pp. 784-792.

⁵⁹³ Villa grasa Alcaide, Carlos, «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 49, 2015, p. 18.

⁵⁹⁴ En esta línea se pronuncia la LOPJM en su Exposición de Motivos, donde podemos leer: «El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.»

3.1.3.2 Consentimiento informado del menor de edad en Inglaterra

A continuación, vamos a estudiar el régimen aplicable en Inglaterra al menor de edad en lo que a la prestación del consentimiento informado se refiere⁵⁹⁵, análisis que ha de partir de la separación de los supuestos en que la voluntad del menor es de consentir la actuación médicamente indicada de aquellos otros en los que lo que pretende el menor es su rechazo⁵⁹⁶.

A. Consentimiento del menor a la actuación médicamente indicada

El estudio del consentimiento del menor en Inglaterra ha de partir inexorablemente del *leading case* en la materia, a saber, el fallo de la *House of Lords* en *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*, [1986] 1 A. C. 112 (*House of Lords*, 17.10.1985), comúnmente conocido como *Gillick case*, en el que la Sra. Victoria Gillick, madre de cinco hijas menores de dieciséis años, solicita a la Justicia que se declare la ilegalidad de una guía sobre planificación familiar publicada por el *Department of Health and Social Security*, conforme a la cual todas las personas, con independencia de su edad, tienen derecho a recibir sesiones de planificación familiar, si bien la guía enfatiza que el médico debe intentar convencer a los menores de dieciséis años de que acudan a tales sesiones acompañados de sus padres o tutores. La

En la doctrina, afirma de Lama Aymá, en coherencia con las previsiones de la LOPJM, que, «cuando el menor tiene capacidad de autogobierno, los límites a su actuación no sólo no protegen sino que vulneran el libre desarrollo de su personalidad y ello es especialmente patente en el ámbito de los derechos fundamentales» (de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, p. 310). La postura opuesta sostiene Sánchez Hernández, para quien «ante el conflicto capacidad natural-interés del menor prima este último» (Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural...» *op. cit.*, p. 966), sin que parezca la autora tomar en consideración la autonomía del menor maduro en la definición de su interés

⁵⁹⁵ La regulación expuesta en el presente apartado constituye el Derecho aplicable también en Gales. En Escocia, por su parte, el régimen jurídico del consentimiento y el rechazo al tratamiento médico por el menor de edad lo contempla la sección 2(4) de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, conforme a la cual: «A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent on his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment.»

⁵⁹⁶ Coincidimos con el parecer mayoritario en la doctrina británica, conforme al cual la diferencia entre los regímenes jurídicos del consentimiento y el rechazo al tratamiento se fundamenta en la exigencia de un mayor nivel de discernimiento en el menor de edad si lo que pretende es rechazar el tratamiento, habida cuenta de las consecuencias generalmente más graves que comporta su decisión en tal caso respecto de las implicadas por su conformidad a un tratamiento médicamente indicado. Por todos, Teff, Harvey, *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 151; Khan, Malcolm y Robson, Michelle, *Clinical negligence... op. cit.*, p. 49.

Sra. Gillick fundamenta su reclamación en la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, cuya literalidad presenta el tenor que sigue:

«(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section «surgical, medical or dental treatment» includes any procedures undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted.»

Como podemos comprobar, si bien el precepto transcrito legitima a los menores que hayan alcanzado la edad de dieciséis años para consentir cualquier tratamiento quirúrgico, médico o dental, no clarifica explícitamente el estatus jurídico del menor que aún no ha alcanzado dicha edad con relación al consentimiento en el ámbito sanitario. Así, el derecho del menor de dieciséis años a consentir una actuación médica depende del modo como se interprete la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969*, según la cual no hay nada en la sección 8 que haga inefectivo un consentimiento que hubiera sido efectivo de no haberse publicado dicha sección. De esta suerte, dos son las posibles exégesis que se pueden hacer de la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969*. Por una parte, la interpretación postulada por la demandante, conforme a la cual la sección 8 (3) establece que, si para practicar una actuación médica en un menor con dieciséis años cumplidos se hubiera recabado el consentimiento de sus progenitores, en lugar del suyo propio como permite la sección 8 (1), dicho consentimiento prestado por representación no devendría inefectivo al publicarse la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*. Por otra parte, el *Department of Health and Social Security* y el *Norfolk Area Health Authority* (posterior *West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*) entienden que lo que declara la sección 8 (3) es que, si bien el apartado (1) sólo legitima a los menores con dieciséis años cumplidos para la prestación del consentimiento a una actuación médica, la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969* no determina la inefectividad del consentimiento prestado por un menor sin aún dieciséis años, habida cuenta de que, a su entender, el mismo resulta efectivo ya con anterioridad a la publicación de la mencionada sección.

En primera instancia, la *High Court of Justice* desestima las pretensiones de la Sra. Gillick, resolviendo que un menor de edad puede consentir un tratamiento siempre que sus condiciones de madurez y entendimiento lo permitan, quedando legitimados sus padres para consentir por el menor únicamente cuando éste no supere el juicio de madurez. La Sra. Gillick recurre este pronunciamiento ante la *Court of Appeal*, que estima sus pretensiones afirmando que el contenido de la guía de planificación familiar vulnera los derechos parentales de los progenitores al permitir a los menores de dieciséis años consentir un tratamiento anticonceptivo. Finalmente, el *Department of Health and Social Security* recurre la sentencia de apelación ante la *House of Lords* que, con el disenso de Lord Brandon of Oakbrook y Lord Templeman, resuelve que cualquier menor, con independencia de su edad, puede consentir un tratamiento anticonceptivo siempre que reúna las condiciones suficientes de madurez para ello, si bien Lord Scarman exige a los menores de edad para poder consentir que comprendan, además de la naturaleza del tratamiento, las consecuencias e implicaciones derivadas de su decisión⁵⁹⁷. Con ello, Lord Scarman cualifica el nivel de entendimiento requerido a los menores de edad para consentir respecto del que se requiere a los adultos, a los que sólo se les exige que entiendan los aspectos médicos del tratamiento⁵⁹⁸, como se observa en el pronunciamiento de la *Court of Protection* en el asunto *In re A, [2010] EWHC 1549 (Fam)* (24.6.2010). Por último, resulta esencial advertir que, pese a que en el *Gillick case* se enjuicia la legalidad del consentimiento prestado por una menor de dieciséis años a un tratamiento anticonceptivo, los principios en él enunciados tienen un alcance general, aplicándose a todo paciente menor de edad (sea hombre o mujer) y a cualquier tratamiento (sea anticonceptivo o de cualquier otra índole)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Afirma Lord Scarman: «It is not enough that she should understand the nature of the advice which is being given: she must also have a sufficient maturity to understand what is involved. There are moral and family questions, especially her relationship with her parents; long-term problems associated with the emotional impact of pregnancy and its terminations; and there are risks to health of sexual intercourse at her age, risks which contraception may diminish but cannot eliminate. It follows that a doctor will have to satisfy himself that she is able to appraise these factors before he can safely proceed upon the basis that she has at law capacity to consent to contraceptive treatment.»

⁵⁹⁸ Pattinson , Shaun D., *Medical Law and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014, p. 162; Nelson-Jones, Rodney y Burton , Frank, *Medical negligence case law*, 2ª ed., Butterworths, Londres, 1995, pp. 9-10.

⁵⁹⁹ Nelson-Jones, Rodney y Burton , Frank, *Medical negligence... op. cit.*, p. 9; Khan , Malcolm y Robson , Michelle, *Clinical negligence... op. cit.*, p. 46. En el *case law*, afirma Silver J. en *R (on the application of Axon) v. Secretary of State for Health and another, [2006] EWHC 37 (Admin)* (*High Court of Justice*, 23.1.2006): «The speeches of Lord Fraser, Lord Scarman and Lord Bridge do not indicate or suggest that their conclusions depended in any way upon the nature of the treatment proposed because the approach in their speeches was and is of general application to all forms of medical advice and treatment. Indeed the approach of the majority was to consider in *general* terms the reasons why parental knowledge

Tras *Gillick*, el *case law* prosigue con su doctrina, consolidando el derecho del paciente menor de dieciséis años a consentir el tratamiento siempre que reúna las suficientes condiciones de madurez, pudiendo tal consentimiento ser vetado únicamente por los tribunales en ejercicio de su *parens patriae*⁶⁰⁰.

En resumen, se halla en Inglaterra absolutamente afianzado el derecho del menor maduro a consentir un tratamiento, si bien el nivel de madurez exigido al menor será más elevado cuanto mayores sean los riesgos que el tratamiento conlleva⁶⁰¹. Ahora bien, el fundamento del derecho del menor a consentir difiere en función de si éste ha alcanzado o no la edad de dieciséis años, pues, mientras que en el primer caso el derecho a consentir lo contempla expresamente la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, si el paciente es menor de dieciséis años su derecho a consentir el tratamiento se fundamenta en el *common law*. Finalmente, se cimienta también en el *common law* el derecho del paciente a consentir un tratamiento de carácter no terapéutico, pues la *Family Law Reform Act 1969* se aplica únicamente a los tratamientos curativos; en consecuencia, puede el menor consentir un tratamiento no terapéutico siempre que supere el juicio de madurez a tal efecto⁶⁰².

B. Rechazo del menor a la actuación médicamente indicada

La problemática suscitada en Inglaterra con relación al rechazo al tratamiento por el menor de edad se deriva de su falta de regulación legal, puesto que la *Family Law Reform Act 1969* únicamente legitima al menor con dieciséis años para consentir un tratamiento quirúrgico, médico o dental, guardando silencio sobre su posible derecho a rechazar el mismo. Por consiguiente, hemos de acudir al *common law* en la búsqueda de algún pronunciamiento judicial que configure el estatus jurídico del menor de edad en lo que al rechazo al

or consent might be required for medical advice and treatment and then again in *general* terms when the parental knowledge or consent would no longer be required.»

⁶⁰⁰ A título meramente ejemplificativo, podemos citar los fallos en *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)* [1991] 4 All ER 177 (Court of Appeal, 24.7.1991); *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All ER 627 (Court of Appeal, 10.7.1992); *R (on the application of Axon) v. Secretary of State for Health and another*, [2006] EWHC 37 (Admin) (High Court of Justice, 23.1.2006) y *An NHS Foundation Hospital v. P*, [2014] EWHC 1650 (Fam) (High Court of Justice, 20.5.2014).

⁶⁰¹ Garside, John Paul, *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006, p. 53.

⁶⁰² *Vid. Re W (a minor) (medical treatment)* [1992] 4 All ER 627 (Court of Appeal, 10.7.1992). También, Department of Health, *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2ª ed., 2009, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1.pdf (última consulta el 10.1.2018).

tratamiento se refiere. Así, es en el *Gillick case* donde Lord Scarman postula, *obiter dicta*, el derecho de los menores, con independencia de su edad, a rechazar un tratamiento siempre que presenten un nivel de madurez y entendimiento bastante para ello:

«In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine *whether or not* their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed⁶⁰³.»

Esta tendencia es la seguida por Ward J. en *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*, [1992] 2 FCR 219 (*High Court of Justice*, 21.8.1990), en un asunto donde un menor con quince años y medio, con el apoyo de su familia, rehúsa recibir una transfusión de sangre como parte del tratamiento contra la leucemia que padece. En la *High Court of Justice*, Ward J. estima, con base en el dictamen de Lord Scarman en el *Gillick case*, que un menor de dieciséis años puede rechazar un tratamiento si es suficientemente maduro para ello, juicio de capacidad no superado por el menor en el supuesto enjuiciado, al entender el juez que no comprende las implicaciones que para él y su familia conllevaría el proceso de la muerte.

Tras éste se suceden los pronunciamientos judiciales en los que el *case law* restringe la amplia capacidad reconocida en *Gillick* a los pacientes menores de edad para rechazar el tratamiento. Así, en el asunto *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All ER 177 (*Court of Appeal*, 24.7.1991), en el que una menor con quince años y diez meses se niega a tomar cierta medicación, la *Court of Appeal* resuelve que, si bien un menor maduro puede rechazar un tratamiento, tanto el tribunal como sus progenitores tienen la facultad de vetar dicha decisión; no obstante, si el menor maduro lo que decide es consentir el tratamiento, su decisión únicamente puede ser vetada por el tribunal en ejercicio de su jurisdicción inherente e ilimitada para la protección de los menores de edad. Esta doctrina la representa Lord Donaldson of Lyvington MR. con la analogía de los llaveros (*keyholder analogy*), con arreglo a la cual, si bien cuando el paciente es mayor de edad sólo él tiene la llave para abrir el tratamiento (esto es, sólo él puede consentirlo), en los supuestos en que el paciente es menor de edad, tanto él como sus padres tienen sendas llaves para abrir el tratamiento, sin que el consentimiento de cualquiera de ellos pueda ser vetado por el rechazo del otro.

⁶⁰³ Énfasis añadido.

Esta doctrina la reafirma un año después la *Court of Appeal* en *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All ER 627 (*Court of Appeal*, 10.7.1992), si bien Lord Donaldson of Lydneyon MR. reemplaza la analogía de los llaveros por la del chaleco antibalas (*flak jacket analogy*), al estimar que aquella no refleja de modo correcto la doctrina de la *Court of Appeal*, pues los llaveros pueden tanto abrir como cerrar puertas (tratamientos en este caso), con lo que no pueden disponer el menor y sus progenitores de sendas llaves cuando a los mismos no se le reconoce la facultad de cerrar la puerta al tratamiento (esto es, de vetar el consentimiento otorgado por la otra parte), facultad que únicamente se le concede al tribunal para la protección del menor de edad. Por ello, postula el juez la analogía del chaleco antibalas para representar la protección frente a futuribles reclamaciones judiciales por *trespass* o *criminal assault* que conlleva para el facultativo sustentar la actuación médica en un consentimiento otorgado por el paciente y/o sus progenitores (o uno de éstos).

Los principios expuestos se recogen en sucesivos pronunciamientos judiciales, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, los fallos en *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment)*, (1992) *Times*, 15 July (*Court of Appeal*, 15.7.1992); *Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment)*, [1993] 1 FCR 240 (*High Court of Justice*, 10.9.1992); *South Glamorgan County Council v. W and B*, (1992) 11 BMLR 162 (*High Court of Justice*, 27.10.1992); *Re M (child: refusal of medical treatment)*, 52 BMLR 124 (*High Court of Justice*, 15.7.1999); *Re P (Minor)*, [2003] EWHC 2327 (*High Court of Justice*, 15.8.2003) y *F v. F (Welfare of Children: Immunisation)*, [2013] EWHC 2683 (*Fam*) (*High Court of Justice*, 5.9.2013).

Finalmente, tras un conato de ampliación extrajudicial de la capacidad del menor para rechazar el tratamiento en el asunto Hannah Jones⁶⁰⁴, en el que tanto los padres como la autoridad sanitaria británica respaldan la decisión de una paciente de trece años de rechazar una intervención quirúrgica vital de trasplante de corazón al entender que reúne las condiciones de madurez suficientes para adoptar una decisión en tal sentido, la *High Court of Justice* reitera en *An NHS Foundation Hospital v. P*, [2014] EWHC 1650 (*High Court of Justice*, 20.5.2014) la facultad de la que gozan los tribunales de vetar la decisión de rechazo al tratamiento adoptada por un menor maduro. Como podemos comprobar, el amplio margen de decisión concedido en *Gillick* al menor de edad para rechazar el tratamiento médico es restringido por el *case law* en ul-

⁶⁰⁴ Para un análisis en profundidad, *vid.* Oliv a Blázquez, Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, pp. 61-62.

teriores asuntos, idea expresada con maestría por Lowe y Douglas en los términos que siguen:

«Although *Gillick* should certainly be seen as a further important example of the diminution of parental authority in the eyes of English law, potentially it was (and still is) of much greater significance, for it seemed to acknowledge that children themselves have the power to make their own decisions. Had this been how the decision was interpreted, then it might fairly have been described as a landmark of children's rights. However, as we now discuss, it has been restrictively interpreted, and for those who saw *Gillick* as establishing autonomy rights for mature children it has so far proved a false dawn. The two leading cases are *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment)* and *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)*, both decided by the Court of Appeal⁶⁰⁵.»

En conclusión, el *common law* reconoce al menor de edad, haya o no cumplido los dieciséis años, el derecho a rechazar un tratamiento, si bien puede tal decisión ser vetada tanto por sus progenitores como por el tribunal en interés del menor, debiendo tomarse en consideración la influencia psicológica que pueda desplegar sobre el menor la desatención de su voluntad⁶⁰⁶.

3.1.3.3 *Apuntes sobre el rechazo al tratamiento vital por el menor de edad en los Estados Unidos de América*

Concluimos el análisis del consentimiento del menor de edad con una somera referencia al estado de la cuestión en el *common law* norteamericano, sobre la base de dos asuntos de relevancia resueltos por los tribunales en los Estados Unidos de América.

En el primero de ellos, *Green appeal*, 448 Pa. 338 (1972) (*Supreme Court of Pennsylvania*, 28.6.1972), Ricky Ricardo Green, de dieciséis años, vive con su madre tras la separación de sus progenitores. Tras sufrir el menor dos ataques de poliomielitis, padece obesidad y escoliosis paralítica, con un 94% de curvatura de la espina dorsal. Si los médicos no actúan, el menor quedará encamado de por vida. En este contexto, los facultativos prescriben a Ricky la práctica de una intervención quirúrgica consistente en el traslado de parte del hueso de su pelvis a

⁶⁰⁵ Lowe, Nigel y Douglas Gillian, *Bromley's Family Law*, 11ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 322-323.

⁶⁰⁶ Vid. *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment)*, (1992) *Times*, 15 July (Court of Appeal, 15.7.1992) y *An NHS Foundation Hospital v. P.* [2014] EWHC 1650 (Fam) (High Court of Justice, 20.5.2014). En la doctrina, vid. Garside, John Paul, *Law for... op. cit.*, p. 113.

su espina dorsal al objeto de reducir su curvatura. Es posible que en el curso de la operación se produzca una hemorragia que exija administrar al menor una transfusión de sangre. Sin embargo, la Sra. Green, madre del menor, consiente la intervención, pero se niega a que su hijo sea transfundido, al contravenir sus creencias religiosas como testigo de Jehová. El *Director* del *State Hospital for Crippled Children* (Elizabethtown, Pennsylvania) entabla una acción ante el *Court of Common Pleas of Philadelphia County (Family Division, Juvenile Branch)* en solicitud de una decisión judicial que declare al menor en situación de desamparo (*neglected child*) sobre la base de *Juvenile Court Act* (1933) y el nombramiento de un tutor (*guardian*) que consienta la transfusión en nombre del menor. La solicitud es desestimada en primera instancia, en un fallo recurrido y anulado en apelación por la *Superior Court of Pennsylvania*. Finalmente, la Sra. Green recurre el pronunciamiento del tribunal de apelación ante la *Supreme Court of Pennsylvania*, que anula la decisión del tribunal *a quo* y devuelve el asunto al tribunal de primera instancia para que oiga al menor en una audiencia al objeto de determinar su voluntad con respecto al tratamiento. Esta sentencia es aprobada con el voto particular del juez Eagen (al que se unen los jueces Roberts y Pomeroy) que, en la línea marcada por el tribunal de apelación, considera que debe nombrarse al menor un tutor (*guardian*) que consienta la transfusión sanguínea. Entiende el juez Eagen que no es razonable presumir que en una audiencia ante el tribunal de primera instancia pueda el menor adoptar una decisión libre, puesto que su voluntad está influida por las enseñanzas recibidas de sus padres durante toda su vida. Asimismo, considera el juez que el sometimiento del menor a una audiencia le obligaría a enfrentarse al doloroso dilema de tener que elegir entre los deseos y creencias religiosas de sus padres, de un lado, y la posibilidad de disfrutar de una vida saludable, de otro.

El segundo pronunciamiento judicial de relevancia es el dictado por la *Supreme Court of Illinois* en *In re E. G., a minor (The People of the State of Illinois, Appellant, v. E. G., a Minor, Appellee)*, 133 Ill.2d 98, 549 N. E.2d 322 (1989) (*Supreme Court of Illinois*, 29.1.1990). En febrero de 1987, una menor con diecisiete años (E. G.) es diagnosticada de leucemia, siendo informada por el equipo médico de la necesidad de administrarle una transfusión sanguínea como tratamiento indispensable del cáncer que padece. Sin embargo, tanto la menor como su madre rechazan la transfusión sobre la base de sus creencias religiosas como testigos de Jehová. En primera instancia, la *circuit court of Cook County*, tras sopesar las creencias religiosas de E. G. y su madre y el grado de madurez de la menor para decidir, resuelve el nombramiento a ésta de un tutor (*guardian*) que consienta la transfusión de sangre médicamente indicada (ignorando así el dictamen de diversos médicos favorables a la madurez de la menor para rechazar el

tratamiento), considerando preeminente el interés del Estado en la preservación de la vida de la menor sobre su voluntad. Tras ser transfundida E. G. en reiteradas ocasiones, el Estado de Illinois recurre el pronunciamiento judicial de primera instancia ante la *Supreme Court of Illinois* que, finalmente, anula por mayoría la sentencia del tribunal *a quo*, entendiendo que la madurez del menor es un parámetro esencial a ponderar para resolver si tiene o no derecho a rechazar una transfusión sanguínea de carácter vital, no siendo la minoría de edad, *per se*, impedimento alguno para que un adolescente pueda ejercitar los derechos asociados a la edad adulta, siempre y cuando, evidentemente, el menor reúna las condiciones suficientes de madurez para el ejercicio de tales derechos. De esta suerte, es el juez el que, en última instancia, ha de valorar la madurez del menor para decidir en el ámbito de su salud, quedando legitimado el Estado para actuar como *parens patriae* en aquellos supuestos en que el menor no supere el referido juicio de madurez⁶⁰⁷. Si, por el contrario, la madurez del menor resulta acreditada, el *common law* le reconoce el derecho a consentir o rechazar un tratamiento médico, derecho que no tiene carácter absoluto, debiendo ser ponderado con los siguientes intereses del Estado: interés en la preservación de la vida, en la protección de terceras partes, en la prevención del suicidio y en el mantenimiento de la integridad de la profesión ética. Entiende el Tribunal que el interés estatal más relevante en el caso enjuiciado es la protección de las terceras partes, que se traduce en la necesidad de que los tribunales, al resolver sobre el derecho del menor a consentir o rechazar el tratamiento, tenga en cuenta la opinión de los padres, tutores, hermanos u otros parientes de aquél. No obstante, en este caso no existe tercera parte a la que proteger, habida cuenta de que tanto la menor como su madre coinciden en rechazar la transfusión sanguínea por motivos religiosos. En definitiva, sobre la base de la argumentación sucintamente expuesta, la *Supreme Court of Illinois* reconoce a E. G. el derecho a rehusar la transfusión sanguínea médicamente recomendada (y vital), al presentar el grado de madurez suficiente para valorar las implicaciones del rechazo y adoptar una decisión en consecuencia.

⁶⁰⁷ Afirma la *Supreme Court of Illinois*: «the State has a *parens patriae* power to protect those incompetent to protect themselves. (Longway, 133 Ill.2d at 52, 139 Ill. Dec. 780, 549 N. E.2d 292; 27 Am. Jur.2d Equity § 69 (1966).) «[I]t is well-settled that the State as *parens patriae* has a special duty to protect minors and, if necessary, make vital decisions as to whether to submit a minor to necessary treatment where the condition is life threatening, as wrenching and distasteful as such actions may be.» (In re Hamilton (Tenn. App.1983), 657 S. W.2d 425, 429.) The State's *parens patriae* power pertaining to minors is strongest when the minor is immature and thus incompetent (lacking in capacity) to make these decisions on her own. The *parens patriae* authority fades, however, as the minor gets older and disappears upon her reaching adulthood. The State interest in protecting a mature minor in these situations will vary depending upon the nature of the medical treatment involved. Where the health care issues are potentially life threatening, the State's *parens patriae* interest is greater than if the health care matter is less consequential.»

En conclusión, podemos comprobar cómo tanto la *Supreme Court of Pennsylvania* como la *Supreme Court of Illinois* atribuyen un papel protagonista a la madurez del menor como criterio de ponderación de su voluntad de rechazo a un tratamiento de carácter vital.

3.1.4 Conclusiones comparativas

Estudiado el régimen jurídico del consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento sanitario por el menor de edad en los ordenamientos jurídicos español e inglés y en el *case law* norteamericano, podemos colegir que es en los Estados Unidos de América donde la voluntad del menor maduro adquiere un protagonismo absoluto y exclusivo en la adopción de sus decisiones sanitarias. De esta manera, es el criterio de la madurez el único que los tribunales norteamericanos consideran cuando el menor pretende tomar una decisión de consecuencias tan graves e irreversibles como es el rechazo a un procedimiento médico de carácter vital.

Por su parte, los sistemas jurídicos inglés y español, si bien atribuyen al criterio de la madurez del menor una indudable relevancia en la adopción de sus decisiones en salud, se le reconocen igualmente ciertas restricciones que limitan la posibilidad del menor de adoptar determinadas decisiones. Así, mientras que en Inglaterra el menor maduro puede consentir o rechazar cualquier intervención o tratamiento (incluso de naturaleza vital), si bien pudiendo ser vetada su decisión por los tribunales, en el primer caso, y por éstos y los progenitores, en el segundo, en España, la LAP y su interpretación postulada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012, imposibilitan al menor para disponer sobre actuaciones que comporten grave riesgo para su vida o salud, correspondiendo la decisión a sus representantes legales.

3.1.5 Criterios para la prestación del consentimiento por representación

Identificada la persona que ha de otorgar el consentimiento por representación al hallarse el paciente inmerso en alguna de las situaciones definidas en los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP, el legislador estatal establece tres exigencias fundamentales que han de respetarse en el proceso de adopción de decisiones por el representante: en primer lugar, la decisión ha de atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente (artículo 9.6 LAP); como segunda exigencia, la decisión ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las ne-

cesidades que haya de atender, velando siempre por el interés del paciente y el respeto a su dignidad personal (artículo 9.7 LAP) y, por último, el paciente ha de participar en la medida de lo posible en la adopción de las decisiones relativas a su salud (artículo 9.7 LAP⁶⁰⁸). Si bien estas pautas legales apenas plantean problemas aisladamente consideradas, las mismas pueden resultar contradictorias al confluir en supuestos prácticos concretos. Esto ocurre, verbigracia, cuando el paciente manifiesta, antes de perder la capacidad necesaria para consentir personalmente, su deseo de no ser mantenido con vida de modo artificial en caso de encontrarse en una situación de inconsciencia irreversible; en tal supuesto, entra en conflicto la exigencia de adoptar una decisión beneficiosa para la vida del paciente con la necesidad de respetar su autonomía e, incluso, su dignidad personal. Como podemos comprobar, las pautas definidas por el legislador en el artículo 9 LAP como guías para encauzar la toma de decisiones cuando el consentimiento ha de otorgarse por representación resultan ostensiblemente insuficientes. Por ello, vamos a dedicar las líneas que siguen a la exposición, por orden prioritario de utilización, de los estándares definidos por el *case law* norteamericano para su uso por los representantes en la adopción de decisiones por sustitución.

3.1.5.1 *Criterio subjetivo o subjective standard*

Para la adopción de decisiones por sustitución, el representante debe recurrir de inicio al criterio subjetivo, que exige respetar la opinión manifestada por el paciente antes de devenir incapaz (natural o legalmente) para decidir (*precedent autonomy*⁶⁰⁹)⁶¹⁰. En consecuencia, la aplicación del criterio subjetivo exige que el paciente haya sido en algún momento suficientemente capaz para decidir personalmente (aunque ya no lo sea) y que, durante su situación de capacidad, haya expresado su voluntad sobre los cuidados a recibir en una

⁶⁰⁸ Similar previsión contienen los artículos 6 del Convenio de Oviedo y 13 y 14 del Código de Deontología Médica de 2011.

⁶⁰⁹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 228.

⁶¹⁰ Este criterio lo recoge diversa normativa autonómica de muerte digna, pudiendo citarse, como exponente, la Ley de Muerte Digna de Andalucía, cuyo artículo 10.4 *in fine* dice: «Para la interpretación de la voluntad de los pacientes se tendrán en cuenta tanto sus deseos expresados previamente [...]» Igualmente, contempla este criterio el párrafo cuarto del artículo IV. C.-8:108 DCFR, en virtud del cual: «the treatment provider must not carry out treatment without considering, so far as possible, [the opinion] expressed by the patient before becoming incapable», aclarando los comentarios que debe valorarse *ad hoc* la relevancia que tendrán las declaraciones de voluntad previas del paciente en el proceso de adopción de decisiones –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario C (*Preferred option*), p. 1995–.

situación hipotética que, *a posteriori*, deviene real. Así, este criterio impone respetar el parecer del paciente manifestado con carácter previo, ya se exprese el mismo por escrito u oralmente, si bien las manifestaciones verbales plantean mayores dificultades probatorias. Por su parte, la voluntad del paciente declarada por escrito resulta vinculante incluso aunque el documento donde se refleje no cumpla los requisitos de contenido o forma para considerarse instrucciones previas a los efectos del artículo 11 LAP. Asimismo, presentan una relevancia excepcional las declaraciones verbales y escritos «informales» del paciente cuando éste sea un menor, habida cuenta de que el artículo 11 LAP exige la mayoría de edad para el otorgamiento de instrucciones previas⁶¹¹.

En todo caso, la aplicación del presente estándar requiere la identidad entre la situación clínica hipotética con relación a la cual el paciente expresa su voluntad previa y la situación clínica real en la que el mismo se encuentra actualmente, así como una prueba clara y convincente de la voluntad previa del paciente.

Este es el criterio aplicado en el asunto *Matter of Eichner (Fox)*, 73 A. D.2d 431 (N. Y. App. Div. 1980) (*Supreme Court of New York*, 12.12.1979), más conocido como el *case of Brother Fox* («caso del Hermano Fox»). Joseph Charles Fox es intervenido en 1979, a la edad de ochenta y tres años, de una hernia inguinal en el *Nassau Hospital*. En el curso de la cirugía, se produce un accidente anestésico de resultados del cual el paciente sufre un daño cerebral y entra en coma, requiriendo de respiración artificial. Habiendo sido dictaminada la irreversibilidad del estado del Sr. Fox por dos neurocirujanos, el Padre Eichner, *Director* de la *Chaminade High School* (Mineola, Nueva York), en cuyos jardines trabaja el Sr. Fox, e íntimo amigo de éste, solicita a los médicos la desconexión del respirador artificial sobre la base de unas conversaciones mantenidas con el paciente con relación al caso Quinlan (que estudiamos en el apartado dedicado al criterio sustitutivo) en las que el Sr. Fox declara con reiteración su voluntad de no ser mantenido con vida artificialmente en una situación equivalente a aquélla en la que se encuentra Karen Ann Quinlan. Ante la negativa del centro hospitalario de retirar las medidas de soporte vital sin la existencia de una autorización judicial en tal sentido, el Padre Eichner acude ante la Justicia. Finalmente, la *Supreme Court of New York* autoriza la desconexión del respirador artificial al estimar que el testimonio del Padre Eichner

⁶¹¹ Es diversa la normativa autonómica que legitima al menor de edad emancipado para el otorgamiento de instrucciones previas. Por todas, Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana (artículo 45.1) y Ley de Voluntades Anticipadas de Andalucía (artículo 4.1).

acredita con una elevada probabilidad la voluntad previa del Sr. Fox favorable a la desconexión.

Con base en este criterio resuelve también la *Supreme Court of Massachusetts* en *Patricia E. Brophy v. New England Sinai Hospital*, 398 Mass. 417 (*Supreme Court of Massachusetts*, 11.9.1986). Paul Brophy es ingresado en el *Goddard Hospital* (Massachusetts) el 22 de marzo de 1983 en estado vegetativo persistente. Tras ser sometido a una intervención quirúrgica de resultado insatisfactorio, el paciente es trasladado el 28 de junio de ese mismo año al *New England Sinai Hospital*, donde, en el mes de agosto, contrae una neumonía. El equipo médico solicita a su esposa la emisión de unas instrucciones a seguir en caso de producirse una parada cardíaca y ser necesaria la reanimación de su marido. Así, la Sra. Brophy emite una orden de no resucitar a su marido (*DNR order*), dejándose constancia de ella en la historia clínica del paciente. El 21 de diciembre de 1983, el Sr. Brophy es trasladado al *Cardinal Cushing General Hospital* con el consentimiento de su esposa, siendo sometido el día siguiente a una intervención quirúrgica al objeto de implantarle una sonda nasogástrica que le proporcione artificialmente la alimentación e hidratación que requiere para su subsistencia, siendo reingresado en el *New England Sinai Hospital* el día 29 de ese mismo mes y año. No obstante, en 1985, la Sra. Brophy, esposa y tutora del paciente, solicita a los médicos la retirada de la sonda nasogástrica implantada a su marido en el *Cardinal Cushing General Hospital* en diciembre de 1983, petición denegada por el equipo médico, razón por la cual acude ante los tribunales en la búsqueda de una autorización judicial en el sentido pretendido. Tras ser desestimadas sus pretensiones en primera instancia, la Sra. Brophy recurre ante la *Supreme Court of Massachusetts* que, tras reconocer que las personas tienen derecho a rechazar un tratamiento médico como derivación de su derecho a la intimidad (*right to privacy*) y entender que no existe en el supuesto enjuiciado interés alguno del Estado que prevalezca sobre tal derecho, autoriza la retirada de las medidas de soporte vital, siendo decisivas en la estimación del recurso las declaraciones verbales que, según la Sra. Brophy, su marido había manifestado con motivo del citado caso Quinlan, expresando su voluntad contraria al mantenimiento artificial de su vida de encontrarse en una situación equivalente a la de Karen Ann Quinlan⁶¹².

⁶¹² El criterio sustitutivo es también aplicado por el *Conseil d'État* (2014) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015) en el mediatizado caso Lambert que, tras una década, mantiene dividida a la sociedad francesa entre la interrupción y el mantenimiento de la alimentación e hidratación artificial que recibe Vincent Lambert, en estado vegetativo persistente e irreversible desde 2008. Para un análisis en profundidad, *vid. Cadenas Osuna, Davinia, «La interrupción...» op. cit., pp. 51-69.*

Por el contrario, rechaza la *Supreme Court of the United States* la aplicación del criterio subjetivo en el asunto *Cruzan, by the parents and Co-Guardians, Cruzan et Ux. v. Director, Missouri Department of Health, et al.* (N. 88-1503), 497 U. S. 261 (1990) (*Supreme Court of the United States*, 25.6.1990), al estimar que no ha sido acreditada la voluntad previa de la joven Nancy Beth Cruzan (en estado vegetativo persistente e irreversible tras sufrir un accidente de circulación y alimentada e hidratada artificialmente a través de una sonda nasogástrica) en favor de la retirada de las medidas de soporte vital que la mantienen con vida, no constituyendo prueba suficiente de ello el testimonio de su compañera de piso, según la cual la paciente le expresa, en conversaciones mantenidas cinco años antes del accidente, su voluntad contraria a ser mantenida con vida artificialmente de sufrir una enfermedad gravemente incapacitante.

Como vemos, el criterio subjetivo, cuyo fundamento encontramos en la propia autonomía del paciente, es el estándar de aplicación preferente en la adopción de decisiones por representación, al permitir la aplicación directa de la voluntad del paciente expresada con carácter previo, constituyendo por ello el criterio «ideal al que todos los representantes aspiran»⁶¹³.

3.1.5.2 *Criterio sustitutivo o substituted judgment standard* (limited-objective test)

En ausencia de una voluntad previa del paciente suficientemente acreditada y directamente aplicable a su situación actual, el representante ha de acudir al criterio sustitutivo para adoptar una decisión sobre el curso de la acción médica a seguir. El asunto *Karen Ann Quinlan v. New Jersey Department of Health, In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N. J. 1976) (*Supreme Court of New Jersey*, 31.3.1976) es considerado en el *common law* el *seminal case* en la aplicación del criterio sustitutivo en la adopción de decisiones por representación sobre la interrupción de medidas de soporte vital. Karen Ann Quinlan es ingresada el 15 de abril de 1975, a la edad de veintiún años, en el servicio de urgencias del *Newton Memorial Hospital* (Nueva York) en estado de coma tras haber ingerido una mezcla de alcohol y tranquilizantes. Días más tarde, tras ser trasladada al *Saint Claire's Hospital* (Denville, Nueva Jersey), la joven entra en estado vegetativo persistente, manteniéndose con vida de resultas de su conexión a un res-

⁶¹³ Barrio Cantalejo, Inés María y Simón Lorda, Pablo, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 80, n. 4, 2006, p. 305.

pirador artificial y a una sonda nasogástrica que le proporciona la alimentación e hidratación necesarias para su subsistencia. Ante la irreversibilidad de la situación en que se encuentra su hija y sobre la base de unas pretendidas declaraciones verbales por ella formuladas previamente en contra del mantenimiento artificial de la vida de una persona, los padres adoptivos de la joven solicitan a los médicos la retirada de las medidas de soporte vital que la mantienen con vida, si bien el centro hospitalario se niega a actuar en tal sentido si no es con intervención judicial, motivo que impulsa a los padres a acudir ante los tribunales. En primera instancia, la *New Jersey Superior Court* no estima aplicable el criterio subjetivo para la retirada de las medidas de soporte vital, no por considerar que las pretendidas declaraciones de la joven en favor de la desconexión no sean verdaderas, sino por entender que son pronunciadas con relación a una situación hipotética que no se corresponde con la actual en la que se encuentra. Por consiguiente, desestima las pretensiones de los padres sobre la base del mejor interés de la paciente, recurriendo éstos la decisión de primera instancia ante el *Supreme Court of New Jersey*. El Tribunal de apelación entiende que, en el supuesto enjuiciado, colisionan, de un lado, el derecho a la intimidad de la paciente (*right to privacy*), comprensivo de su derecho a rechazar un determinado tratamiento médico y, de otro, el interés del Estado en la preservación de la vida y la defensa del derecho de los facultativos a administrar el tratamiento médico en atención a su mejor juicio clínico. Ante tal disputa, el Tribunal defiende que, cuanto más invasiva sea la actuación médica sobre la integridad física del paciente, más se refuerza su derecho a la intimidad (y, consecuentemente, su derecho a rechazar el tratamiento) sobre el interés estatal en la preservación de la vida. Por tanto, afirma *obiter dicta* el Tribunal que, si la joven tuviera en el caso enjuiciado capacidad bastante para expresar personalmente su negativa a las medidas de soporte vital, su voluntad quedaría amparada por su derecho a la intimidad. No obstante, habida cuenta de que la joven no reúne en la actualidad tales condiciones de madurez y que no ha sido suficientemente acreditada la existencia de declaraciones previas directamente aplicables a la situación en que se encuentra la paciente, la *Supreme Court of New Jersey* resuelve sobre la base de un novedoso criterio sustitutivo, entendiendo el Tribunal que:

«The only practical way to prevent destruction of the right [of privacy] is to permit the guardian and family of Karen to render their best judgment, subject to the qualifications hereinafter stated, as to whether she would exercise it in these circumstances.»

Sobre la base de la argumentación expuesta, la *Supreme Court of New Jersey* estima por unanimidad las pretensiones de los Sres. Quinlan y autoriza la desconexión del respirador que mantiene artificialmente a su hija con vida⁶¹⁴.

De este modo, conforme al criterio sustitutivo, la decisión adoptada por representación debe ser congruente con lo que hubiera decidido el paciente de gozar de suficiente capacidad a tal efecto⁶¹⁵. Para ello, el sustituto debe fundamentar su decisión en los valores y preferencias personales del paciente⁶¹⁶, manifestadas a través de sus actuaciones, estilo de vida y declaraciones formuladas antes de perder la capacidad para decidir, de manera que la aplicación del criterio sustitutivo exige que el paciente haya reunido dichas condiciones de capacidad en algún momento de su vida, aunque las haya perdido en el momento presente (*once-competent patients*⁶¹⁷). Así, aquellas declaraciones escritas cuyo supuesto de hecho hipotético no coincida plenamente con el actual (no pudiendo en consecuencia ser aplicadas directamente como exponentes del criterio subjetivo), pueden cimentar la adopción de decisiones fundamentadas en el criterio sustitutivo si, de las mismas, se coligen determinados valores y preferencias personales del paciente.

Por último, el sustituto a quien corresponda otorgar el consentimiento por representación puede inferir ciertos valores y preferencias personales del paciente de conversaciones con él mantenidas en un momento ulterior a la pérdida de capacidad, si bien, evidentemente, su opinión será tomada en consideración como un factor tanto más determinante cuanto mayor sea su lucidez al tiempo de expresarla⁶¹⁸. De este modo, se respeta la exigencia de participación

⁶¹⁴ Al amparo de la comentada resolución judicial, los médicos proceden a retirar el respirador artificial, si bien, y a título meramente anecdótico, la joven comienza a respirar autónoma y espontáneamente tras la desconexión, viviendo nueve años más, sin recuperar la consciencia, hasta que el 12 de junio de 1985 fallece de resultados de una neumonía –Berrocal Lanzarot, Ana Isabel y Abellán Salort, José Carlos, *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 93–.

⁶¹⁵ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 227. Este criterio lo recoge diversa normativa autonómica de muerte digna, pudiendo citarse, como exponente, la Ley de Muerte Digna de Andalucía, cuyo artículo 10.4 *in fine* dice: «Para la interpretación de la voluntad de los pacientes se tendrán en cuenta [los] deseos [...] que hubieran formulado presuntamente de encontrarse ahora en situación de capacidad.»

⁶¹⁶ La Ley de Muerte Digna de Andalucía define los «valores vitales», en su artículo 5.q), como el «[c]onjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte.»

⁶¹⁷ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 227.

⁶¹⁸ Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent:... op. cit.*, pp. 112-113. Abundando en esta línea, establece el párrafo cuarto del artículo IV. C.-8:108 DCFR que: «the treatment provider must not carry out treatment without considering, so far as possible, the opinion of the incapable patient with regard to the treatment». Como señalan los comentarios oficiales al precepto, la opinión del paciente expresada durante su situación de incapacidad, si bien no es vinculante, resulta de importancia en la medida en que sea razonable –Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Fra-*

del paciente en el proceso de adopción de decisiones prevista en el artículo 9.7 LAP y los apartados segundo y tercero del artículo 6 del Convenio de Oviedo.

3.1.5.3 *Criterio del mayor beneficio o best interest standard (pure objective standard)*

Por último, en ausencia de declaraciones de voluntad directamente aplicables y de valores y preferencias suficientemente acreditadas que permitan cimentar la decisión del representante sobre la base de los criterios, respectivamente, subjetivo y sustitutivo, ha de acudir el representante al criterio del mayor beneficio, asentado éste sobre el mayor interés del paciente (a diferencia de los dos anteriores, cuyo fundamento encontramos en el derecho a la autonomía del paciente, del que no se le puede privar por el mero hecho de que haya perdido temporal o permanentemente la capacidad para decidir⁶¹⁹). Por tanto, el criterio del mayor beneficio, que tradicionalmente ha sido el único a considerar en la adopción de decisiones en sustitución del paciente, se transforma en un criterio residual ante el auge de la autonomía como principio rector de las relaciones médico-paciente.

Ahora bien, el criterio del mayor beneficio no se fundamenta en el interés personal de cada paciente en concreto, sino que se define desde la perspectiva de una persona razonable, motivo por el cual se le conoce también como criterio objetivo o *pure objective standard*⁶²⁰. Desde esta perspectiva, el sustituto y los médicos han de examinar y valorar las circunstancias concurrentes en el paciente (dolor, irreversibilidad de su decisión, calidad de vida...), para deci-

me of Reference. Full Edition, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario C (*Preferred option*), p. 1995-.

⁶¹⁹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 227. En el *case law*, afirma la *Supreme Court of New Jersey* en *In the Matter of Claire C. Conroy*, 98 N. J. 321 (1985), 486 A.2d 1209 (*Supreme Court of New Jersey* 17.1.1985): «A competent patient has the right to decline any medical treatment, including artificial feeding, and should retain that right when and if he becomes incompetent.

⁶²⁰ La opinión opuesta parece sostener Gra cia Guillén al afirmar, respecto al criterio del mayor beneficio, que: «No se trata de ir siempre a favor de la vida, o de poner siempre la vida por delante de la libertad. Todo lo contrario. Lo que el criterio significa es que las decisiones de sustitución hay que hacerlas siempre respetando el sistema de valores del paciente. Esto quiere decir que una decisión de sustitución no irá en el mayor beneficio si no cumple con la prueba de la autenticidad, es decir, si del contraste con el sistema de valores del paciente la decisión no sale positivamente aceptada o al menos no negativamente rechazada» (Gra cia Guillén, Diego, «¿Privilegio terapéutico...?» *op. cit.*, pp. 113-114). Desde nuestro punto de vista, este modo de enfocar el criterio del mayor beneficio no resulta coherente con el carácter residual que le atribuye el *case law* norteamericano, debiendo el representante acudir al mismo sólo cuando el paciente no haya manifestado de forma expresa su voluntad sobre los cuidados a recibir o no pueda presumirse, sobre la base de sus valores y preferencias personales, lo que el paciente hubiera deseado de tener suficiente capacidad. Si, por el contrario, el sistema de valores del paciente resulta conocido, premisa de la que parte Gra cia Guillén, el estándar de decisión a seguir no es el del mayor beneficio, sino el criterio sustitutivo.

dir «as most people would choose for themselves»⁶²¹. En consecuencia, no siempre va a predominar la defensa de la vida «cuantitativa» del paciente sobre su calidad de vida; esto es, el criterio sustitutivo es «inescapably a quality-of-life criterion»⁶²², de suerte que no siempre el mayor interés del paciente se identifica con la protección a ultranza de su vida, no siendo así cuando las circunstancias concurrentes impongan una solución razonable en el sentido opuesto con fundamento en la vida valorada en su dimensión cualitativa⁶²³. No obstante, no podemos ocultar la dificultad que conlleva la definición del criterio «calidad de vida» en estos supuestos, pues, pese a que se trata de un concepto cuyo contenido debe ser delimitado *ad hoc* en atención a los parámetros subjetivos de cada persona, cuando se aplica como criterio para determinar el mejor interés del paciente se debe referir a los parámetros de un hipotético paciente razonable en las mismas o similares circunstancias que el concreto paciente.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que es el del mayor beneficio el único estándar de decisión al que pueden acudir los representantes legales de pequeños menores, es decir, de menores que no reúnen en el momento presente, ni nunca lo han hecho, las condiciones suficientes de madurez para decidir personalmente. En estos supuestos, resulta evidente que sus representantes legales no pueden decidir sobre la base de su voluntad previa ni de un sistema de valores aún inexistente en el menor, debiendo adoptar aquél la decisión que responda a su mayor beneficio desde una perspectiva objetiva. Por tanto, juzgamos contrario al interés del paciente menor de edad la decisión de sus padres de rechazar una actuación médica de carácter vital y riesgos in-

⁶²¹ The President's Council on Bioethics, *Taking Care: Ethical Caregiving in Our Aging Society*, Washington D. C., 2005, https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559378/taking_care.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta el 10.1.2018), p. 64.

⁶²² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 228. En la misma línea, afirman Barrio Cantalejo y Simón Lorda que el criterio del mayor beneficio «tampoco deberá guiarse sólo por la idea de cantidad de vida. Hoy tendría que incluir necesariamente una ponderación adecuada de la idea de calidad de vida» (Barrio Cantalejo, Inés María y Simón Lorda, Pablo, «Criterios éticos...» *op. cit.*, p. 311).

⁶²³ Sostiene Fernández Bermejo, en un posicionamiento por nosotros enteramente compartido, que: «no puede seguir sosteniéndose un concepto de la vida, y la integridad en buena medida, que reduzca una y otra a un puro hecho biológico, desligado del conjunto de valores, sentimientos e ideas, sin los que el mero hecho vital carece de la dimensión humana que distingue a la persona del animal. Esa concepción biológica olvida que la vida, aún [sic] siendo indispensable soporte de la persona –condición necesaria, pues–, necesita de un conjunto de bienes –la libertad y la propia estima que nos hace dignos y capaces de ilusión– sin los cuales puede llegar a desaparecer la razón de vivir, según el personal proyecto de cada individuo, a quien, por eso, hay que reconocer el derecho de decidir, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital, qué sufrimientos y riesgos para su vida e integridad está dispuesto a afrontar para una eventual, y también arriesgada, salvaguarda de aquellos bienes» –Fernández Bermejo, Mariano, «Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (y II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año IV, n. 133, 1994, p. 2–.

significantes con el único fundamento de respetar las doctrinas de una determinada religión que ellos mismos (y no el menor) profesan⁶²⁴. Al respecto, el *case law* norteamericano rechaza en reiteradas ocasiones la pretensión de los progenitores de un pequeño menor de rechazar un tratamiento médicamente indicado para su hijo sobre la base de sus propias creencias religiosas, al entender que lo contrario atentaría contra el mayor interés del menor⁶²⁵. Éste es el posicionamiento con el que se alinean los tribunales norteamericanos en *The People ex rel. Alda Wallace et al., Defendants in Error, v. Darrell Labenz et al., Plaintiffs in Error*; 411 Ill 618 (1952) (*Supreme Court of Illinois*, 20.3.1952)⁶²⁶; *Morrison v. State*, 252 S. W.2d 97 (1952) (*Kansas City Court of Appeals*, 6.10.1952)⁶²⁷;

⁶²⁴ Díez García, Helena, «Artículo 162» *op. cit.*, pp. 440-441; Santos Fuster, María Pilar, *Actuación ética... op. cit.*, p. 3; Santos Morón, María José, *Incapacitados y... op. cit.*, pp. 88-89. Sobre el particular, postula esta última autora que: «Aunque en la práctica no parece probable que una actuación omisiva de los padres pueda poner en peligro la vida o salud de los menores que no tienen la suficiente capacidad para dar el consentimiento al tratamiento médico, ya que lo habitual en estos casos es que los médicos soliciten directamente la correspondiente autorización judicial, debe tenerse presente que, en rigor, la negativa al tratamiento necesario para la salud del hijo cuando éste no puede decidir por sí mismo al respecto –así lo pone de relieve la doctrina penalista– constituiría un ejercicio abusivo de la patria potestad, no amparado por el derecho a la libertad religiosa, y en virtud del cual los padres podrían incurrir en responsabilidad penal» (Santos Morón, María José, «Sobre la...» *op. cit.*, p. 5). En el mismo sentido, Romeo Casabon a, Carlos María, «Los testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre», *JANO*, vol. XLVIII, n. 1114, 1995, p. 66.

⁶²⁵ Al respecto, sostiene At az López: «Si la persona cuya vida hay que salvar es un menor, y fueran sus padres los que en ejercicio de la patria potestad se opusieran al tratamiento [vital], en base a sus propias ideas religiosas, parece que igualmente el médico debe actuar, aunque quizá ahora esta solución esté más justificada, ya que los bienes que se enfrentarían serían, de un lado la vida del hijo, y del otro, la libertad del padre de educarlo en sus creencias; conflicto este en el que parece claro cuál es el bien de mayor importancia. La solución estaría además avalada ahora por lo dispuesto en el artículo 154 del Código civil, es decir, por el posible incumplimiento por parte de los padres del deber de velar por los hijos, y por la excepción que el artículo 162 del mismo Código hace. Teniendo en cuenta que según la común opinión social, negarse a recibir un tratamiento puede ser perjudicial para el hijo, parece que estaremos ante un abuso de la patria potestad, cuyo reconocimiento permitiría proceder al médico» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 95-96).

⁶²⁶ Cheryl Linn Labrenz, de ocho días de vida, sufre de eritroblastosis fetal, enfermedad hemolítica neonatal que provoca la destrucción de los glóbulos rojos. Los médicos prescriben la administración de una transfusión sanguínea sin la cual la menor muy probablemente morirá; además, en caso de que lograra sobrevivir sin ser transfundida, la menor sufriría daños cerebrales severos. Los padres se niegan a que su hija sea transfundida alegando motivos religiosos. La *court of Cook County* nombra a la menor un tutor (*guardian*) para que consienta la transfusión en su nombre, decisión confirmada por la *Supreme Court of Illinois*.

⁶²⁷ Janet Lynn Morrison, de doce días de vida, sufre de eritroblastosis fetal. Los médicos le prescriben una transfusión de sangre inmediata, informando a sus padres de que, si no se le administra, sus posibilidades de supervivencia son muy escasas y, en todo caso, si sobrevive lo hará con importantes daños cerebrales. Los progenitores rechazan la transfusión sanguínea al contravenir sus creencias como testigos de Jehová. El *Juvenile Court* declara al menor en situación de desamparo (*neglected*) y le nombra un tutor (*guardian*) para que consienta la transfusión en su nombre. En apelación, la *Kansas City Court of Appeals* establece lo que sigue: «In ancient Times the King was regarded as «Parens Patriae» of orphaned or dependent infants. Under our system of government the state succeeds to the position and power of the King. Both King and State exercise this power in the interests of the people. Society has a deep interest in the preservation of the race itself. It is a natural instinct that lives of infants be preserved. That instinct in beasts manifests itself when the wild herd, heads lowered, oblivious of danger, charges a wolf pack attempting to carry off a calf.» En conclu-

*State of New Jersey (Thomas J. Finn, Superintendent of B. S. Pollak Hospital For Chest Diseases, Complaining Witness), Plaintiff-Respondent, v. John A. Perricone and Ruth Perricone, Parents of John A. Perricone, an Infant, Defendants-Appellants, 181 A.2d 751, 753 (NJ 1962) (Supreme Court of New Jersey, 4.6.1962)*⁶²⁸; *Muhlenberg Hospital, Plaintiff, v. Geraldine Patterson, Donald Patterson, and Baby Boy Patterson A/K/A Anthony Lenard Patterson, Defendant, 128 N. J. Super. 498 (1974), 320 A.2d 518 (Superior Court of New Jersey, 22.1.1974)*⁶²⁹ e *In the interest of Ivey, 319 So.2d 53 (1975) (District Court of Appeal of Florida, 18.9.1975)*⁶³⁰. En los asuntos aludidos, el *case law* legitima la intervención del Estado en ejercicio de su *parens patriae* en aras de promover los intereses de los menores de edad, reputados a tales efectos como sujetos especialmente necesitados de protección⁶³¹.

Volviendo al ordenamiento jurídico español, si la opinión de los progenitores se opone a la del equipo médico, el centro hospitalario debe acudir ante la autoridad judicial para que sea ésta la que decida el curso de la acción terapéutica a seguir con relación al menor, salvo que concurra una situación de emergencia, en cuyo caso la actuación de los facultativos, aun en contra de la

sión, el Tribunal resuelve que el Estado de Missouri «has the power to interfere in the interests of one of its infant citizens, helpless in its own behalf, and to take such steps as may be necessary to preserve its life, over the protest of its father.»

⁶²⁸ El 1 de marzo de 1961, John Perricone, menor de edad, ingresa en el *Pollak Hospital* (Nueva Jersey), donde se le diagnostica como «blue baby». Los médicos le prescriben una transfusión sanguínea sin la cual sus posibilidades de supervivencias son ínfimas; además, si el menor sobrevive sin ser trasfundido, sufrirá importantes daños cerebrales. Pese a ello, sus padres rechazan la transfusión sobre la base de sus creencias religiosas, al profesar éstos la doctrina de los Testigos de Jehová. Ante tal negativa y la ineficacia de otros tratamientos alternativos intentados, el hospital recurre a la vía judicial. En primera instancia, el juez declara al menor en situación de desamparo (*neglected*) y le nombra un tutor (*guardian*) para que consienta la transfusión. Finalmente, el menor es trasfundido, pese a lo cual se produce su óbito, tras el cual la *Supreme Court of New Jersey* confirma la decisión de primera instancia de la *circuit court*.

⁶²⁹ Anthony Patterson, nacido prematuramente a las treinta y dos semanas de gestación, sufre de ictericia causada por una incompatibilidad entre su sistema sanguíneo y el de su madre, lo que causa que su nivel de bilirrubina sea más alto del normal. El facultativo le prescribe una transfusión de sangre que sus padres rechazan alegando motivos religiosos. Ante la negativa reiterada de los progenitores, pese a que el nivel de bilirrubina del menor alcanza un límite que pone seriamente en peligro su vida, el hospital acude ante los tribunales que, en contra de la voluntad de los padres, autorizan la transfusión sanguínea médicamente indicada.

⁶³⁰ Dos niños nacen prematuramente el 31 de agosto de 1975. Su estado de salud empeora por momentos, prescribiendo los facultativos la administración de sendas transfusiones sanguíneas al objeto de reemplazar la sangre que les había sido extraída para la realización de una serie de pruebas necesarias por su condición de prematuros. Sus padres se niegan a que los bebés sean transfundidos sobre la base de sus creencias religiosas. El centro hospitalario recurre a la vía judicial en solicitud de una autorización para realizar ambas transfusiones. En primera instancia, la *trial court* nombra a los menores un *attorney ad litem* y autoriza las transfusiones. Esta decisión es confirmada en apelación por la *District Court of Appeal of Florida*.

⁶³¹ Hawkins, Susan D., «Protecting the rights and interests of competent minors in litigated medical treatment disputes», *Fordham Law Review*, vol. 64, n. 4, artículo 35, 1996, p. 2084.

voluntad de los padres, está legitimada⁶³². Asimismo, en caso de desacuerdo entre los responsables parentales, el artículo 156 CC legitima a cualquiera de ellos para acudir a la autoridad judicial que, «después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre»⁶³³.

Finalmente, podemos interrogarnos sobre cuáles son las actuaciones que el representante puede consentir y, más concretamente, si puede el sustituto otorgar su consentimiento para someter al representado a una actuación de carácter no terapéutico. Si bien de nuestra legislación estatal parece inferirse una respuesta afirmativa al no establecer limitación alguna a la prestación del consentimiento por representación en el ámbito de la medicina voluntaria⁶³⁴, el artículo 51.5 Ley Foral 17/2010 de Navarra establece que, «[e]n los casos de consentimiento por representación, la decisión e intervención médica deberán ser proporcionadas y orientadas al beneficio objetivo del paciente»⁶³⁵. En sentido similar, declara el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo que, «[a] reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo». Los mencionados preceptos, si bien parecen restringir el consentimiento por representación al ámbito de la medicina terapéutica, plantean en todo caso la problemática relativa a la necesidad de definir qué es el «beneficio objetivo» o «beneficio directo» del paciente. De modo aún más explícito se pronuncia el artículo IV. C.-8:108 DCFR al declarar, en su párrafo quinto, que, cuando el paciente sea incapaz para otorgar personalmente su consentimiento (incluyendo a incapaces naturales, legales y menores no maduros⁶³⁶), «the treatment provider may carry out only such treatment as is intended to improve the health condition of the patient». Así, como señalan los comentarios oficiales al precepto, en los supuestos de consentimiento por representación, el facultativo únicamente puede aplicar un tratamiento que per-

⁶³² Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 658; Solé Resina, Judith, «Derecho a...» *op. cit.*, pp. 823-824. En este sentido, *Glass v. United Kingdom*, N. 61827/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9.3.2004).

⁶³³ Si menor está sometido a tutela, es el artículo 237 CC el aplicable en caso de discrepancia entre los representantes legales.

⁶³⁴ Ramos González, Sonia, «IV. C.-8:108: Obligación de no prestar el tratamiento sin obtener el consentimiento», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Vaquer Alo y, Antoni *et al.*, (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 1362.

⁶³⁵ Idéntico tenor presenta el artículo 20.5 Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha.

⁶³⁶ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992.

siga la obtención de un *direct benefit* para el paciente, es decir, un «treatment that will, from an objective medical point of view, improve or maintain the state of health of the vulnerable patient, thus excluding optional or unnecessary treatment such as cosmetic surgery or sterilisation»⁶³⁷. Quien escribe opina que la protección del representado impone rechazar la facultad del sustituto de consentir una actuación de medicina satisfactiva, salvo que ésta se encamine a corregir un defecto o deformidad estética que pueda afectar a la salud psíquica del representado (en cuyo caso, la intervención o tratamiento presenta un marcado cariz terapéutico⁶³⁸), y no cuando la transformación estética responda a su mero capricho⁶³⁹, debiendo realizarse una meticulosa ponderación entre los riesgos y beneficios que el procedimiento médico conlleva para el representado.

3.1.5.4 Conclusiones

A modo de conclusión, hemos de advertir que las decisiones del representante deben encontrar amparo, irremediabilmente, en alguno de los crite-

⁶³⁷ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1993.

⁶³⁸ Sostiene Santos Morón: «En nuestra opinión, el rechazo a la intervención del representante legal está justificado cuando la operación deba considerarse innecesaria para la salud del sujeto. Pero no, lógicamente, si la intervención está dirigida a reparar un defecto o una deformidad de entidad tal que su subsistencia puede afectar a la salud psíquica del paciente, en cuyo caso debe considerarse la operación como terapéutica. En esta hipótesis, a falta de capacidad del propio afectado para consentir la operación, debe permitirse la actuación del representante legal (o, según manteníamos más arriba, del curador, si el sometido a curatela careciera de capacidad para consentir)» (Santos Morón, María José, *Incapacitados y... op. cit.*, p. 81).

⁶³⁹ Indica Sánchez-Calero Arribas: «Indudablemente, ciertos defectos o deformidades físicas pueden crear complejos en la persona que los padece, que pueden afectar a su salud psíquica, de ahí que, en estos casos, si el desarrollo del menor lo permite, la intervención se halle justificada, pero no cuando la modificación del físico responde a un simple capricho. Por ello, se hace necesario una normativa que regule los supuestos de cirugía estética en menores de edad, exigiéndose, para que el representante legal del menor pueda dar su consentimiento a la intervención, un informe psiquiátrico sobre la necesidad de la misma para preservar la salud psíquica del menor y un informe médico que garantice que el grado de desarrollo físico del mismo es adecuado para el tipo de intervención de que se trate. Por último, como medida de control, debería establecerse la necesidad de condicionar este consentimiento a la autorización del Juez o a la no oposición del Ministerio Fiscal, para que, a la vista de los citados informes y teniendo en cuenta el mayor interés del menor, decidiera lo procedente» (Sánchez-Calero Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones...» *op. cit.*, p. 394). En la Comunidad Autónoma andaluza, el Decreto 49/2009 de Andalucía, cuya finalidad es proteger a los menores de edad que se sometan a intervenciones de cirugía estética en dicho territorio, establece, en su artículo 5, la exigencia de someter al menor a un examen psicológico e informe de madurez, si bien, no con el propósito de determinar la necesidad de la intervención para preservar la salud del menor (como requiere Sánchez-Calero Arribas), sino para resolver sobre su madurez a los efectos de otorgar el consentimiento informado.

rios expuestos⁶⁴⁰. En consecuencia, el sustituto debe fundamentar su decisión, en primera instancia, en la propia autonomía del paciente, sea, de modo preferible, aplicando directamente los deseos que haya podido manifestar previamente con relación al curso de la acción terapéutica a seguir en una situación como la ahora concurrente (criterio subjetivo) o, en ausencia de tal declaración anticipada, tomando una decisión coherente con la que hubiera adoptado el paciente de gozar de suficiente capacidad para ello (criterio sustitutivo). Sólo cuando no exista una declaración de voluntad del paciente aplicable de modo directo a su situación actual ni información sobre sus valores y preferencias vitales que permitan al representante adoptar una decisión por sustitución, debe éste acudir al criterio del mayor beneficio, que constituye, por tanto, un estándar meramente residual que impone la valoración de todas las circunstancias concurrentes en aras de adoptar aquella decisión que resulte «razonable».

Finalmente, debemos incluir una somera referencia al artículo 9.6 LAP que, añadido por la LIA, establece que la adopción de decisiones por representación debe atender al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. De la exégesis integral y sistemática de la LAP y de la reforma en ella operada en el año 2015, se infiere la inclinación del legislador por imponer una concepción cuantitativa de la vida del paciente, sustentada en su consideración como mero hecho biológico. Quien escribe, por el contrario, aboga por una interpretación bien distinta del precepto, que permita supeditar la adopción de decisiones por el sustituto al mayor beneficio para la vida del paciente, entendida ésta desde una perspectiva cualitativa y vinculada al concepto de vida digna.

4. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Conocido ya quién ha de otorgar el consentimiento informado, el presente epígrafe lo dedicamos al estudio de cómo ha de prestarse, analizando con detalle los requisitos legales que ha de cumplir el consentimiento informado para que pueda entenderse válidamente otorgado.

4.1 Consentimiento libre y voluntario

Para merecer la calificación jurídica de consentimiento informado a efectos de la LAP, la decisión del paciente debe ser libre y voluntaria por exigencia del ar-

⁶⁴⁰ Vid. *In the Matter of Claire C. Conroy*, 98 N. J. 321 (1985), 486 A.2d 1209 (Supreme Court of New Jersey, 17.1.1985).

título 8.1 del citado cuerpo legal, en coherencia con lo establecido en el artículo 1265 CC, en virtud del cual «[s]erá nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Por tanto, únicamente el consentimiento autónomo del paciente va a legitimar la actuación médica en el ámbito de su salud. Siguiendo a Beauchamp y Childress⁶⁴¹, son tres los requisitos que ha de cumplir una determinada conducta para ser reputada autónoma, a saber, intencionalidad (*intentionality*), comprensión (*understanding*) y ausencia de control externo (*noncontrol*).

Una acción es intencional si resulta querida por el sujeto en atención a un determinado plan, aunque el resultado materializado no se corresponda con el esperado, pues «[f]oreseen but undesired outcomes are often part of a plan of intentional action»⁶⁴².

Como segundo requisito de la conducta autónoma, se exige la comprensión. Obviamente, este requisito presupone uno anterior, a saber, la transmisión al paciente de aquella información cuyo entendimiento resulta esencial para que su decisión pueda ser considerada autónoma⁶⁴³. No obstante, como bien advierten Beauchamp y Childress, no se ha de buscar un grado absoluto de comprensión para poder calificar la conducta como autónoma, bastando con que dicho entendimiento sea suficiente para realizar la acción pretendida. Esta advertencia tiene una relevancia especial en el ámbito sanitario, donde resulta patente la complejidad que puede albergar la información sobre la naturaleza y riesgos de un cierto procedimiento y las limitaciones que para su comprensión puede presentar una persona profana en Medicina. Al respecto, sostiene Gracia Guillén que:

«comprendemos una acción cuando somos capaces de entender su naturaleza y, además, prever sus consecuencias. Esta comprensión no tiene que ser «exhaustiva», pero sí «adecuada», y «completa» dentro de la adecuación. Hay datos de por sí irrelevantes, pero hay otros que no lo son. La comprensión no sería completa si faltara alguno de estos datos, y por consiguiente tampoco adecuada⁶⁴⁴.»

Finalmente, la conducta del sujeto, para ser autónoma, debe estar exenta de influencias indebidas que puedan mermar o anular la libertad o voluntarie-

⁶⁴¹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, pp. 104-105.

⁶⁴² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 104.

⁶⁴³ Como declara la SAP Málaga de 2 de diciembre de 2003 (JUR 2004\66771; Ponente: Illmo. Sr. D. Florencio de Marcos Madruga): «Si el consentimiento ha de ser libre, presupuesto de aquél ha de ser la información». En la doctrina, indica Rovira Viñas: «Si no disponemos de la adecuada información y conocimiento de lo que se nos propone, el consentimiento no puede ser calificado de voluntario» (Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal... op. cit.*, p. 159). En el ámbito sanitario, el carácter autónomo del consentimiento prestado por el paciente se hace depender del previo conocimiento y comprensión de la información asistencial, para cuyo análisis en profundidad nos remitimos a lo expuesto en el capítulo segundo de nuestra obra.

⁶⁴⁴ Gracia Guillén, Diego, *Fundamentos de... op. cit.*, p. 184.

dad del sujeto al actuar, sean tales influjos internos (enfermedad mental, fobias...) o externos (coacción⁶⁴⁵, manipulación⁶⁴⁶) al propio sujeto actuante⁶⁴⁷.

Como podemos comprobar, no siempre se corresponde la capacidad del paciente con la autonomía de sus decisiones, pues «no puede haber autonomía sin capacidad, pero puede haber capacidad sin autonomía»⁶⁴⁸. De esta suerte, es posible que pacientes que superan el juicio de capacidad para prestar el consentimiento informado no decidan autónomamente, verbigracia, por no haber entendido su información asistencial o haber recibido presiones de sus familiares para que decida en un determinado sentido⁶⁴⁹.

Por último, hemos de advertir que un sector de la doctrina aboga por añadir un cuarto requisito a la conducta autónoma, a saber, su autenticidad, entendida ésta como su coherencia con el sistema de valores y actitudes que un sujeto ha asumido conscientemente ante la vida. Como dos de los más relevantes exponentes de esta tendencia doctrinal, podemos citar a Faden y Beauchamp que, sin embargo, proponen una versión modificada de la autenticidad entendiéndola en su versión negativa; es decir, postulan los autores de referencia que la conducta es auténtica cuando no rechaza el sistema de valores del sujeto, salvo que éste haya renunciado a tales valores expresa y reflexivamente⁶⁵⁰. En

⁶⁴⁵ La coacción (*coerción*) se produce «if and only if one person intentionally uses a credible and severe threat of harm or force to control another» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 138). De este modo, son elementos definitorios de la coacción la intencionalidad, credibilidad y éxito de la influencia. Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, p. 338).

⁶⁴⁶ Destaca Simón Lorda la dificultad de definir la manipulación, postulando que «la manera más sencilla [de hacerlo] sería decir que toda forma de influencia que no cumple ni los requisitos de la coacción ni los de la persuasión es una forma de manipulación» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, p. 221). Abundando en esta línea, definen Beauchamp y Childress la manipulación como «a generic term for several forms of influence that are neither persuasive nor coercive» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 139). Así, a través de la manipulación se pretende influenciar la voluntad de una persona mediante fórmulas distintas de la argumentación (persuasión) y la violencia física o moral (coacción); por ejemplo, tergiversando la información que el sujeto necesita para adoptar una decisión autónoma.

⁶⁴⁷ La persuasión constituye, junto a la coacción y la manipulación, un tercer mecanismo de influencia externa de la voluntad del sujeto. Sin embargo, al emplear la argumentación como herramienta para desplegar tal influjo, juzgamos la persuasión compatible con la toma de decisiones autónomas. En este sentido se pronuncia Simón Lorda, en virtud del cual: «La persuasión es una forma de influencia que pretende desenvolverse a la luz, sin intenciones dobles u oscuras. Está abierta a la discusión, al contraste a la crítica racional. Por eso, de hecho, puede formar parte del bagaje de recursos con los que los profesionales sanitarios faciliten la toma de decisiones sustancialmente autónomas en los pacientes, puesto que obliga a éstos a reconsiderar y ponderar los motivos a favor y en contra de una determinada opción» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, p. 221). Vid. también Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado» *op. cit.*, p. 44.

⁶⁴⁸ Simón Lorda, Pablo, «La evaluación...» *op. cit.*, p. 40.

⁶⁴⁹ Así, la *Court of Appeal* entiende en *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All ER 649 (*Court of Appeal*, 30.7.1992) que la decisión de una paciente de rechazar una transfusión sanguínea está viciada por la influencia indebida que su madre ha ejercido sobre ella.

⁶⁵⁰ Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history... op. cit.*, pp. 267-268. En sentido similar, postula García Guillén que podemos considerar como autónoma una acción «siempre que «no esté en

nuestra opinión, las conductas contrarias al sistema de valores del sujeto deben considerarse autónomas siempre que sean intencionales y haya entendimiento y ausencia de presiones (externas e internas) indebidas; cumpliéndose estos tres requisitos, la decisión inauténtica debe ser reputada autónoma, aunque contradiga un sistema de valores no excluido expresa y reflexivamente por el sujeto.

4.2 Forma del consentimiento informado

Establece el artículo 8.2 LAP que el consentimiento informado, por regla general, es verbal, si bien se ha de prestar por escrito en los supuestos de «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»⁶⁵¹.

contradicción» con o «no sea rechazada por» el sistema de valores, aunque no «concuere» positivamente con él. Por tanto, la autenticidad no viene dada por la «concordancia reflexiva» con el sistema de valores y actitudes de vida, sino por la mera «no contradicción» o «no concordancia» (García Guillén, Diego, *Fundamentos de... op. cit.*, pp. 186-187).

⁶⁵¹ Esta solución contrasta con la contemplada por el derogado artículo 10.6 LGS, que exigía el consentimiento «escrito» del paciente con carácter previo a la realización de cualquier intervención, quedando a salvo los supuestos, detallados en el propio precepto, en los que el médico podía actuar sin consentimiento del paciente. Idéntica previsión está vigente en diversa legislación autonómica, de entre la que cabe citar, a título meramente ejemplificativo, Ley 1/1992 de Asturias (artículo 49.6) y Ley 11/1994 de Canarias –artículo 6.1.ñ–. En la doctrina, sostiene Guerrero Zaplana que la doble exigencia de oralidad y escritura exigida por la LGS para la información, «si bien podría parecer un exceso, es la fórmula que mejor se acomoda al verdadero fundamento de la exigencia de información, y ello puesto que la información en forma oral exige la existencia de un diálogo previo entre el médico y el paciente para, posteriormente, documentar el consentimiento mediante la suscripción del correspondiente formulario» (Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento... op. cit.*, pp. 97-98). En todo caso, la jurisprudencia postula en innumerables ocasiones el carácter meramente *ad probationem* de la escritura en sede de consentimiento informado (*vid. infra*, nota al pie n. 659). Abunda en esta línea Galán Cortés: «Es innegable que el consentimiento informado es un procedimiento gradual y básicamente verbal, aun cuando la Ley General de Sanidad exija su forma escrita para cualquier intervención, y ello quizá con la finalidad de garantizar su obtención. En cualquier caso, este documento, que deberá presentarse al enfermo con suficiente antelación, al objeto de que pueda reflexionar tranquilamente al respecto, no puede ni debe sustituir a la información verbal que es, sin duda alguna, la más relevante para el paciente. [...] En nuestro criterio, la forma escrita exigida por la Ley General de Sanidad es una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*» (Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario... op. cit.*, pp. 36-37). Por su parte, el Convenio de Oviedo nada establece con relación a la forma que debe adoptar el consentimiento informado como regla general; no obstante, delimita el Convenio ciertos supuestos en los que el consentimiento puede ser otorgado por escrito, a saber, experimentaciones con seres humanos –artículo 16.v– y extracción de órganos y tejidos de donantes vivos con fines de trasplante (artículo 19.2), si bien en este último caso el Convenio permite que pueda prestarse el consentimiento ante una autoridad como alternativa a la forma escrita. Ahora bien, el Informe Explicativo del Convenio de Oviedo afirma, en su parágrafo 37, que el consentimiento puede ser expreso (verbal o escrito) o tácito, dependiendo en gran medida de la naturaleza de la intervención. Finalmente, tampoco el DCFR contiene previsión alguna respecto a la forma que ha de revestir el consentimiento informado como regla general, quedando a salvo únicamente los tratamientos experimentales y los tratamientos innecesarios desde la perspectiva estrictamente médica, para los que el artículo IV. C.-8:108 DCFR exige, en su apartado (6), un consentimiento expreso y específico. A nivel autonómico, contiene el artículo 33.3 Ley 8/2003 de

Estos procedimientos son, muy probablemente, los más frecuentes en atención especializada (que no en atención primaria), lo que nos conduce a poner en entredicho el carácter de la oralidad como regla general para la prestación del consentimiento en el ámbito hospitalario⁶⁵². Como podemos comprobar, la LAP impone la escritura como requisito formal para la prestación del consentimiento previo a aquellas actuaciones que presentan una mayor peligrosidad potencial para la vida o salud del paciente. Sin embargo, no enumera la LAP, ni ninguna otra norma legal o reglamentaria de nuestro ordenamiento jurídico, qué actuaciones concretas se consideran, a los efectos del artículo 8.2 LAP, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y procedimientos de peligrosidad notoria y previsible para la salud del paciente. Esta opción legislativa, si bien es la más acertada a nuestro juicio al exigir la opuesta una enumeración de amplitud prácticamente inabarcable y abocada a una constante modificación, plantea en ocasiones problemas ante la existencia de opiniones divergentes en lo que a la categorización de una concreta actuación médica se refiere⁶⁵³. Por otro lado, también se ha de respetar la forma escrita del consentimiento exigida para determinados procedimientos médicos por sus respectivas legislaciones especiales⁶⁵⁴.

Castilla y León una previsión interesante, al establecer, con relación a los supuestos para los que el artículo 33.2 exige la escritura del consentimiento informado, que «[c]uando no sea posible recabar el consentimiento previo por escrito, se recogerá de forma oral ante al menos dos testigos independientes, los cuales lo declararán por escrito y bajo su responsabilidad.»

⁶⁵² De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 733; Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía... op. cit.*, p. 29; Fernández Zapata, Francisca Isabel, «El consentimiento...» *op. cit.*, pp. 28-29. Al respecto, postula Guerrero Zaplana que, pese a que los artículos 5 y 8.2 LAP establecen la oralidad como regla general en el suministro de la información, «se establecen una serie de excepciones de carácter tan detallado que hacen que, en la realidad de las cosas, quepa pensar que la información se prestará generalmente de modo escrito, rellenando al efecto los formularios de los que se suelen disponer en todos los Centros» (Guerrero Zaplana, José, *Las reclamaciones... op. cit.*, p. 230).

⁶⁵³ Así, el Tribunal Supremo resuelve en su sentencia de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9228; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) que un parto desarrollado de forma natural no puede calificarse de intervención y, en consecuencia, no es necesario documentar por escrito el consentimiento informado. El mismo Tribunal, en sentencia de 7 de abril de 2011 (RJ 2011/3057; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García), estima que la biopsia-extirpación de un nódulo en la vulva, «dada la poca complejidad del procedimiento [...] no entraría dentro de los supuestos donde se hace obligatorio que sea por escrito según la ley 41/2002.» Por su parte, el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 157/2007, de 28 de marzo de 2007, sostiene la innecesariedad del consentimiento escrito del paciente para la prescripción de corticoides como tratamiento del Lupus Eritematoso sistémico que presenta el paciente: «en el caso médico del Sr. L. H. no era necesario un consentimiento informado por escrito al tratarse de un tratamiento farmacológico y no de una intervención o procedimiento invasivo, deduciéndose del expediente que el paciente fue informado en todo momento sobre la enfermedad que padecía y su evolución.»

⁶⁵⁴ *Vid.* artículo 4.c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos (BOE n. 266, de 6.11.1979) y artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (BOE n. 126, de 27.5.2006).

En definitiva, del artículo 8.2 LAP puede concluirse que el criterio a considerar para delimitar cuándo se debe recabar el consentimiento escrito del paciente es la peligrosidad potencial de la actuación médica que se va a realizar. Ahora bien, el artículo 10.2 LAP establece, en un alarde de confusión sin parangón, que «[e]l médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento escrito del paciente». Podemos cuestionarnos entonces cuál es la pauta que ha de atenderse para determinar cuándo debe recabarse el consentimiento por escrito del paciente para un procedimiento, a saber, su potencial peligrosidad, como establece el artículo 8.2 LAP, o la incertidumbre sobre su resultado, como parece introducir el artículo 10.2 LAP⁶⁵⁵. En otros términos, ¿quiere el artículo 10.2 LAP decir que la escritura del consentimiento es legalmente más exigible para intervenciones quirúrgicas de resultado altamente dudoso que para otras de resultado menos incierto? A nuestro entender, la respuesta al interrogante planteado no puede ser más que negativa, pues, en virtud del artículo 8.2 LAP, el consentimiento informado debe prestarse por escrito en todas las intervenciones quirúrgicas, con independencia de la mayor o menor seguridad de su resultado. De este modo, las consecuencias legales que acarrea el incumplimiento del requisito de la escritura en la prestación del consentimiento son las mismas en todas las intervenciones quirúrgicas, con independencia de las dudas que pueda plantear su resultado. De hecho, pudiera interpretarse, incluso, que el artículo 10.2 LAP recomienda a los profesionales sanitarios el recurso al consentimiento escrito del paciente cuando la actuación médica propuesta pueda presentar dudas en cuanto a su resultado, aun cuando no sea una de las actuaciones explicitadas en el artículo 8.2 LAP; sin embargo, en dichos supuestos resulta evidente que no puede exigirse responsabilidad al facultativo si obtiene el consentimiento verbal del paciente al no exigir la LAP para tales actuaciones la escritura del consentimiento. Entonces, ¿qué sentido tiene la previsión del artículo 10.2 LAP? En nuestra opinión, de las palabras del legislador se desprende una aparente propensión a la utilización del consentimiento como un instrumento al servicio de la medicina defensiva, persiguiendo la protección de los profesionales sanitarios al fomentar que los mismos dispongan de un indicio de prueba de haber recabado el consentimiento informado del paciente (a saber, el documento de consentimiento) en aquellos supuestos en que, por conllevar más dudas el resultado de la actuación médica a practicar, es más probable que éste

⁶⁵⁵ Sáinz-C antero Caparrós, José Eduardo, «Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria» en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 239.

sea insatisfactorio y, en consecuencia, el facultativo se vea inmerso en el futuro en un procedimiento judicial⁶⁵⁶. Sobre la base de la argumentación expuesta, suscribimos plenamente las palabras de Galán Cortés cuando afirma

«Esta matización es, en nuestro criterio, poco afortunada e innecesaria, por cuanto toda intervención quirúrgica precisa el consentimiento escrito del paciente (art. 8.2). Lo que debería señalar el referido art. 10.2, especialmente teniendo en cuenta su ubicación en el texto legal, dentro del apartado relativo al contenido de la información, es que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención mayor debe ser el caudal informativo facilitado al paciente⁶⁵⁷.»

Delimitados los supuestos en que la LAP exige la escritura como requisito para el otorgamiento del consentimiento informado, debemos preguntarnos a continuación por las consecuencias de su incumplimiento, esto es, ¿qué ocurre cuando el facultativo recaba únicamente el consentimiento verbal del paciente en alguno de los supuestos descritos en el artículo 8.2 LAP o cuando el documento de consentimiento no contiene la información legalmente exigida? Al respecto, se pronuncia la jurisprudencia en innumerables ocasiones proclamando el carácter meramente *ad probationem* del documento de consentimiento informado, de cuya falta o contenido informativo deficitario no puede colegirse automáticamente la inexistencia del consentimiento del paciente⁶⁵⁸; no obstante,

⁶⁵⁶ En este sentido se postula Cantero Martínez, quien afirma que «[e]sta cláusula puede ser vista como una muestra de la denominada medicina defensiva, en la medida en que no hace sino poner de manifiesto que el consentimiento informado puede constituir un instrumento imprescindible para evitar la responsabilidad del médico» (Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía... op. cit.*, p. 30).

⁶⁵⁷ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 704. *Vid.* también Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 178. Ésta es también la interpretación del artículo 10.2 LAP que sostiene Guerrero Zaplan a, conforme al cual: «hay que entender como norma general que cuanto menor sea el beneficio esperado por la intervención o acto terapéutico de que se trate, mayor debe ser el nivel de información que se debe ofrecer al paciente, y ello tal como resulta de lo que impone el artículo 10.2 de la Ley 41/2002» (Guerrero Zaplan a, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 184). Por su parte, indica Xiol Ríos: «En realidad lo que la Ley está diciendo no es que sea más necesario el consentimiento cuando es más dudoso, el consentimiento es necesario siempre. Siempre que hay un riesgo, si no hay consentimiento puede haber responsabilidad por incumplimiento de este deber. En realidad la Ley está queriendo decir que para que ese consentimiento sea válido la información tiene que ser más detallada cuanto más dudoso sea el resultado de la intervención. Esto es lo que en realidad está queriendo decir» (Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, p. 138).

⁶⁵⁸ El carácter meramente probatorio del documento de consentimiento informado se infiere de multitud de Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, pudiendo citarse como exponente el Dictamen n. 0667/2014, de 14 de octubre de 2014, que dice como sigue: «resulta reprochable la utilización de un documento de consentimiento informado genérico e inconcreto como el que consta en la historia clínica [...], aunque se explique en el contexto de un procedimiento quirúrgico sencillo como el de la exodoncia de la pieza dentaria de la paciente, pero lo importante es que, por las razones ya indicadas, puede afirmarse que el defecto formal no es en este caso relevante desde el momento en que se suministró la información precisa en la sesión de preanestesia, que además estaba incluida, como antes se ha dicho, en el Programa Dental de Discapacitados.» *Vid.* también Dictámenes nn. 077/1996, de 16 de julio de 1996; 229/2004, de 15 de julio de 2004; 050/2005, de 17 de febrero de 2005; 466/2005, de 21 de diciembre de 2005; 468/2005,

el incumplimiento de la forma escrita determina la inversión de la carga de la prueba del consentimiento, habida cuenta de que el profesional sanitario (o la Administración, en su caso) hubiera podido fácilmente demostrar su existencia de haber exigido la escritura en su otorgamiento⁶⁵⁹. De esta suerte, es el profesional sanitario el que debe acreditar que ha recabado el consentimiento informado del paciente, «no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba»⁶⁶⁰. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, la

de 21 de diciembre de 2005; 277/2006, de 4 de julio de 2006; 401/2006, de 27 de septiembre de 2006; 175/2008, de 13 de marzo de 2008; 018/2009, de 14 de enero de 2009; 0187/2010, de 8 de abril de 2010; 0008/2011, de 13 de enero de 2011; 0147/2011, de 8 de marzo de 2011; 0233/2012, de 28 de marzo de 2012; 0634/2012, de 26 de julio de 2012; 0752/2013, de 6 de noviembre de 2013; 0007/2014, de 15 de enero de 2014; 0301/2014, de 29 de abril de 2014 y 0308/2014, de 29 de abril de 2014.

⁶⁵⁹ Por todas, SSTs de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 18 de junio de 2004 (RJ 2004\3859; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 18 de enero de 2005 (RJ 2005\995; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\4306; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 22 de junio de 2005 (RJ 2005\5323; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4254; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 26 de octubre de 2006 (RJ 2006\8020; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9567; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 6 de febrero de 2007 (RJ 2007\2771; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 2 de noviembre de 2007 (RJ 2008\731; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9154; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 9 de junio de 2009 (RJ 2009\6531; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 4 de mayo de 2010 (RJ 2010\4780; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6035; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\7671; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

⁶⁶⁰ STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate). En la doctrina, *vid.* Simón Lorda, Pablo y Barrio Cantalejo, Inés María, «Legibilidad de...» *op. cit.*, p. 147. El documento de consentimiento informado puede facilitar la prueba de la información y el consentimiento del paciente, pero en modo alguno constituye prueba plena de su existencia, sino un mero indicio que ha de valorarse junto al resto de medios probatorios que las partes puedan aportar. De hecho, no

consideración del incumplimiento de la forma escrita como determinante de la inversión de la carga de la prueba de la existencia del consentimiento informado carece de relevancia alguna, debido a que tal inversión es jurisprudencialmente establecida con carácter general para todos los supuestos de consentimiento informado (se respete o no la forma documental cuando es preceptiva) por aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria recogida en el artículo 217.7 LEC⁶⁶¹.

Por lo que respecta al contenido del documento de consentimiento informado, establece el artículo 10.1 LAP la información básica que el mismo ha de contener: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones⁶⁶². En todo caso, son nulas las cláusulas exoneradoras de la responsabilidad del profesional sanitario que pueda contener el documento de consentimiento informado, nuli-

puede constituir la defensa de la comunidad médica la finalidad esencial perseguida por el documento consentimiento informado, pues ello implicaría admitir su consideración como un instrumento al servicio de la medicina defensiva (proscrita por el artículo 21.2 del Código de Deontología Médica de 2011) más que como un derecho del paciente al que el propio Tribunal Constitucional le reconoce el rango de fundamental –STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera)–.

⁶⁶¹ Vid. SSTs de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998\7565; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 19 de abril de 1999 (RJ 1999\2588; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 27 de abril de 2001 (RJ 2001\6891; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\3916; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2608; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7218; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\4724; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

⁶⁶² Una exposición más detallada del contenido mínimo del documento de consentimiento informado se contiene en diversa legislación autonómica. Por todas, Ley 5/2010 de Castilla– La Mancha (artículo 21.2) y Ley 3/2005 de Extremadura, cuyo artículo 27.2 dice como sigue: «Dicho documento deberá contener, enunciados de forma breve y en lenguaje comprensible, de manera que los conceptos médicos puedan entenderse por la generalidad de los usuarios, como mínimo: – Identificación y descripción del procedimiento, con explicación breve y sencilla del objetivo del mismo, en qué consiste y la forma en que se va a llevar a cabo. – Beneficios que se esperan alcanzar, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias y molestias previsibles de su realización y de su no realización, riesgos frecuentes, de especial gravedad y asociados al procedimiento por criterios científicos (Se entiende por riesgos típicos o frecuentes como aquellos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia). – Riesgos en función de la situación clínica personal del paciente y con sus circunstancias personales o profesionales. – Identificación del centro, establecimiento o servicio sanitario. – Identificación del paciente y, en su caso, del representante legal, familiar o allegado que presta el consentimiento. – Identificación del médico que informa, que no tiene necesariamente que ser el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente, sino también el responsable con carácter general de la asistencia al paciente. – Declaración de quien presta el consentimiento de que ha comprendido adecuadamente la información, conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación, y ha recibido una copia del documento. – Lugar y fecha. – Firmas del médico y de la persona que presta el consentimiento.»

dad que puede fundamentarse en tres motivos esenciales: en primer lugar, por recoger tales cláusulas un acuerdo *inter partes* contrario a ley imperativa (artículo 1255 CC); en segundo lugar, porque la actuación del profesional sanitario conforme a la *lex artis ad hoc* constituye un imperativo ético y jurídico que no puede excluirse en virtud de los «acuerdos privados» que puedan alcanzar médico y paciente⁶⁶³; por último, con referencia únicamente a la responsabilidad procedente del dolo, por la previsión contenida en el artículo 1102 CC, con arreglo al cual «[I]a renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.» En esta línea argumental, sostiene Romeo Casabona que:

«es asimismo inútil pretender encubrir con estos documentos la introducción de cláusulas de exoneración de responsabilidad a favor del profesional. A pesar de que conste la aquiescencia del paciente mediante su firma, dichas cláusulas son nulas de pleno derecho, pues indudablemente el paciente otorga su consentimiento sobre la práctica correcta, pero no sobre la negligente, y por ello sería razonable pensar que en realidad no consintió sobre ninguna clase de exculpación⁶⁶⁴.»

⁶⁶³ Sostiene Orozco Pardo que: «toda cláusula contractual que suponga una derogación de la «Lex Artis» ha de ser necesariamente considerada nula, pues se trata de una cláusula particular que pretende derogar una norma imperativa y fundamental en el ámbito de actuación del profesional, por lo que éste debe considerar aplicables todas aquellas reglas del arte que por la naturaleza del caso deban ser observadas, pues suponen un imperativo ético y jurídico que constituyen un mandato ineludible» –Orozco Pardo, Guillermo, «La aplicación del concepto «lex artis» al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica», en AA. VV., *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Moreno Quesada, Bernardo *et al.* (coords.), Universidad de Granada, Granada, 1993, p. 531–. En esta línea, defiende la *Washington Supreme Court* en *Elmer E. Shorter, as Personal Representative, Appellant, v. Robert E. Drury, et al., Respondents*, 103 Wn.2d 645 (1985), 695 P.2d 116 (*Washington Supreme Court*, 11.1.1985) que los *release forms* no excluyen la responsabilidad de los médicos: «We emphasize again the release did not exculpate Dr. Drury from his negligence in performing the surgery.» Igual conclusión se infiere del artículo IV. C.-8:104 DCFR que, tras establecer el estándar de diligencia que debe respetar el prestador del servicio en su actuación, declara, en su apartado (3): «The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.»

⁶⁶⁴ Romeo Casabona, Carlos María, «El consentimiento...» *op. cit.*, pp. 99-100. Por su parte, sostiene Galán Cortés: «Obvio es decir que aquellas cláusulas del documento de consentimiento informado que pudieren exonerar «en todo caso» de responsabilidad al facultativo, son nulas de pleno derecho por abusivas y se tendrán por no puestas (arts. 83 y 86.2 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 706, nota al pie n. 151). *Vid.* también Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 244; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 120; Martínez Gallego, Eva María, «Análisis jurídico...» *op. cit.*, p. 199. En contra se pronuncia Ramos González, conforme a la cual: «En derecho español, a diferencia del art. 1102 CC, relativo a la responsabilidad por dolo, el artículo 1103 CC no prohíbe los pactos de exoneración de responsabilidad por culpa. Una cláusula contractual por la que se excluyera o limitara la responsabilidad civil por culpa del prestador del servicio sólo sería inválida por abusiva si no fuera negociada individualmente (art. 86.1 y 2 TRLGDCU)» –Ramos González, Sonia, «Obligación de competencia y diligencia», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Vaquer Alo y, Antoni *et al.* (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 1349–.

Firmado el documento de consentimiento informado, el legislador estatal no establece la obligación de entregar una copia del mismo al paciente, si bien éste puede acceder, en los términos previstos por el artículo 18 LAP, a la documentación que compone su historia clínica, en cuyo contenido mínimo se integra el consentimiento informado –artículo 15.2.i) LAP–⁶⁶⁵.

Por último, podemos cuestionarnos si es válido el consentimiento informado tácitamente otorgado, es decir, aquél prestado mediante actos concluyentes del paciente. El Convenio de Oviedo se limita a establecer ciertos supuestos en los que el consentimiento se ha de otorgar por escrito⁶⁶⁶, sin explicitar forma alguna que haya de respetarse con carácter general, pudiendo sobreentenderse la admisión del consentimiento prestado en forma tanto expresa (verbal o escrita) como tácita⁶⁶⁷. De hecho, esta exégesis es confirmada por el Informe Explicativo del Convenio de Oviedo que, en su párrafo 37, afirma que el consentimiento puede ser expreso (verbal o escrito) o tácito, dependiendo en gran medida de la naturaleza de la intervención. En sentido similar, el DCFR no exige, como regla general, el cumplimiento de forma alguna en lo que a la prestación del consentimiento informado se refiere, quedando a salvo únicamente los tratamientos innecesarios desde la perspectiva estrictamente médica y los tratamientos experimentales, para los que el apartado (6) del artículo IV. C.-8:108 DCFR exige la previa prestación de un consentimiento expreso y específico; en consecuencia, el antedicho precepto excluye explícitamente la prestación del consentimiento de forma tácita en las esferas de la investigación y la medicina satisfactiva, permitiendo aparentemente con su silencio tal posibilidad en medicina curativa. Por su parte, la LAP sí que exige que el consentimiento se otorgue expresamente, sea verbal (como regla general) o escrito (en los supuestos excepcionales previstos por el artículo 8.2 LAP), de suerte que la validez del consentimiento tácito debe rechazarse, en principio, conforme a la literalidad del artículo 8 LAP⁶⁶⁸. Sin embargo, esta regula-

⁶⁶⁵ Diversa normativa autonómica establece expresamente el derecho del paciente a que le sea entregada una copia del documento de consentimiento informado. Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 2.5); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 18.4); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 27.3); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 33.4); Ley 6/2002 de Aragón (artículo 12.5); Ley 3/2001 de Galicia (artículo 10.2) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.6).

⁶⁶⁶ Exige el Convenio que el consentimiento se otorgue por escrito previamente a la realización de experimentaciones con seres humanos –artículo 16.v)– y la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos con fines de trasplante (artículo 19.2), si bien en este último caso el Convenio permite que pueda prestarse el consentimiento ante una autoridad como alternativa a la forma escrita.

⁶⁶⁷ Idéntica conclusión puede extraerse del artículo 6.1.b) Ley 2/2002 de La Rioja, conforme al cual: «El consentimiento [...] no estará sometido a forma», salvo «en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos o prácticas médicas que impliquen riesgos o inconvenientes notorios y previsibles para la salud del usuario», que exigen la prestación del consentimiento en forma escrita.

⁶⁶⁸ En sentido opuesto se pronuncia Sancho Gargallo, según el cual: «La regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general

ción legal contrasta con la asiduidad con la que el consentimiento se otorga tácitamente para la realización de actuaciones médicas banales. Así, verbigracia, cuando un sujeto acude a su centro de salud aquejado de un fuerte dolor en el pecho, si el facultativo le indica que se tienda en la camilla para proceder a su auscultación y el paciente, sin decir (ni mucho menos escribir) palabra alguna, se levanta y se tumba en la camilla, el médico entenderá que el paciente ha consentido por actos concluyentes y, en consecuencia, procederá a auscultarlo. Situaciones como esta se producen con ingente asiduidad, lo que pone de relieve de modo ostensible la admisión virtual del consentimiento tácito en la práctica clínica diaria⁶⁶⁹.

Ahora bien, en todo caso el consentimiento, con independencia de su forma de prestación (por tanto, también cuando se otorgue tácitamente), debe ir precedido de la debida información asistencial para que pueda calificarse de consentimiento informado a los efectos de la LAP y, consiguientemente, legitimar la actuación del facultativo. En coherencia con el planteamiento expuesto se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 11 de mayo de 2012⁶⁷⁰:

«La parte apelante, el Servicio Andaluz de Salud, cuestiona la declaración como hecho probado de inexistencia del consentimiento del paciente para la actuación médica diagnóstica –la colonoscopia realizada el 13 de noviembre de 2003– que se entiende determinante de una mala praxis médica, y que la sentencia analiza a la luz en los artículos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dedicados al respeto a la autonomía del paciente, en primer lugar, al considerar que esta apreciación de la resolución recurrida responde a una valoración probatoria incompleta, que renuncia a

sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría general de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir en el tratamiento o intervención, bastarán para considerar cumplido el requisito de consentimiento informado. Aunque estos actos deben ser concluyentes de que se prestó su consentimiento de causa» (Sancho Gargallo, Ignacio, «Tratamiento legal...» *op. cit.*, p. 14; Sancho Gargallo, Ignacio, «La exigencia...» *op. cit.*, pp. 33-34). En contra de la opinión vertida por el citado autor, entendemos que la LAP, al declarar que la regla general en sede de consentimiento informado es la oralidad, excluye la posibilidad de que éste se otorgue tácitamente, habida cuenta de que el consentimiento verbal es expreso por definición. A nivel autonómico, impone también la conformidad expresa del paciente, excluyendo, en consecuencia, la prestación del consentimiento por actos concluyentes, la Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 23.1).

⁶⁶⁹ Parece admitir Cal vo Sánchez el consentimiento tácito del paciente al postular que «nuestro ordenamiento jurídico español impone que el consentimiento pedido debe ser solicitado: [...] A través de su conformidad expresa oral/gestual o escrita [...]» –Cal vo Sánchez, María Dolores, «Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, p. 376–.

⁶⁷⁰ JUR 2012\304469; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral.

tomar en consideración el comportamiento del paciente, y su aceptación tácita del sometimiento a la prueba, deducida a partir de hechos como el seguimiento de las instrucciones preparatorias de la misma, sobre todo de carácter dietético. El hecho de seguir los consejos necesarios para el buen fin de una prueba diagnóstica no permite presumir que el paciente hubiese recibido una información con el grado de detalle exigido por el artículo 10 de la Ley 41/2002, ya que una cosa es que el paciente sea informado, y ponga en práctica las recomendaciones para realizar la colonoscopia, y otra muy distinta inferir de esta circunstancia que recibió información relativa a los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, y los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, o las contraindicaciones del acto médico. Y consentir someterse a la colonoscopia –que nadie duda es lo que hizo el fallecido– no equivale a someterse a la misma debidamente informado, de ahí que proceda desestimar este primer motivo de impugnación de la sentencia, pues es claro que no hay prueba de que el fallecido recibiese la información exigible legalmente⁶⁷¹.»

En consecuencia, no puede entenderse la mera solicitud por un sujeto a un profesional sanitario de realizar una determinada intervención como un consentimiento informado tácitamente otorgado y, por tanto, legitimador de la actuación médica, pues en modo alguno la petición de asistencia acredita el cumplimiento de los deberes de información que incumben al facultativo respecto del paciente⁶⁷².

⁶⁷¹ En igual sentido, establece la SAN de 30 de abril de 2003 (JUR 2006\281892; Ponente: Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo): «Acreditada la inexistencia de la información al paciente, no cabe duda que se ha omitido la exigencia de consentimiento, o, en su caso, que el consentimiento tácito, si es que lo hubo, resultó viciado.» *Vid.* también STS de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

⁶⁷² Ésta parece ser la postura sostenida por Monterroso Casado al cuestionarse si es admisible un consentimiento tácito, a lo que responde la autora afirmando que: «Cuando un paciente asiste a un centro médico o cuando el profesional es llamado para que acuda a atenderle a su domicilio, existe un contrato implícito y verbal, en el que se entiende que existe un consentimiento. Por ejemplo, si alguien se presenta con una herida en el centro médico se sobreentiende que está consintiendo su curación. Situación distinta sucede si el médico estima que es necesario anestesiarse e intervenir al paciente debido a la lesión sufrida» (Monterroso Casado, Esther, «La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño», *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 17, 2006, p. 11). Por su parte, postula Arenas Alegría que: «no hay consentimiento informado sino tras la puesta en conocimiento del paciente de lo que en realidad implica su elección. La petición de asistencia médica que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento, en cuanto al hecho de la intervención no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos» –Arenas Alegría, Cristina, «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración. Especialidades en la medicina satisfactiva y su relación con la garantía del resultado», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääske-läinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 136–. Igualmente, parece ser ésta la postura sostenida por Simón Lorda en las palabras que transcribimos de seguido: «Y nos queda el consentimiento tácito. Simple y llanamente no creo que exista tal cosa. No existe consentimiento sin información previa. Lo que podemos discutir aquí brevemente es de qué hay que informar a los pacientes. Y yo creo que para que un consentimiento sea válido el paciente tiene que estar informado, explícitamente al menos de que

4.3 Consentimiento específico para cada actuación médico-sanitaria

El artículo 8.1 LAP establece, como ya ha sido indicado en repetidas ocasiones a lo largo de nuestra exposición, que el consentimiento informado ha de otorgarse con carácter previo a toda actuación en el ámbito de la salud del paciente; así, es precisamente la actuación por éste consentida la que integra el ámbito objetivo sobre el cual despliega sus efectos el consentimiento informado. En consecuencia, únicamente está legalmente justificada aquella actuación del facultativo que haya sido previamente legitimada por un consentimiento otorgado con carácter específico para el procedimiento realizado, sin que en modo alguno pueda reputarse eficaz un consentimiento general que conceda al profesional sanitario «carta blanca» para que pueda realizar cualquier actuación que estime conveniente conforme a su juicio clínico y en atención al estado de salud del paciente. Esta conclusión se colige sin dificultad del artículo 8.3 LAP, en virtud del cual el consentimiento escrito del paciente es necesario «para cada una» de las actuaciones especificadas en el apartado anterior del mismo precepto⁶⁷³. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2006⁶⁷⁴, condena al facultativo, al centro sanitario y a la compañía aseguradora como responsables civiles en un asunto en el que el paciente es sometido el 13 de enero de 1992 a una litotricia extracorpórea por ondas de choque (ESWL) en aras de corregir la litiasis pielo-uretral que le ha sido diagnosticada, siendo repetida tal intervención el 23 de abril de ese mismo año al objeto de eliminar los restos de piedra no destruidos con la primera cirugía. Tras ambas intervenciones, el paciente experimenta diversas complicaciones renales que desembocan, días más tarde, en su fallecimiento. El Tribunal fundamenta su condena por responsabilidad civil en la omisión del consentimiento informado del paciente,

tiene derecho a recibir información sobre diversos aspectos de lo que se le va a hacer, y que es una obligación del profesional ofertarle dicha información. Luego, el paciente podrá decir, «vale doctor, le agradezco su ofrecimiento, pero prefiero que no me cuente nada porque me fío de usted; adelante con la prueba», con lo que estará ejerciendo libremente su autonomía, y dando un consentimiento válido, voluntaria y explícitamente ignorante si se quiere, pero no tácito» (Simón Lorda, Pablo, «El consentimiento informado: abriendo...» *op. cit.*, pp. 36-37). No obstante, en la cita reproducida, el autor parte de la premisa (a nuestro entender errada) de que el consentimiento tácito nunca puede ser informado cuando, en puridad, lo que parece significar el autor es la inadmisibilidad, no del consentimiento prestado por actos concluyentes, sino de la legitimación de un acto médico sobre la base de la mera solicitud de asistencia del paciente, sin que dicha petición sea seguida de la preceptiva información asistencial.

⁶⁷³ A nivel autonómico, es diversa la normativa que explicita el deber de que el documento de consentimiento informado sea específico para cada actuación. Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 2.2); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.2); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 27.1); Ley 21/2000 de Cataluña (artículo 6.3); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 21.1); Ley 6/2002 de Aragón (artículo 12.2) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.2).

⁶⁷⁴ RJ 2006/8059; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

pese a que éste firma, con carácter previo al inicio de ambas cirugías, sendos documentos de consentimiento. Declara el Tribunal:

«Se trata de simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico, que fueron firmados el mismo día de la intervención y utilizados tanto para la primera como para la segunda (de 13 de enero y de 23 de abril de 1992), a pesar de que los tratamientos prestados eran diferentes, al necesitar el segundo de anestesia. En ninguno se menciona al facultativo que la proporciona, ni el que sirve de interlocutor principal para recabar detalles del tratamiento a realizar, identificando posibles aspectos concretos expresados por el paciente. Tampoco se hace mención particularizada de la situación médica del enfermo (esclerodemia), ni concreción de los riesgos y posibles complicaciones de un tratamiento que no tenía carácter de urgencia y al que podía renunciar, sin que el vídeo o folleto [sic] proporcionado, a los que no se refiere la sentencia, parezcan tener más valor que el de dar a conocer la técnica utilizada; todo lo cual permite concluir que el consentimiento del fallecido no fue prestado y obtenido contando con la información necesaria, ni con la que exige el artículo 10.5 de la Ley 14/86 [...], al no reunir los requisitos mínimos y razonables para haberle permitido decidir, con suficiente conocimiento, si decidía someterse o no a la intervención, siendo este necesario al no darse las circunstancias excepcionales del artículo 10.6 a).b) y c) de la LGS⁶⁷⁵.»

Ahora bien, pese a que el artículo 8.3 LAP excluye de su ámbito de aplicación al consentimiento otorgado verbalmente, podemos afirmar con absoluta certeza la inexcusable especificidad que ha de respetarse también en su otorga-

⁶⁷⁵ El Tribunal Supremo declara en innumerables pronunciamientos que el documento de consentimiento informado no debe constituir un formulario genérico, sino que ha de adecuarse a las exigencias informativas de la concreta intervención a la que el paciente va a someterse. Por todas, SSTS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 27 de abril de 2001 (RJ 2001\6891; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 18 de junio de 2004 (RJ 2004\3859; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 18 de enero de 2005 (RJ 2005\995; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4254; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de junio de 2006 (RJ 2006\5152; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 26 de octubre de 2006 (RJ 2006\8020; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9567; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9154; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6035; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\5481; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García) y 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

miento, habida cuenta de que la información que debe recibir el paciente antes de otorgar su consentimiento verbal debe ser específica *ex* artículo 4.1 LAP⁶⁷⁶.

De esta suerte, si a lo largo del proceso asistencial el equipo médico considera indicado el sometimiento del paciente a distintos procedimientos, los profesionales sanitarios deben recabar tantos consentimientos como actuaciones médicas se entiendan necesarias, quedando legitimada la actuación de los facultativos únicamente al practicar aquellas intervenciones o aplicar aquellos tratamientos que el paciente ha consentido de modo específico. En suma, un mismo consentimiento informado no puede legitimar distintos procedimientos, quedando a salvo aquellos supuestos en los que la actuación médica consentida comprenda distintas intervenciones vinculadas entre sí o la aplicación de un tratamiento que conste de diversas fases; en tales casos, no es necesaria la obtención de un consentimiento específico para cada una de las intervenciones o fases que integren la actuación médica si ésta es consentida en su globalidad. Con este razonamiento se alinea el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de noviembre de 2007⁶⁷⁷, al afirmar que el padre de la paciente ha consentido por escrito, no únicamente la primera de las intervenciones realizadas, sino todo el plan quirúrgico de corrección del padecimiento de su hija, comprensivo éste de dos actuaciones que, más que intervenciones distintas, constituyen una única desarrollada en dos tiempos. En la misma línea argumental, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia de 10 de junio de 2011⁶⁷⁸, resuelve que el consentimiento informado otorgado por la paciente para someterse a un procedimiento de fecundación *in vitro* mediante microinyección espermática y transferencia embrionaria es suficiente para legitimar la actuación del facultativo en el desarrollo de las tres fases que lo integran, sin que sea necesaria la prestación de un consentimiento específico para cada una de las fases de que consta el tratamiento⁶⁷⁹. Ahora bien, no quedan amparadas por un único con-

⁶⁷⁶ La doctrina mayoritaria aboga por defender la especificidad del consentimiento informado con independencia de su forma de otorgamiento. Por todos, Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 47; Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario... op. cit.*, p. 301; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 273; Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 191.

⁶⁷⁷ RJ 2008\731; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Herrero Pina.

⁶⁷⁸ AC 2011\1372; Ponente: Illmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal.

⁶⁷⁹ *Vid.* también el Dictamen n. 0340/2017, de 31 de mayo de 2017, del Consejo Consultivo de Andalucía, donde el citado organismo entiende que «no es necesario suscribir documento de consentimiento informado ni informar sobre la colocación de una sonda vesical, «pues es una tarea o herramienta que forma parte de un procedimiento más general.» En la doctrina, sostiene Morillas Cueva: «La declaración de voluntad que supone [el consentimiento informado] ha de estar, en principio, dirigida a un acto médico concreto. [...] Otra cosa distinta es cuando por las características del tratamiento éste tenga un carácter cíclico en el que por su especial naturaleza precise de una reiteración de actos separados en el tiempo pero de idéntico contenido y riesgo –por ejemplo, sesiones de radioterapia en un enfermo de cáncer–, en el que no

sentimiento informado diversas intervenciones o pruebas diagnósticas que hayan de realizarse periódicamente (verbigracia, colonoscopias, mamografías...), cada una de las cuales requiere de un específico consentimiento⁶⁸⁰. En definitiva, podemos concluir, parafraseando a Galán Cortés, que:

«El objeto del consentimiento se concreta a la específica intervención para la que ha sido otorgado, sin que, salvo caso de urgencia intercurrente y de actuación necesariamente inaplazable, pueda extenderse la actividad del facultativo a otras actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada y que determinen la extracción, cercenamiento o lesión de cualquier otro órgano⁶⁸¹.»

Ahora bien, ¿qué ocurre en las situaciones de hallazgo médico o «conocimiento inesperado»⁶⁸²? Nos referimos a aquellos supuestos en los que, en el curso de una intervención consentida por el paciente, se aprecia una afección nueva que requiere de otra cirugía, o de una modificación en la extensión o forma de practicar la intervención programada, en atención a los nuevos riesgos conocidos en su desarrollo⁶⁸³. El interrogante deviene evidente: ¿puede el facultativo practicar la intervención exigida por el hallazgo médico pese a no disponer de la previa conformidad del paciente o continuar con la intervención programada aun cuando no se haya informado al paciente de los nuevos riesgos conocidos una vez iniciada aquélla? Ésta es la problemática abordada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 1995⁶⁸⁴, en un

parece preciso un consentimiento particularizado para cada actuación pues se trata de un tratamiento unitario con varias secuencias, lógicamente con una cierta unidad temporal. En el caso del paciente que es sometido a un ciclo de los indicados y finaliza, pero pasados, por ejemplo, cinco años, los facultativos estiman necesario volver a realizar semejante tratamiento, sí sería exigible nuevamente su consentimiento» –Morillas Cueva, Lorenzo, «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 97–.

⁶⁸⁰ Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 127.

⁶⁸¹ Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸² Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal... op. cit.*, p. 184.

⁶⁸³ El tratamiento judicial de los casos de hallazgo médico tiene su origen en el *case law* norteamericano de la pasada centuria. Así, es ésta la problemática abordada en los citados asuntos *Mohr v. Williams*, 104 N. W. 12 (Minn. 1905) (Minnesota Supreme Court, 1905) y *Pratt v. Davis*, 118 Ill. App. 161 (1905) (Illinois Appellate Court, 1905), donde la Minnesota Supreme Court y la Illinois Appellate Court, respectivamente, resuelven que el consentimiento del paciente previo a toda actuación médica debe ser expreso, salvo en los supuestos de emergencia y aquellas situaciones en las que, en el curso de una intervención consentida por el paciente y encontrándose éste en estado de inconsciencia, surjan condiciones imprevistas que exijan modificar el curso de la acción programada inicialmente, admitiéndose en estos dos supuestos excepcionales el consentimiento presunto del paciente. Vid. también *Josephine Valdez, Appellant, v. James F. Percy et al., Respondents*, 35 Cal. App. 2d (California Court of Appeal, 17.11.1939); *Helmer Bang and Another v. Charles T. Miller Hospital and Another. Frederic E. B. Foley, Respondent*, 251 Minn. 427 (1958), 88 N. W. (2d) 186 (Supreme Court of Minnesota, 14.2.1958) y *Claudine A. Pedesky, Plaintiff and Appellant, v. Leon W. Bleiberg, Defendant and Respondent*, 251 Cal. App. 2d (California Court of Appeals, 17.5.1967).

⁶⁸⁴ RJ 1995\4262; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

supuesto en el que un ginecólogo observa, en el curso de una cesárea, la existencia de múltiples miomas diseminados por la total superficie del útero, adherencias entre las asas intestinales y las dos caras laterales del útero e inflamación y congestión de las trompas de Falopio, amén de un importante desgarro del segmento uterino inferior producido en el momento de la extracción del feto. Ante esta inesperada situación, el facultativo procede a practicar a la paciente, con el único consentimiento de su esposo, una salpinguectomía en aras de evitar el grave peligro que para su vida puede significar un nuevo embarazo (*id est*, un riesgo futuro, no urgente). De resultas de la salpinguectomía practicada, la paciente sufre una esterilización casi total e insubsanable y un síndrome depresivo. Con estos antecedentes de hecho, resuelve el Tribunal lo que sigue:

«La delimitación de los presupuestos fácticos relacionados permite comprender que en el tema que nos ocupa, no se pone en duda que en la práctica de la operación de cesárea, primero, y en la correspondiente a la salpinguectomía, después, el facultativo que las realizó hubiera desconocido o actuado sin acomodarse a las reglas propias de la «lex artis», pues aquél consistió, como se dijo, en la omisión del consentimiento o autorización prestado por la paciente en alguna de las formas admitidas en derecho, lo cual, no deja de encontrarse en conexión con la expresada «lex» en cuanto que, deontológica y legalmente, todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, circunstancias éstas que se encuentran recogidas en el artículo 10.6.c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986\1316), General de Sanidad, al establecer el derecho que asiste «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: ... cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento», cuyas circunstancias, conforme a la realidad fáctica acontecida, no concurrieron en el caso concreto de autos. Y en este orden de cosas, es evidente que el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser la concurrencia de las repetidas circunstancias⁶⁸⁵.»

⁶⁸⁵ En igual dirección, la STS de 30 de junio de 2010 (RJ 2010\5968; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano): «Resta por dilucidar si el consentimiento informado era también exigible para atender una contingencia imprevista, como era la derivada del descubrimiento quirúrgico de una endometriosis cuya existencia no fue conocida hasta el momento de la apertura abdominal, cuando la paciente se encontraba inconsciente por los efectos de la anestesia e incapacitada por

Del extracto transcrito podemos inferir tres conclusiones esenciales con relación a la conducta que ha de seguir el facultativo en los supuestos de hallazgo médico. En primer lugar, si el paciente conserva en el curso de la intervención las condiciones suficientes de capacidad para decidir, sólo él puede consentir la nueva operación o ratificar la práctica de la que está en curso tras recibir una información adecuada a sus necesidades (artículo 4.2 LAP), dependiendo la extensión y detalle de dicha información del grado de capacidad del paciente y de la urgencia que pueda revestir la intervención exigida por el hallazgo médico.

En segundo lugar, si el paciente no reúne las condiciones de capacidad suficientes para decidir personalmente (verbigracia, por encontrarse anestesiado), pero la intervención exigida por el hallazgo médico no reviste carácter de emergencia (*id est*, no se pretende con ella evitar un riesgo inmediato y grave para la vida o integridad física o psíquica del paciente, sino un riesgo futuro), el facultativo debe esperar a que el paciente recupere la capacidad, siendo su propio consentimiento informado el único que puede legitimar la actuación médica⁶⁸⁶. Con relación a estas hipótesis, sostiene Berrocal Lanzarot:

tanto para prestar o denegar cualquier tipo de consentimiento complementario. Ciertamente este descubrimiento dificultaba la técnica quirúrgica programada y hacía posible secuelas no previstas inicialmente por lo que las opciones del cirujano pasaban por continuar la intervención, como hizo, o bien detenerla con los riesgos que ello conlleva en una operación de esta envergadura para recabar nuevo consentimiento de la paciente proporcionándole la información suplementaria obtenida en el quirófano. Aunque en estos casos debe ponderarse siempre entre el riesgo existente, atendidas las circunstancias, y la necesidad de respetar el principio de autodeterminación del paciente siguiendo los criterios de la *lex artis*, lo cierto es que la actuación realizada por los cirujanos durante la intervención quirúrgica practicada el día 24 de febrero de 1998, a falta de una prueba en contrario que hubiera puesto de manifiesto la conculcación de la *lex artis*, estaría amparada en el propio artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad que recoge como excepción al consentimiento informado del paciente la situación de urgencia que no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, pues no otra cosa se deduce de la lectura de los informes médicos que obran en el expediente.» *Vid.* también SAP Ourense de 8 de noviembre de 1997 (AC 1997\2311; Ponente: Illmo. Sr. D. José Ramón Godoy Méndez). En la doctrina, afirman Berg *et al.*: «an initial consent does not constitute authorization for additional interventions the physician decides are medically beneficial [...]. For example, if during the course of an unrelated surgery, the physician discovers potentially cancerous growths on the patient's ovaries, he may be justified in taking a biopsy for analysis. The harm to the patient is minimal and most reasonable patients would agree to the procedure under these circumstances. However, unless the situation is so grave as to warrant immediate action (i.e. an emergency exists), the physician must wait until the patient recovers and obtain a separate informed consent for removal of the ovaries. The initial consent for surgery is probably broad enough to cover the biopsy, because a reasonable patient experts that while the physician is «inside» he will take notice of other problems. This does not mean that the patient will assume that the physician will perform all other surgeries (unless, of course, this was discussed during the initial consent process). Where the harm is not imminent, no emergency exists» (Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent:... op. cit.*, pp. 77-78).

⁶⁸⁶ En el sentido opuesto se postula Ataz López: «si entre el médico y el enfermo ha habido un contrato, éste obligaría no sólo a lo expresamente pactado, sino también a *todas las consecuencias* que de acuerdo con su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art. 1.258 Código civil). Por

«El consentimiento del paciente determina así el campo de actuación dentro del cual puede lícitamente desenvolverse la actuación médica y se extiende únicamente a lo relatado en la información proporcionada por el facultativo. De ahí que el médico deba comunicar al paciente la posibilidad de que en el curso de la realización del procedimiento, surjan nuevos problemas o dificultades que puedan requerir modificaciones en la forma o extensión de la intervención a realizar. De no hacerlo así, el médico no podrá exceder en ningún momento los límites del consentimiento emitido, a no ser que pueda justificarse su actuación en una excepción por urgencia o estado de necesidad⁶⁸⁷.»

Bajo nuestro punto de vista, debemos ser cautelosos al admitir la posibilidad postulada por la autora, en aras de evitar que el consentimiento informado del paciente pueda ser interpretado como una «patente de corso» al facultativo para realizar cuantas modificaciones entienda oportunas en la intervención programada, sin que el paciente haya sido previamente informado de los riesgos anejos a cada uno de los nuevos cursos de la acción adoptados. En nuestra opinión, únicamente están legitimadas aquellas modificaciones en la intervención programada de cuya contingencia y riesgos haya sido informado el paciente antes de otorgar su consentimiento⁶⁸⁸. Ahora bien, esta hipótesis sólo resulta viable cuando es posible prever *ex ante* las complicaciones sobrevenidas en el curso de la actuación médica,

esto parece que en principio cualquier imprevisto se debe entender incluido en el consentimiento inicial del paciente, siempre y cuando la nueva intervención tenga *alguna relación* con la inicialmente prevista, es decir, se pueda considerar una «consecuencia de lo expresamente pactado», de acuerdo con la buena fe, el uso y la ley» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 79-80).

⁶⁸⁷ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 273. En sentido similar, entiende Monterroso Casado que, en los supuestos de hallazgo médico, la actuación del profesional sanitario (esperando a que despierte el paciente o realizando la segunda intervención sin su consentimiento) «[d]ependerá de si resulta urgente e inaplazable [la segunda intervención] y de la contemplación de dicha eventualidad en el documento de consentimiento informado» (Monterroso Casado, Esther, «La cuantificación...» *op. cit.*, p. 18).

⁶⁸⁸ Éste parece ser el posicionamiento con el que se alinea Sánchez González, conforme a la cual: «un modo de proceder sumamente correcto –al menos, en lo que se refiere a la obtención del consentimiento–, es el enjuiciado en la STS 3 octubre 1997 (RJ 1997/7169): el consentimiento solicitado y conseguido se refería a la extracción de un cálculo uretral mediante endoscopia y, en caso de no ser ello posible, para practicar una incisión con el mismo fin» (Sánchez González, María Paz, *La impropiamente... op. cit.*, p. 253). Así, declara el Tribunal Supremo en la aludida sentencia de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7197; Ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel): «si –según consta en el «factum» de la recurrida y tal como se ha reflejado en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución– existió adecuada información, consentimiento expreso del enfermo y de sus familiares más allegados, exposición previa de incidencias quirúrgicas y aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia de quebranto de la confianza junto a una correcta técnica operatoria y adecuada atención facultativa en el período posquirúrgico inmediato a la intervención por parte del cirujano protagonista de la imputación por negligencia, se cancela toda posibilidad de que prospere aquélla aun cuando a través de la misma se exacerbe, hasta asignarle caracteres del requisito formal inalterable desnaturalizador de la relación de confianza que debe existir entre el facultativo y el paciente, la exigencia de una adecuada información como soporte del consentimiento prestado».

previsibilidad que colisiona en cierto modo con la naturaleza fortuita característica del hallazgo médico. En suma, podemos afirmar que no ostentan eficacia jurídica las autorizaciones genéricas y desinformadas otorgadas por el paciente al facultativo para modificar, en el desarrollo de la intervención programada, su extensión y forma de ejecución en el sentido que juzgue conveniente conforme a su juicio clínico, quedando a salvo, evidentemente, los supuestos de emergencia.

Por último, si el paciente no presenta en el desarrollo de la intervención las suficientes condiciones de capacidad para consentir personalmente la intervención exigida por el hallazgo médico o para ratificar la práctica de la intervención programada, pero la actuación del facultativo resulta esencial al objeto de evitar un riesgo grave e inminente para la vida del paciente, puede el médico actuar amparado por las previsiones del artículo 9.2.b) LAP⁶⁸⁹, quedando justificada su actuación en el estado de necesidad⁶⁹⁰.

Para concluir, hemos de advertir que el documento de consentimiento informado ha de ser específico también desde el prisma subjetivo, esto es, que debe estar personalizado con relación al concreto paciente que ha de suscribir-

⁶⁸⁹ Es éste el posicionamiento adoptado por el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen n. 0615/2011, de 27 de septiembre de 2011, emitido con motivo de un asunto en el que, en el curso de una intervención de apendicitis aguda, se practica a la paciente la resección del ovario izquierdo y trompa de Falopio. Declara el Consejo: «En relación con la falta de consentimiento informado para la operación finalmente realizada, consta en el expediente el documento de consentimiento informado pero sólo respecto a la intervención de apendicitis aguda. Ahora bien, este Consejo ha declarado reiteradamente que la falta de consentimiento informado no determina automáticamente la existencia de responsabilidad. En el presente caso, atendiendo a las circunstancias del caso, expuestas en el informe referido, esto es, que fue en la intervención misma cuando se puso de manifiesto la necesidad de la operación finalmente realizada, resulta difícil pensar en la posibilidad de recabar tal consentimiento. En efecto, el informe referido señala claramente que la indicación de la operación surgió en pleno curso de la operación de apendicitis aguda y que tal operación con el alcance que se realizó, fue necesaria y no meramente conveniente.»

⁶⁹⁰ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 716; Navia Arro yo, Felipe, «Consentimiento informado y responsabilidad civil médica», *Revista de Derecho Privado*, n. 11, 2006, pp. 169. En la doctrina, se propone igualmente el consentimiento presunto del paciente como causa de justificación de la actuación de los facultativos en los supuestos de hallazgo médico. No obstante, en caso de desconocerse la voluntad del paciente con relación al curso de la acción a seguir, tal presunción habría de fundamentarse en la voluntad de un paciente razonable, coincidiendo con Beauchamp y Childress en que «presuming consent on the basis of human goods that are desirable or what a rational will would accept is morally perilous» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 111). En todo caso, opinamos que, si existen indicios para presumir que el paciente no habría consentido la intervención exigida por el hallazgo médico de gozar de la suficiente capacidad para decidir, o directamente se dispone de su voluntad en tal sentido previamente expresada en un documento de instrucciones previas, el médico ha de abstenerse de actuar, aunque ello conlleve la materialización inminente de un riesgo que puede poner en grave peligro la vida o salud del paciente. En dirección opuesta a nuestro parecer, sostiene Ataz López que la intervención del facultativo debería justificarse incluso cuando existieran indicios para presumir la voluntad contraria del paciente, razón por la cual excluye como causa de justificación de la actuación médica el consentimiento presunto del paciente y aboga por disculpar tal intervención con base en el cumplimiento de los deberes de asistencia y socorro que corresponden al facultativo (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 78-79).

lo, pues, por exigencia del artículo 10.1 LAP, los «riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente» integran la información básica que el documento debe reflejar. De esta suerte, aun cuando el documento de consentimiento informado no sea redactado específicamente para un concreto paciente, sino que, como ocurre en la práctica totalidad de los casos, consista en un formulario prerredactado y estandarizado para un determinado tipo de intervención o tratamiento⁶⁹¹, el documento debe contener un apartado que ha de completarse con los riesgos personalizados que el procedimiento propuesto pueda conllevar para cada concreto paciente en atención a sus circunstancias personales y profesionales⁶⁹². En caso contrario, el formulario de consentimiento informado no constituye más que un documento carente de valor informativo para el paciente y al servicio de la medicina defensiva⁶⁹³; esto es, un documento que no busca realmente la satisfacción de las necesidades informativas del paciente, sino, más bien, proporcionar al profesional sanitario un medio de prueba de la existencia del consentimiento informado que pueda utilizar en futuros procesos judiciales en que pueda verse inmerso de resultados de la asistencia sanitaria prestada.

4.4 Momento de prestación del consentimiento informado

No encontramos en la LAP referencia alguna al preciso momento en que ha de recabarse el consentimiento informado del paciente. Sin embargo, de la interpretación sistemática del citado cuerpo legal pueden extraerse dos conclu-

⁶⁹¹ La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía pone a disposición de los profesionales sanitarios y pacientes un Catálogo de Formularios de Consentimiento Informado de carácter dinámico, que se actualiza regularmente en aras de recoger los últimos avances científicos. Asimismo, por Resolución de 9 de febrero de 2011, la Secretaría de Calidad y Modernización de la Consejería de Salud andaluza constituye el Comité de Evaluación y Seguimiento de los Formularios de Consentimiento Informado Escrito del Sistema Sanitario Público de Andalucía. El catálogo se encuentra disponible en el hipervínculo <http://www.juntadeandalucia.es/temas/salud/derechos/consentimiento.html> (última consulta el 10.1.2018). Hemos de advertir que los formularios de consentimiento informado han de respetar en su redacción el principio del diseño para todos o diseño universal, en aras de que «resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento» (artículo 9.7 LAP). Sólo así se da cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 49 CE, en virtud del cual: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.»

⁶⁹² En reiteradas ocasiones, nuestra jurisprudencia destaca que el paciente tiene derecho a recibir una información personalizada. Por todas, SSTS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001\6891; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8059; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de junio de 2006 (RJ 2006\5152; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). En la doctrina, *vid.* Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 21; Curbelo Pérez, David, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 242.

⁶⁹³ Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario...* *op. cit.*, pp. 220-221 y 305.

siones esenciales: el consentimiento informado ha de otorgarlo el paciente (o cliente, en su caso) antes del inicio de la actuación en el ámbito de su salud ⁶⁹⁴, pero tras recibir la información asistencial legalmente exigible ⁶⁹⁵.

Ahora bien, ¿en qué momento o lapso temporal entre la información y la actuación médica debe el facultativo recabar el consentimiento informado del paciente? Al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2009 ⁶⁹⁶, en un supuesto en el que el documento de consentimiento informado se entrega al padre del paciente menor de edad para su firma sólo unas horas antes de que éste sea sometido a una intervención quirúrgica para la corrección de un soplo cardíaco. Dice el Tribunal que:

«el hecho de que fuese firmado [el documento de consentimiento informado] sólo unas horas antes del inicio de la operación, no es relevante, ya que la ley no establecía un período mínimo de reflexión.»

El parecer opuesto defiende la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 11 de febrero de 2012 ⁶⁹⁷, donde, habiendo sido firmado por la paciente el documento de consentimiento informado en «la mesa de operaciones», afirma que

«con relación al consentimiento informado, señalar que la Sala comparte el criterio de la sentencia apelada, en el sentido de que el mismo debe ser solicitado con antelación suficiente al objeto de que el paciente pueda, con sosiego decidir la conveniencia o no de la intervención. [...]

Prestarlo como se hizo en el presente supuesto, lo priva de su razón de ser y finalidad, pues la paciente carece del necesario sosiego y calma para decidir con libertad y voluntariedad plenas, por lo que, de conformidad con la doctrina que ha quedado expuesta, esa deficiencia en el consentimiento constituye una mala praxis médica y una infracción de la “lex artis” ⁶⁹⁸.»

⁶⁹⁴ Dice el artículo 2.2 LAP que toda actuación en el ámbito de la salud requiere, con carácter general, el «previo» consentimiento de los pacientes o usuarios.

⁶⁹⁵ A tenor del artículo 2.2 LAP, el consentimiento debe obtenerse «después» de que el paciente reciba una información adecuada. En igual sentido, establece el artículo 8.1 LAP que toda actuación en el ámbito de la salud del paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado «una vez que», recibida la información prevista en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, haya valorado las opciones propias del caso.

⁶⁹⁶ RJ 2009\7656; Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez.

⁶⁹⁷ JUR 2012\344622; Ponente: Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón.

⁶⁹⁸ En aras de garantizar que el paciente tenga tiempo suficiente para leer el documento de consentimiento informado y meditar una decisión, un sector doctrinal defiende que el documento ha de entregarse al paciente, como mínimo, veinticuatro horas antes del inicio de la intervención, salvo que concurra una situación de emergencia. Por todos, Lledó Benito, Ignacio, «La explicación práctica de un consentimiento informado en la actuación del facultativo en el acto médico quirúrgico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consen-*

Quien escribe postula, con Galán Cortés, la necesidad de separar la información asistencial, que sí se ha de transmitir con antelación suficiente, y el consentimiento informado, en cuyo otorgamiento no presenta importancia real el respeto de una antelación mínima, habida cuenta de que, aun cuando se preste (sea oralmente o por escrito) el mismo día de la intervención, al haber recibido el paciente la información asistencial con suficiente antelación, ha podido éste fraguar su decisión con la necesaria meditación y sosiego. Literalmente, afirma Galán Cortés, con relación a la doctrina emanada de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, lo que sigue:

«Mostramos nuestra discrepancia con tal criterio, pues abstracción hecha de la vigencia de la Ley General de Sanidad o de la Ley 41/2002 en la fecha de la intervención, resulta incontrovertible que el consentimiento informado formaba y forma parte de la *lex artis*, y es obvio que si la información no se transmite con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar en condiciones adecuadas, el consentimiento, aun cuando se halle firmado, carece de validez y eficacia, al haberse actuado de forma claramente contraria a los principios básicos que deben concurrir en el mismo, lo que constituye, sin duda, una clara infracción de los derechos del paciente.

Distinto sería el caso y su solución, si la firma del documento de consentimiento se produjese unas horas antes de la intervención, pero la información hubiere sido facilitada con antelación suficiente (varios días antes, por ejemplo), pues entonces nada habría que objetar sobre esta cuestión⁶⁹⁹.»

Precisamente con esta tesis se alinea la Juzgado de Primera Instancia n. 1 de Pamplona cuando, en su sentencia de 16 de octubre de 2007⁷⁰⁰, resuelve que la información suministrada al paciente es correcta y que el hecho de que el consentimiento informado se firme el día antes de la intervención carece de relevancia pues no conlleva que no se haya obtenido el fin perseguido con el mismo ni que el paciente no tenga conocimiento previamente de su diagnóstico y del alcance y riesgos de la intervención practicada⁷⁰¹. En la misma línea, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencia de 15 de mayo de 2008⁷⁰², si bien en este supuesto el Tribunal estima que el consentimiento firmado por la paciente el día antes de la intervención y estando ya

miento informado), Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 291; Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de ASISA-LAVINIA, *El consentimiento... op. cit.*, p. 95.

⁶⁹⁹ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 693-694.

⁷⁰⁰ JUR 2009\216623.

⁷⁰¹ *Vid.* también STS de 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

⁷⁰² JUR 2008\294870; Ponente: Illmo. Sr. D. Álvaro Domínguez Calvo.

ingresada no puede considerarse válido y eficaz al no resultar acreditado que hubiera estado precedido de la debida información ⁷⁰³.

Ahora bien, si lo que se pone en entredicho es la validez de un consentimiento otorgado con excesiva antelación (verbigracia, porque la aplicación del procedimiento prescrito se demora debido a la existencia de una amplia lista de espera), coincidimos con Xiol Ríos en que la cuestión se ha de resolver atendiendo a criterios de sentido común, de suerte que los profesionales sanitarios deben comprobar si se ha producido un cambio de circunstancias entre los momentos de prestación del consentimiento informado y de realización del acto médico y, sólo en caso negativo, conserva su vigencia el consentimiento previamente otorgado ⁷⁰⁴.

5. EXCEPCIONES AL DEBER MÉDICO DE RECABAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

Es el artículo 9.2 LAP el encargado de regular las excepciones al deber del médico de recabar el consentimiento informado del paciente con carácter previo a toda actuación en el ámbito de su salud. De esta suerte, establece el antedicho precepto que los facultativos pueden realizar las actuaciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe un riesgo para la salud pública o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo. Las líneas que siguen las dedicamos al análisis separado de cada uno de los referidos supuestos excepcionales.

5.1 Existencia de riesgo para la salud pública

Como sabemos, el artículo 43.2 CE atribuye a los poderes públicos la competencia para «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas pre-

⁷⁰³ Vid. también SAP Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\2250; Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo), conforme a la cual: «lo que no es discutible es que la información completa deba proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado en favor de la opción quirúrgica correctora y que ello no se consigue por el sólo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones obvias sociológicas y personales o individuales, no se puede esperar del firmante una respuesta meditada o un consentimiento libremente expuesto, especialmente cuando quien ofrece el documento a la firma no es el médico o cirujano que debe realizar la operación.»

⁷⁰⁴ Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Con-sultiva*, n. 16, 2011, p. 144.

ventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.» El artículo 9.2.a) LAP contempla, precisamente, una de las medidas a través de las cuales el legislador estatal pretende la protección de la salud pública, legitimando la imposición de actuaciones médicas cuya omisión pueda poner en riesgo la salud pública⁷⁰⁵.

Ahora bien, como establece el propio artículo 9.2.a) LAP, la actuación médica no consentida únicamente está justificada cuando sea «indispensable» para la protección de la salud pública y responda a una razón sanitaria legalmente establecida. De este modo, afirma la Ley Orgánica 2/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁷⁰⁶, en su artículo 1, que las Administraciones Públicas pueden, en el ámbito de sus competencias y al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, adoptar las medidas previstas en el mismo cuerpo legal cuando así lo exijan «razones sanitarias de urgencia o necesidad». Por su parte, el artículo 2 de la Ley establece que las autoridades sanitarias competentes pueden adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud

⁷⁰⁵ En su literalidad, dice el artículo 9.2.a) LAP: «2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.» También legitima el Convenio de Oviedo la actuación del facultativo aun sin contar con el consentimiento informado del paciente cuando exista riesgo para la salud pública al declarar, en su artículo 26.1: «El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.» Finalmente, el artículo IV. C.-8:108 DCFR establece, en su apartado (3) (b): «(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless: [...] (b) any rules or procedures enabling treatment to be lawfully given without such consent have been complied with.» Como podemos comprobar, el supuesto excepcional contemplado en el DCFR tiene un alcance más reducido que aquellos previstos por la LAP y el Convenio de Oviedo, pues justifica la actuación del facultativo no consentida cuando exista una norma que la legitime (verbigracia, para la protección de la salud pública), si bien sólo cuando el paciente no tenga capacidad para otorgar el consentimiento informado, incluyendo en el concepto de *incapable* a incapaces naturales, legales y menores no maduros –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992-. Así, imaginemos que un sujeto padece una grave enfermedad infectocontagiosa respecto de la cual existe una vacuna que mitiga sus efectos infecciosos; sin embargo, el paciente se niega reiterada e injustificadamente a que la mencionada vacuna le sea administrada. En tal caso, tanto la LAP como el Convenio de Oviedo legitiman la vacunación obligatoria del paciente, con independencia de las condiciones de capacidad que el mismo pueda presentar. Sin embargo, en el DCFR, la comentada excepción está ubicada en el apartado regulador del consentimiento en pacientes incapaces, de suerte que no legitima la vacunación coactiva cuando el sujeto reúna las condiciones de capacidad suficientes para rechazar la inmunización

⁷⁰⁶ BOE n. 102, de 29.4.1986.

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.» Asimismo, cuando la actuación médica forzosa adoptada en pro de la salud pública conlleve el internamiento obligatorio de personas, el artículo 9.2.a) *in fine* LAP impone su comunicación a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas. Dicho internamiento no voluntario, cuando se deba a razones de trastorno psíquico, ha de regirse por las previsiones del artículo 763 LEC⁷⁰⁷, que sustituye al hoy derogado artículo 211 CC. En definitiva, parafraseando a Narváez Rodríguez:

«la preservación de la salud colectiva a la que debe tender la actuación de las autoridades sanitarias constituye un bien jurídico de interés general que en los casos de pandemia con elevado riesgo de contagio humano puede conllevar la limitación cuando no la privación de derechos y libertades fundamentales que, no sólo se extiende a un variado catálogo de ellos, sino que también afecta a los que más relevancia tienen para el ser humano. La regla de la proporcionalidad de los sacrificios es la que debe ponderar su restricción tanto en su intensidad como en el tiempo de aplicación⁷⁰⁸.»

Por último, debemos advertir que las actuaciones de medicina voluntaria, al no perseguir una finalidad curativa, no pueden venir impuestas por razones de salud pública (ni de salud individual del cliente). En consecuencia, podemos aseverar que el ámbito del artículo 9.2.a) LAP queda restringido con carácter exclusivo a la esfera de la medicina terapéutica.

⁷⁰⁷ La STC de 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010\132; Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo) declara inconstitucionales los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC, en virtud de los cuales el internamiento coactivo por trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo personalmente, aun estando sometida a patria potestad o tutela, requiere autorización judicial previa al internamiento, salvo que, por razones de urgencia, sea necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso el responsable del centro donde se produzca el internamiento ha de comunicarlo a la autoridad judicial lo antes posible y, como máximo, en el plazo de veinticuatro horas, al objeto de que se proceda a su ratificación en las setenta y dos horas siguientes a que el tribunal conozca del internamiento. El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, declara la inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC, «que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante Ley orgánica.» No obstante, resuelve el Tribunal Constitucional que «[a] esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material», si bien insta al legislador para que, «a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley orgánica.» En la actualidad, el carácter orgánico del comentado artículo 763 LEC es reconocido por la disposición adicional primera de dicho cuerpo legal, en la redacción que le confiere el artículo 2.3 LOIA.

⁷⁰⁸ Narváez Rodríguez, Antonio, «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2009, p. 87.

5.2 Existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente

A tenor del artículo 9.2.b) LAP, puede el facultativo realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista «riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización»⁷⁰⁹, excepción a la exigencia general de consentimiento del paciente ya reconocida a principios de la pasada centuria por el *case law* norteamericano⁷¹⁰. Como podemos comprobar, son dos las condiciones esenciales para que pueda excepcionarse el consentimiento informado del paciente con base en el artículo 9.2.b) LAP. De un lado, que concurra un supuesto de emer-

⁷⁰⁹ Tenor similar presenta el artículo 13.3 del Código de Deontología Médica de 2011, en virtud del cual: «El médico tomará las decisiones que considere adecuadas cuando se dé una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible conseguir su consentimiento.» Por su parte, establece el apartado (3) (c) artículo IV. C.-8:108 DCFR: «(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless: [...] (c) the treatment must be provided in an emergency.» Una exégesis literal del precepto del DCFR reproducido nos obliga a admitir que las situaciones de urgencia únicamente permiten excepcionar la exigencia general de consentimiento informado del paciente cuando éste es incapaz de dar su consentimiento, pero no cuando, por el contrario, reúne las condiciones de capacidad suficientes para decidir personalmente. Al respecto, Ramos González defiende que «los comentarios parecen defender la tesis según la cual el prestador del servicio puede aplicar el tratamiento al paciente siempre que sea necesario en una situación de urgencia» (Ramos González, Sonia, «IV. C.-8:108:...» *op. cit.*, p. 1360). Probablemente, la autora deduzca esta conclusión de la siguiente afirmación, contenida en los comentarios oficiales: «Treatment may always be provided where this is necessary in an emergency» – Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario C (*Preferred option*), p. 1994–. Sin embargo, se trata de un aserto que incluyen los comentarios con relación al apartado (3) del artículo IV. C.-8:108 DCFR, precepto dedicado a la regulación del consentimiento en pacientes incapaces, razón por la que no observamos tan evidente la inclinación de los comentarios hacia una aplicación general de la urgencia como excepción a la exigencia de consentimiento informado del paciente.

⁷¹⁰ *Vid. Mohr v. Williams*, 104 N. W. 12 (Minn. 1905) (Minnesota Supreme Court, 1905); *Pratt v. Davis*, 118 Ill. App. 161 (1905) (Illinois Appellate Court, 1905); *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, 105 N. E. 92 (N. Y. 1914) (New York Court of Appeals, 14.4.1914); *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center*, 464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972) (District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972); *Ralph Cobbs v. Dudley F. P. Grant*, 8 Cal.3d 229 (Supreme Court of California, 27.10.1972); *In the Matter of Francis J. Fosmire, as Executive Vice-President of Brookhaven Memorial Hospital Medical Center*, Appellant, 551 N. Y. S.2d 876 (Court of Appeals of New York, 18.1.1990); *Sidney Ainsley Miller, by and Through Her Next Friend Karla H. Miller, and Karla H. Miller and J. Mark Miller, Individually v. HCA, INC., HCA-Hospital Corporation of America, Hospital Corporation of America, Hospital Corporation of America and Columbia/HCA Healthcare Corporation*, 118 S. W.3d 758 (Supreme Court of Texas, 30.9.2003) y *Liam Stewart-Graves, a minor; and Nichole Stewart-Graves, as guardian ad litem, and Nichole Stewart-Graves and Todd Graves, Individually, Appellants, v. Katherine F. Vaughn, M. D.; The Vancouver Clinic, Inc., P. S.; and Southwest Washington Medical Center, Respondents*, 170 P.3d 1151 (2007) (Supreme Court of Washington, 23.1.2007).

gencia, esto es, un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente. Sólo las situaciones de emergencia legitiman la actuación no consentida del facultativo, mientras que los supuestos de urgencia, en los que el riesgo no reviste la condición de inminencia y/o gravedad exigida por el artículo 9.2.b) LAP, deben seguir las normas generales del consentimiento informado y el consentimiento por representación, según el caso⁷¹¹. De esta suerte, es la gravedad e inminencia de las consecuencias perjudiciales que para el paciente se puedan derivar de la demora en la realización de un acto médico lo que determina su calificación como emergencia o urgencia y, consiguientemente, la posible excepción del consentimiento informado del paciente⁷¹². Así, verbigracia, entiende el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de septiembre de 2000⁷¹³, que no queda excepcionado el deber del médico de obtener el consentimiento informado del paciente con carácter previo a una intervención de estapedectomía, «pues los informes periciales resultan contundentes en este sentido en cuanto precisan que si la operación no se hubiera efectuado, la hipoacusia hubiera empeorado, pero no ocasionaría la sordera consecuencia inmediata de la intervención, la que aparecería transcurridos unos veinte años [...]».

De otro lado, el segundo de los requisitos para que pueda aplicarse el artículo 9.2.b) LAP es que no sea posible conseguir la autorización del paciente para la actuación médica. Evidentemente, el precepto se refiere a situaciones en las que el paciente no goza de la capacidad suficiente para otorgar personalmente el consentimiento informado (verbigracia, por encontrarse en estado de inconsciencia), pero es tal la gravedad e inminencia del peligro que entraña el retraso en la realización del acto médico que el legislador estatal legitima a los facultativos para actuar

⁷¹¹ Gómez Martínez, María Eugenia y Simón Lorda, Pablo (coords.), *Recomendaciones para la elaboración de protocolos de atención sanitaria a personas que rechazan la terapia con sangre o hemoderivados*, Consejería de Salud, Junta de Andalucía, 2011, p. 36; Gara y, Alain, *Gestión jurídica... op. cit.*, p. 201; Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 171. En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia reiteradamente, al exigir que no basta con que exista una situación de riesgo para que se pueda omitir el consentimiento informado, sino que dicho peligro ha de hallarse cualificado por las notas de «inmediatez» y «gravedad». Por todas, SSTS de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). También, la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera). Sobre el particular, es cierto que el artículo 8 del Convenio de Oviedo legitima la actuación de los profesionales sanitarios cuando, debido a una situación de «urgencia» (y no emergencia), no pueda obtenerse el consentimiento adecuado; no obstante, el parágrafo 57 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo señala que «[l]as intervenciones cuyo aplazamiento es aceptable se excluyen de este supuesto.»

⁷¹² Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent... op. cit.*, p. 77-78.

⁷¹³ RJ 2000\8126; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

incluso sin recabar el consentimiento informado del paciente o el consentimiento por representación, según el caso. Por el contrario, si el paciente reúne las condiciones de capacidad suficientes para decidir, únicamente puede legitimar la actuación médica su consentimiento, otorgado éste tras recibir una información «adecuada a sus necesidades», adecuación impuesta por el artículo 4.2 LAP y que, en el presente supuesto, determinará con toda probabilidad una menor extensión y detalle en las explicaciones sobre la naturaleza y riesgos del acto médico, habida cuenta del grave e inminente riesgo para la integridad física o psíquica del paciente que conlleva la demora en su realización⁷¹⁴. Sobre el particular, coincidimos con los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:105 DCFR en que:

«The more urgent the treatment is, the less information needs to be provided. When a patient needs immediate treatment, information will be scarce in the pre-treatment phase; when immediate treatment is not required, the extent of the information to be disclosed will be greater⁷¹⁵.»

Cuando se cumplan los dos requisitos recién comentados, los facultativos quedan legitimados para llevar a cabo las intervenciones clínicas «indispensables» en favor de la salud del paciente, esto es, aquellas actuaciones que sean imprescindibles para eliminar el riesgo inmediato y grave al que está expuesta la integridad física o psíquica del paciente⁷¹⁶.

Finalmente, impone el artículo 9.2.b) LAP a los facultativos el deber de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente. Dejando a un lado las ya comentadas dificultades que implica la delimitación de la expresión «vinculados por razones familiares o de hecho»⁷¹⁷, no menos problemática plantea la referida consulta, pues no clarific el precepto con qué finalidad se ha de consultar a los vinculados al paciente (¿a

⁷¹⁴ Éste es el posicionamiento adoptado en *Ian Shine, Administrator v. José Vega and another*, 709 N. E.2d 58 (New York Court of Appeals, 29.4.1999): «Consistent with other courts that have considered the issue, we recognize that the emergency-treatment exception cannot entirely subsume a patient's fundamental right to refuse medical treatment. The privilege does not and cannot override the refusal of treatment by a patient who is capable of providing consent. If the patient is competent, an emergency physician must obtain her consent before providing treatment, even if the physician is persuaded that, without the treatment, the patient's life is threatened. See *Norwood Hosp. v. Munoz* [...]; *Miller v. Rhode Island Hosp.*, 625 A.2d 778 [...].»

⁷¹⁵ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (eds.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:105, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1970.

⁷¹⁶ Berg, Jessica W. et al., *Informed consent:... op. cit.*, p. 77. Abunda en esta línea Bravo Escudero: «Una vez realizadas [las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente], y restablecidas, aunque sean mínimamente, las capacidades del paciente quedan intactos sus derechos referentes a la información y consentimiento» (Bravo Escudero, Enrique, *El médico... op. cit.*, p. 179).

⁷¹⁷ *Vid. supra*, apartado 2.1 del capítulo segundo de nuestra obra.

título informativo, decisorio...?). De gran utilidad resulta, al respecto, el párrafo segundo del artículo 6.1.ñ) Ley 2/1998 de Andalucía, conforme al cual:

«1. Los ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos: [...] ñ) A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense, previo consentimiento informado, excepto en los siguientes casos: [...] 2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona enferma y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntad vital anticipada y, si no existiera esta, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella.»

Del precepto andaluz transcrito podemos inferir que, si se exige la consulta a la declaración de voluntad anticipada (instrucciones previas en la LAP) que hubiera podido otorgar el paciente, sin duda alguna en aras de encontrar en ella algún indicio sobre su voluntad con relación al curso de la acción terapéutica a seguir, igual finalidad debe perseguir la consulta subsidiaria (esto es, en defecto de declaración de voluntad anticipada) a los vinculados al paciente. De esta manera, la consulta a los vinculados no implica en modo alguno que sean ellos quienes hayan de otorgar el consentimiento por representación, pues éste queda excluido por la propia situación de emergencia concurrente; más bien, con la consulta se busca informar a las personas más allegadas al paciente e intentar recabar de ellos algún indicio sobre cuál sería la voluntad del paciente sobre los cuidados a recibir en su situación actual de presentar las suficientes condiciones de capacidad para decidir personalmente⁷¹⁸.

Cumplándose las distintas condiciones establecidas en el artículo 9.2.b) LAP y comentadas en las líneas precedentes, la actuación médica no consentida está legitimada, si bien la doctrina se divide, fundamentalmente, entre quienes estiman que la causa de justificación legal de la conducta del facultativo es

⁷¹⁸ En la doctrina, postulan Gómez Martínez y Simón Lorda, con relación al precepto transcrito de la legislación autonómica andaluza, lo que sigue: «Se trata de una situación completa que sólo puede resolverse haciendo una interpretación restrictiva del término «consultar», que es el que utiliza la legislación para describir el tipo de participación de los familiares o allegados en este tipo de decisiones. Esta interpretación restrictiva estima que, en esta situación de emergencia, la «consulta» equivale más al «derecho a ser oído» que al «derecho a decidir». Esta interpretación restrictiva se ampara en el hecho de que, si estamos ante situaciones excepcionales que permiten a los profesionales actuar sin el consentimiento informado del paciente, esta excepcionalidad también alcanza al ejercicio del «consentimiento por representación o sustitución», que no puede ejercerse con la misma facilidad que en otras situaciones donde no está en juego de manera inmediata la vida del paciente» –Gómez Martínez, María Eugenia y Simón Lorda, Pablo (coords.), *Recomendaciones para... op. cit.*, p. 36–. En idéntica dirección, postula Solé Resina: «las personas [al paciente] allegadas, de acuerdo con la ley, solamente deben ser consultadas; esto es, no deben prestar el consentimiento, y su opinión, aunque debe ser tomada en consideración, no vincula a los responsables médicos» (Solé Resina, Judith, «Derecho a...» *op. cit.*, p. 790).

el estado de necesidad⁷¹⁹ y quienes, por su parte, entienden que es el consentimiento presunto del paciente⁷²⁰. En todo caso, lo que parece indudable es que, cuando existan indicios de que el paciente hubiera rechazado la actuación médica de gozar de la capacidad bastante para decidir personalmente, no está legalmente justificada la actuación médica no consentida⁷²¹.

Por último, hemos de advertir que las actuaciones de medicina satisfactiva, al no perseguir una finalidad terapéutica, no pueden venir exigidas por razones ni de salud pública ni de salud individual del cliente, de suerte que podemos afirmar, sin duda alguna, que las excepciones previstas en el artículo 9.2 LAP no resultan aplicables en medicina voluntaria; o, dicho de un modo aún más explícito, que las actuaciones de medicina satisfactiva siempre deben ir precedidas del consentimiento informado del cliente, sin que en ningún caso pueda excepcionarse tal exigencia legal.

⁷¹⁹ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 742; Sánchez Caro, Javier y Abellán-García Sánchez, Fernando, *Derechos y... op. cit.*, p. 53; Osun a Carrillo de Albornoz, Eduardo Javier, «El consentimiento de los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea en la legislación española», *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, vol. 1, n. 1, 1996, p. 23.

⁷²⁰ Entre las voces que postulan el consentimiento presunto como causa de justificación de la intervención del facultativo en los supuestos de emergencia, hay que distinguir quienes sustentan dicha presunción en lo que el paciente hubiera decidido en caso de tener suficiente capacidad para ello –por todos, Fernández Pantoja, Pilar, «El consentimiento informado: prestación por representación y relevancia jurídico-penal», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 206-207; Martín Bernál, José Manuel, *Responsabilidad médica... op. cit.*, pp. 370-371; *vid.* también AAP de Toledo de 15 de marzo de 2011 (ARP 2011\635; Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma)– de aquellos que, por su parte, lo hacen en la decisión que hubiera adoptado una persona razonable (por todos, Berg, Jessica W. *et al.*, *Informed consent... op. cit.*, p. 76), postura esta última con relación a la cual advierten Beauchamp y Childress que «presuming consent on the basis of human goods that are desirable or what a rational will would accept is morally perilous» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, p. 111). En el *case law* norteamericano, son numerosos los pronunciamientos en los que los tribunales sostienen que, en los supuestos de emergencia, se presume el consentimiento del paciente. *Vid.* *Vern Preston, Appellant, v. Adrian O. Hubbell, Respondent*, 87 Cal. App. 2d (California Court of Appeal, 2.8.1948); *Florence Wheeler et al., Appellants, v. Harry E. Barker, Respondent*, 92 Cal. App. 92 (California Court of Appeal, 11.7.1949); *Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant*, 8 Cal.3d 229 (Supreme Court of California, 27.10.1972); *In the Matter of Francis J. Fosmire, as Executive Vice-President of Brookhaven Memorial Hospital Medical Center, Appellant*, 551 N. Y. S.2d 876 (Court of Appeals of New York, 18.1.1990) y *Liam Stewart-Graves, a minor; and Nichole Stewart-Graves, as guardian ad litem, and Nichole Stewart-Graves and Todd Graves, Individually, Appellants, v. Katherine F. Vaughn, M. D.; The Vancouver Clinic, Inc., P. S.; and Southwest Washington Medical Center, Respondents*, 170 P.3d 1151 (2007) (Supreme Court of Washington, 23.1.2007). *Vid.* también el principio 4.b de la Declaración sobre los Derechos de los Pacientes, de la Asociación Médica Mundial (Lisboa, 1981) y el parágrafo 3.3 del apartado dedicado a «Los derechos de los pacientes» en la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de la Organización Mundial de la Salud (Ámsterdam, 1994).

⁷²¹ Mendes de Carvalho, Gisele, Voz «Rechazo de tratamiento (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 1369. También, principio 4.b. de la Declaración sobre los Derechos de los Pacientes, de la Asociación Médica Mundial (Lisboa, 1981).

CAPÍTULO IV

REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RECHAZO A LA ACTUACIÓN MÉDICAMENTE INDICADA

1. INTRODUCCIÓN

En reiteradas ocasiones a lo largo de nuestra exposición hemos invocado el respeto a la autonomía del paciente como uno de los principios básicos de la LAP por exigencia de su artículo 2.1, habiendo por ello dedicado sendos capítulos específicos al análisis del consentimiento informado, como exponente principal de la autonomía del paciente en el ámbito sanitario, y a la información asistencial, como requisito de validez de dicho consentimiento. No obstante, el respeto a la autonomía del paciente no se impone sólo cuando el paciente decide libre y voluntariamente someterse a la actuación médicamente indicada en atención a su estado de salud. La voluntad libre, informada y capaz del paciente es expresión de su derecho a la autonomía personal y, por tanto, debe ser respetada en todo caso, con independencia del sentido de su decisión, quedando a salvo los supuestos excepcionales en los que razones de interés público aconsejen desatender la voluntad autónoma del paciente. En consecuencia, el presente capítulo lo dedicamos al examen de las situaciones en las que el paciente se niega a someterse a la actuación médicamente recomendada, debiendo partir dicho análisis de la necesaria distinción entre las dos posibles formas que pueden adoptar las decisiones «negativas» del paciente, a saber, el rechazo a la intervención o tratamiento, de un lado, y la revocación de un consentimiento previamente otorgado, de otro.

Más allá de las exigencias que han de cumplirse para entender que la decisión del paciente es autónoma y de la forma que la voluntad del paciente ha de revestir en su exteriorización, cuestiones que abordamos con la debida extensión y detalle a lo largo de nuestra exposición, el análisis de las decisiones «negativas» del paciente en un capítulo específico se justifica por la peliaguda y delicada problemática que plantean cuando la actuación médica cuya realización rechaza el paciente presenta carácter vital; esto es, cuando el paciente se niega a que le sea practicada una intervención o aplicado un tratamiento cuya omisión, con toda la certeza que nos permite afirmar la ciencia médica, se traducirá en consecuencias fatales para él. Tradicionalmente, esta cuestión no ha planteado una especial problemática, debido a que, tanto la sociedad como los tribunales, han ensalzado el carácter sagrado de la vida (en gran medida, por la influencia ejercida por la Religión cristiano-católica), de suerte que sobre los galenos recaía un deber jurídico, moral y religioso de preservar la vida del paciente, incluso en contra de su propia voluntad. No obstante, en la pasada centuria y, fundamentalmente, a partir de su segunda mitad, comienzan a crecer en importancia los derechos del paciente, cobrando un especial protagonismo el derecho a la autonomía de las personas en el ámbito sanitario, eje central en torno al cual gira la relación médico-paciente en su configuración actual. Esta valorización de los derechos del paciente, frente al tradicional entendimiento de la vida como un valor sacro, propicia el debate, de absoluta vigencia, en torno al derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico de carácter vital y, en última instancia, sobre la posibilidad que tienen las personas de disponer de su propia vida.

2. REVOCACIÓN Y RECHAZO: REQUISITOS

Todo análisis de la revocación del consentimiento informado y del rechazo a la actuación médica debe comenzar con una revisión preliminar de los requisitos que la LAP impone para atribuir eficacia jurídica a la voluntad del paciente en tales sentidos. En las líneas que siguen nos centramos en el examen de tres cuestiones fundamentales, a saber, la forma que ha de revestir la voluntad del paciente, el momento en que ha de manifestarse y las razones que la han de motivar.

2.1 Revocación y rechazo: ¿cómo?

Comenzando por la revocación, el artículo 8.5 LAP impone categóricamente la escritura como forma que debe respetar el paciente al exteriorizar su

voluntad⁷²². Esta solución, sin embargo, contrasta con la sostenida en el Convenio de Oviedo, cuyo artículo 5 reconoce, en su último apartado, la posibilidad de que dispone la persona afectada de retirar en cualquier momento y libremente su consentimiento, sin exigir que tal revocación haya de ajustarse a una forma concreta en su manifestación. En idéntica dirección, el artículo IV. C.-8:108 DCFR establece, en su apartado (2), que el paciente puede revocar el consentimiento en cualquier momento, de nuevo sin imponer el cumplimiento de requisito de forma alguno, previsión congruente con la libertad de forma que el DCFR postula con relación a la prestación del consentimiento, salvo en los tratamientos experimentales y de medicina satisfactiva, para los que el artículo IV. C.-8:108 DCFR exige, en su apartado (6), el consentimiento expreso del paciente. Finalmente, a nivel autonómico no existe un posicionamiento homogéneo con relación a la forma que ha de revestir la voluntad revocatoria del paciente, pudiendo distinguirse posiciones distintas que oscilan entre cuatro tendencias fundamentales: el requerimiento de forma escrita en la revocación⁷²³; la libertad de forma en la exteriorización de la voluntad revocatoria⁷²⁴; la libertad de forma con exigencia de constancia escrita en la historia clínica⁷²⁵ y, por último, la necesidad de respetar en la revocación del consentimiento informado los mismos requisitos de forma exigidos para su otorgamiento⁷²⁶.

Por lo que respecta al rechazo a la actuación médica prescrita, ni el Convenio de Oviedo ni el DCFR se ocupan específicamente de su regulación, a diferencia de la LAP que, en su artículo 2.4, establece como uno de sus principios básicos el derecho del paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley, debiendo constar su negativa por escrito. Por su parte, no existe un posicionamiento unánime al respecto en las normativas

⁷²² En virtud del artículo 8.5 LAP: «El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.» La exigencia de escritura como forma que debe revestir la revocación, como bien indica Elizari Urt asun, puede resultar «chocante» cuando dicha formalidad no se impusiera para la prestación del consentimiento ahora revocado; sin embargo, postula la autora, pese al indubitado tenor del artículo 8.5 LAP, que «sería suficiente con su constancia en la historia clínica del paciente» (Elizari Urt asun, Leyre, «Las personas...» *op. cit.*, p. 160).

⁷²³ Este es el posicionamiento de la Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía al establecer su instrucción 1.12: «La revocación deberá ser expresa por escrito y rubricada por la persona interesada.» *Vid.* también Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 33.5) y Ley 3/2009 de Murcia (artículo 42.3).

⁷²⁴ No establece requisito de forma alguno para la manifestación de la voluntad revocatoria el artículo 30.5 Ley 7/2002 de Cantabria, al afirmar: «En cualquier momento la persona afectada podrá revocar libremente su consentimiento.» En el mismo sentido, Ley 21/2000 de Cataluña (artículo 6.4); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.3) y Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 14.2).

⁷²⁵ *Vid.* Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 18.6) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.1).

⁷²⁶ Establece el artículo 24.3 Ley 3/2005 de Extremadura: «El paciente tiene derecho a revocar libremente su consentimiento en cualquier momento, cumpliendo los mismos requisitos de forma que en su otorgamiento».

autonómicas, pudiendo advertirse dos tendencias esenciales, a saber, la libertad de forma en la manifestación de la negativa a recibir un procedimiento sanitario⁷²⁷, de un lado, y la necesidad de que se deje constancia por escrito de tal rechazo⁷²⁸, de otro.

Verdaderamente, ni el artículo 2.4 LAP ni las normativas autonómicas que imponen que se haga constar por escrito la negativa del paciente, esclarecen de modo definitivo si lo que se exige es que el rechazo del paciente se manifieste por escrito o que, una vez expresado, se deje constancia documental del mismo, por ejemplo, mediante la correspondiente anotación en la historia clínica del paciente. Éste último parece ser el posicionamiento adoptado por el artículo 22.1 Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha, que dice como sigue:

«En los casos en que el paciente se niegue a recibir un procedimiento sanitario, el profesional responsable de su aplicación deberá informarle acerca de otras alternativas existentes y, en su caso, ofertar éstas cuando estén disponibles, debiendo tal situación quedar adecuadamente documentada en la historia clínica⁷²⁹.»

Bajo nuestro punto de vista, la lógica impone que la negativa del paciente a la intervención o tratamiento médico, al menos en los supuestos explicitados en el artículo 8.2 LAP, revista forma escrita, aun cuando dicha exigencia documental no presente en modo alguno carácter *ad solemnitatem*.

En todo caso, y como advertencia aplicable tanto a la revocación del consentimiento informado como al rechazo a la actuación médica propuesta, entendemos que la forma escrita (cuando se exija) no puede tener más que una eficacia *ad probationem* de la voluntad del paciente, pues, si el derecho al consentimiento informado legitima a éste tanto para autorizar el procedimiento propuesto como para rechazarlo, carece de toda justificación desde el prisma jurídico la atribución a la escritura de una eficacia distinta en función del sentido de la decisión del paciente; esto es, no existe base legal para dotar a la forma escrita de un carácter solemne si la decisión del paciente es negativa (sea de revocación o de rechazo), cuando nuestros tribunales se pronuncian en innumerables ocasiones a favor de su eficacia meramente probatoria de la entrega de la información

⁷²⁷ El artículo 49.9 Ley 1/1992 de Asturias, de tenor prácticamente idéntico al que presentaba el derogado artículo 10.9 LGS, se limita a reconocer a los ciudadanos el derecho a negarse al tratamiento (salvo en los supuestos de excepción al consentimiento del paciente previstos en el apartado sexto del mismo precepto), sin exigir el cumplimiento de requisito de forma alguno en la manifestación de dicha negativa.

⁷²⁸ Vid. Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 1.8) y Ley 3/2001 de Galicia (artículo 3.3).

⁷²⁹ Vid. también Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 32.1); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 30.1); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 47.1) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 48.2).

asistencial y de la existencia de conformidad (decisión positiva) del paciente para someterse al procedimiento propuesto⁷³⁰. En conclusión, entendemos que los documentos de «revocación informada» y «rechazo informado» deben compartir la misma eficacia probatoria que la jurisprudencia reiteradamente reconoce al documento de consentimiento informado, posición con la que parece alinearse el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su sentencia de 18 de abril de 2009⁷³¹, al afirmar que, «aunque la Ley [LAP] señale que [la] revocación ha de ser escrita, resulta obvio que también podrá ser verbal, si bien se deberá dejar constancia de la misma, en todo caso, en su historial clínico»⁷³².

2.2 Revocación y rechazo: ¿cuándo?

Por lo que respecta al momento en que ha de producirse el rechazo del paciente a la actuación médica prescrita, nada prevén ni el Convenio de Oviedo, ni el DCFR ni nuestra legislación estatal y autonómica de autonomía. No obstante, lo que parece fuera de duda alguna es que el facultativo debe conocer la voluntad del paciente antes de iniciar el procedimiento, pues sólo el consentimiento libre y voluntario del paciente legitima su actuación (artículo 8.1 LAP). En consecuencia, el paciente debe manifestar su voluntad de consentimiento o rechazo con anterioridad al comienzo del acto médico.

⁷³⁰ Vid. *supra*, nota al pie n. 659. Abundando en esta línea, defiende Sardinero García la eficacia meramente *ad probationem* de la forma escrita exigida para la revocación del consentimiento informado por mandato del artículo 8.5 LAP (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, pp. 124-125). En igual sentido, sostiene Rodríguez Marín que el artículo 8.5 LAP exige la forma escrita de la revocación del consentimiento, «no como exigencia *ad solemnitatem* sino como mecanismo probatorio, ya que la revocación verbal debe ser válida, sin perjuicio de que sea conveniente su documentación por escrito, tal y como hemos señalado, a efectos probatorios» (Rodríguez Marín, Concepción, «Medicina satisfactiva»... *op. cit.*, p. 478).

⁷³¹ JUR 2009\258310; Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraile.

⁷³² El parecer contrario sostiene Martínez Pereda, para el cual la revocación del consentimiento «[d]ebe realizarse por escrito y se trata de un requisito *ad solemnitatem*» (Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 1089). Por su parte, Martínez Gallego justifica la exigencia de escritura en la revocación como una medida de protección de los profesionales sanitarios: «ante la avalancha de demandas, la más que evidente judicialización de las relaciones médico-paciente, se hace necesario dejar constancia escrita del cambio en la voluntad del paciente, pues no hacerlo colocaría a quien ha de soportar la carga de la prueba, el médico responsable del paciente, ante una prueba diabólica, pues cómo acreditar fehacientemente que el paciente ha decidido revocar el consentimiento prestado previamente? [sic] Quizás a través del reflejo de dicha circunstancia en la historia clínica, pero aun así, no faltarían quienes señalarían que dicha documentación está en manos del médico y podría ser alterada. Con esta constancia escrita se evitan múltiples conflictos, principalmente a la hora de determinar el momento exacto en que el paciente decide cambiar de opinión, pues en tratamientos prolongados, su cese puede tener consecuencias nefastas para la vida del paciente» (Martínez Gallego, Eva María, «Análisis jurídico...» *op. cit.*, pp. 133-134).

Por lo que respecta a la revocación de un consentimiento previo, el artículo 8.5 LAP, en coherencia con las previsiones del Convenio de Oviedo (artículo 5) y del DCFR (artículo IV. C.-8:108), legitima al paciente para manifestarla «en cualquier momento»⁷³³. En consecuencia, la actuación médica cesaría en su legitimación si el paciente retira el consentimiento previamente otorgado, ya se manifieste dicha revocación antes de comenzar el procedimiento o una vez iniciado éste⁷³⁴; en otros términos, la actuación médica está legitimada por el consentimiento informado del paciente siempre que éste haya sido otorgado libre y voluntariamente y se mantenga en todo el desarrollo del procedimiento (principio de temporalidad⁷³⁵). Ahora bien, ¿quiere esto decir que la revocación manifestada por el paciente cuando la intervención ha sido ya iniciada debe respetarse en todo caso por el profesional sanitario? Sobre el particular, encontramos una referencia de interés en los comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:108 DCFR, conforme a los cuales el consentimiento «may be withdrawn freely at any time [...]. This is a corollary of patient autonomy: regardless of the consequences, the directions of the patient must be followed»⁷³⁶. La advertencia reproducida la ejemplifican los comentarios del modo que sigue:

«After a prostate surgery, it appears that the patient has prostate cancer. He consents to radiotherapy and chemotherapy –which prove to have nasty side effects. After two months of reduce life quality due to constant discomfort because of vomiting, nausea, hair loss, etc., the patient decides to withdraw his consent to these treatments. He is free to do so⁷³⁷.»

⁷³³ Idéntica previsión contienen numerosas legislaciones autonómicas. Por todas, Ley 7/2002 de Cantabria (artículo 30.5); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.3); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 33.5); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 24.3); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 42.3); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 18.6) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.1). *Vid.* también Declaración universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos (artículo 6.1).

⁷³⁴ En este sentido, establece la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de la Organización Mundial de la Salud (Ámsterdam, 1994), en el párrafo 3.2 del apartado dedicado a «Los derechos de los pacientes»: «El paciente tiene derecho a negarse o a detener una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente.»

⁷³⁵ STSJ Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009 (JUR 2009\258310; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Frailé). En la doctrina, *vid.* Galán Cortés, Julio César, «El consentimiento...» *op. cit.*, pp. 15-16.

⁷³⁶ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992.

⁷³⁷ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992.

En la situación hipotética referida, no albergamos duda de que el profesional sanitario debe respetar la voluntad revocatoria del paciente, incluso aunque el tratamiento ya haya dado comienzo. Sin embargo, imaginemos un supuesto en el que, iniciada una cistectomía abierta motivada por un cáncer de vejiga y habiendo el cirujano realizado la correspondiente incisión en el abdomen del paciente, manifiesta éste su revocación al consentimiento previamente otorgado para la realización de la intervención quirúrgica y su voluntad de que no se lleve a cabo ninguna otra actuación sobre su cuerpo, ni siquiera la sutura de la incisión realizada. Tras explicarle las consecuencias de su decisión, el cirujano estima que el paciente reúne las condiciones suficientes de capacidad para revocar su consentimiento. En tal caso, ¿tiene el facultativo el deber de respetar la decisión del paciente y, en consecuencia, esperar a que éste fallezca desangrado o a causa de cualquier otra complicación que pueda surgir por haber dejado la intervención quirúrgica «a medias»? O, en términos más generales, ¿puede un paciente exigir al médico la realización de una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*? Al respecto, coincidimos plenamente con Oliva Blázquez al afirmar que

«no debemos olvidar que el consentimiento del paciente, como cualquiera, no puede ir en contra de la ley, la moral o el orden público (artículo 1255 CC), ni, por supuesto, la *Lex Artis*.

[...] no creo que resulte contrario a Derecho limitar la eficacia de la autonomía de la persona cuando ésta pide que se lleve a cabo una mala práctica médica objetivamente desaconsejada por la *lex artis*⁷³⁸.»

Este posicionamiento es el adoptado por la Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha en su artículo 15, que dice:

«El respeto a las decisiones adoptadas sobre la propia salud no podrá en ningún caso suponer la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas y a la buena práctica clínica.»

En definitiva, la decisión informada del paciente de revocar su previo consentimiento debe ser respetada, aun cuando la actuación médica haya dado

⁷³⁸ Oliv a Blázquez , Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, pp. 63-64. En igual dirección apunta Sancho Gargallo , para quien: «Aunque el artículo 8.5 de la Ley 41/2002 manifiesta que esta revocación podrá darse en cualquier momento, puede ocurrir que una vez iniciada la intervención o el tratamiento no pueda interrumpirse si no es con riesgo para la vida e integridad física del paciente. En estos casos la revocación carecería de eficacia, y constituiría un límite al principio de autonomía, derivado del principio de benevolencia» (Sancho Gargallo , Ignacio, «Tratamiento legal...» *op. cit.*, pp. 8-9).

comienzo, salvo que su interrupción entrañe un grave riesgo para la vida o salud del paciente⁷³⁹. Ahora bien, el grave riesgo limitativo de la voluntad revocatoria del paciente no puede dimanar de su propia patología, pues lo contrario equivaldría a negar el derecho del paciente a revocar su previo consentimiento cuando la actuación médica presenta carácter vital. De esta suerte, sólo queda el facultativo legitimado para desatender la revocación del paciente y, consiguientemente, continuar con la intervención ya iniciada, cuando su interrupción pueda derivar en la materialización de un riesgo creado por el propio facultativo de resultas de su actuación. Así, continuando con nuestro ejemplo, si en el curso de una cistectomía abierta motivada por un cáncer de vejiga el paciente revoca su consentimiento, el cirujano puede desoír su voluntad sobre la base del grave riesgo de hemorragia que para el paciente conlleva no suturar la incisión abdominal realizada durante la intervención; sin embargo, no puede desatenderse la revocación del paciente con fundamento en el grave peligro que para su vida entraña la no extirpación del cáncer que padece. En consecuencia, el cirujano puede continuar con la operación para eliminar el riesgo creado con su actuación (el riesgo de hemorragia), pero no puede proceder a la extirpación de la vejiga afectada por el cáncer si el paciente ha revocado su consentimiento a tal efecto⁷⁴⁰.

Por último, hemos de advertir que es posible que el paciente revoque una anterior decisión, no de consentimiento, sino de rechazo a una cierta intervención o tratamiento e, incluso, que anule una previa voluntad revocatoria. En tal caso, la voluntad del paciente debe ser respetada siempre que su decisión sea autónoma y el procedimiento con anterioridad rechazado siga estando médicamente indicado en atención a su estado de salud⁷⁴¹.

⁷³⁹ Lorenzo y Montero, Ricardo y Sánchez Caro, Javier, «Consentimiento informado»... *op. cit.*, p. 236. Es éste el posicionamiento con el que se alinea también el Informe Explicativo del Convenio de Oviedo en su parágrafo 38, en virtud del cual: «La libertad de consentir implica que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento y que la decisión de una persona interesada debe respetarse una vez que ha sido completamente informada de sus consecuencias. Sin embargo, este principio no significa, por ejemplo, que la retirada del consentimiento del paciente durante una intervención deba respetarse siempre. Las normas de conducta y obligaciones profesionales, así como las reglas aplicables en tales casos de acuerdo con el artículo 4, pueden obligar al médico a continuar con la operación para evitar que la salud del paciente sufra un grave peligro.»

⁷⁴⁰ Es ésta la exégesis que, en nuestra opinión, debe hacerse del artículo 8.2 Ley de Muerte Digna de Andalucía, conforme al cual: «los pacientes tienen derecho a revocar el consentimiento informado emitido respecto de una intervención concreta, lo que implicará necesariamente la interrupción de dicha intervención, aunque ello pueda poner en peligro sus vidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.1.ñ) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.» En idéntico sentido, Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 8.2); Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 8.2); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 8.2) y Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 7.2).

⁷⁴¹ Es la expuesta la tesis adoptada por Beauchamp y Childress, como se desprende del supuesto que exponen en aras de ejemplificar su parecer sobre el particular: «In one case, a twenty-eight-year-old

2.3 Revocación y rechazo: ¿por qué?

Para finalizar el estudio de los requisitos que la LAP exige para atribuir eficacia a la voluntad del paciente en sentido revocatorio o de rechazo al procedimiento médico, nos referimos a los motivos que han de fundamentar dicha decisión. Bajo nuestro punto de vista, el paciente tiene una libertad absoluta de revocación y rechazo, sin importar las razones que puedan motivar su decisión. Este razonamiento es abiertamente adoptado por el artículo 8.5 LAP respecto de la revocación, al afirmar que el paciente puede revocar «libremente» su consentimiento⁷⁴². Sin embargo, pese a que ni el Convenio de Oviedo ni las legislaciones estatal y autonómicas sobre autonomía del paciente se ocupan de tal cuestión respecto del rechazo al procedimiento médico, entendemos que se impone la misma solución que rige en sede revocatoria, pues ambas decisiones implican sendas manifestaciones de la autonomía del paciente en la búsqueda de un mismo fin, a saber, la no realización del acto médico. Por tanto, no encontramos justificación alguna que fundamente una solución distinta en ambos supuestos. En definitiva, la decisión del paciente de revocar un consentimiento previo o de rechazar un procedimiento médico no tiene que motivarse, lo que en modo alguno significa que no tenga que ser autónoma, debiendo cumplir inexorablemente los tres requisitos que, siguiendo a Beauchamp y Childress, debe cumplir toda conducta para ser reputada autónoma, a saber, intencionalidad,

man decided to terminate chronic renal dialysis because of his restricted lifestyle and the burdens his medical conditions imposed on his family. He had diabetes, as legally blind, and could not walk because of progressive neuropathy. His wife and physician agreed to provide medication to relieve his pain and further agreed not to put him back on dialysis even if he requested this action under the influence of pain or other bodily changes. (Increased amounts of urea in the blood, which result from kidney failure, can sometimes lead to altered mental states, for example.) While dying in the hospital, the patient awoke complaining of pain and asked to be put back on dialysis. The patient's wife and physician decided to act on the patient's earlier request not to intervene, and he died four hours later. Although their decision was understandable, respect for autonomy suggest that the spouse and physician should have put the patient back on dialysis to flush the urea out of his blood-stream and then to determine if he had autonomously revoked his prior choice. If the patient later indicated that he had not revoked his prior choice, he could have refused again, thereby providing the caregivers with increased assurance about his settled preferences» (Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of... op. cit.*, pp. 113-114).

⁷⁴² En idéntico sentido se pronuncia nuestra normativa autonómica. Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 1.12); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 33.5); Ley 7/2002 de Cantabria (artículo 30.5); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 8.3); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 24.3); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 42.3); Ley 21/2000 de Cataluña (artículo 6.4); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 18.6) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 49.1). También, Convenio de Oviedo (artículo 5.3), Declaración universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos (artículo 6.1) y comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:108 DCFR –Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–.

comprensión y ausencia de control externo⁷⁴³. Así, la decisión del paciente debe fraguarse y expresarse libre y voluntariamente, tras haber recibido una información adecuada sobre las consecuencias derivadas de la no realización del procedimiento médicamente indicado en atención a su estado de salud⁷⁴⁴.

Ahora bien, sobre la base de lo expuesto hasta el momento debemos preguntarnos si el facultativo tiene el deber de respetar las decisiones irracionales del paciente. El primer escollo que hay que superar es la definición del concepto «racionalidad», habida cuenta de la subjetividad ínsita al mismo, pues «what is reasonable to the doctor may not be reasonable to the patient»⁷⁴⁵. Al respecto, la comunidad médica se inclina mayoritariamente por estimar irracional la decisión del paciente que no se corresponda con la opción recomendada desde la perspectiva estrictamente médica, posicionamiento con el que discrepamos por albergar una visión profundamente paternalista de la capacidad decisoria del paciente. De este modo, por lo general, la comunidad médica juzga irracional la decisión del paciente de rechazar la intervención o tratamiento requerido en atención a su estado de salud o de revocar el consentimiento previamente otorgado para su realización. Delimitado así el concepto de racionalidad, comprendemos (aunque no compartimos) la existencia entre la comunidad médica de una propensión intuitiva a reputar como un síntoma de la incapacidad del paciente su negativa a someterse a una intervención o tratamiento cuyo balance riesgos/beneficios se inclina claramente en favor de estos últimos. No obstante, entendemos que la sospecha de incapacidad del paciente debe sustentarse en decisiones que carezcan de justificación o se basen en falsas creencias que mermen su carácter autónomo⁷⁴⁶. Si, por el contrario, el paciente argu-

⁷⁴³ Vid. *supra*, apartado 4.1 del capítulo tercero de nuestra obra.

⁷⁴⁴ Es abundante la normativa autonómica que incorpora a la información asistencial que el facultativo debe entregar al paciente los riesgos derivados de la no realización del procedimiento médico prescrito. Por todas, Orden de 8 de julio de 2009 de Andalucía (instrucción 1.4); Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 11.3); Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 34); Ley 3/2001 de Galicia (artículo 8.5); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 28.5); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 43.2); ley 5/2010 de Castilla-La Mancha –artículo 16.f)– y Ley Foral 17/2010 de Navarra –artículo 49.9.f)–. En el mismo sentido, establece el artículo 12.2 del Código de Deontología Médica de 2011: «El médico respetará el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible y precisa de las consecuencias que puedan derivarse de persistir en su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica.» En la doctrina, aboga Galán Cortés por la necesidad de incluir, tanto en la información mínima del artículo 4 LAP como en la básica del artículo 10.1 del mismo cuerpo legal, las consecuencias que podrían derivarse para el paciente en caso de rechazar la intervención o tratamiento propuesto o sus alternativas (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 729-730).

⁷⁴⁵ Maclean, Alasdair Rhuairidh, *A critical examination of R v Collins and the pregnant woman's right to refuse treatment*, Durham theses, Durham University, 1999. Disponible en Durham E-Theses Online: <http://etheses.dur.ac.uk/4597/> (última consulta el 10.1.2018), p. 37.

⁷⁴⁶ Simón Lorda, Pablo, «La capacidad...» *op. cit.*, p. 331; Faden, Ruth R. y Faden, Alan, «False belief and the refusal of medical treatment», *Journal of medical ethics*, n. 3 (3), 1977, p. 135.

menta adecuadamente su decisión de rechazo (verbigracia, sobre la base de motivaciones de índole religiosa), el médico no debe dudar de su capacidad para otorgar el consentimiento informado, aun cuando no comparta las razones que motivan tal decisión.

Finalmente, debemos aclarar que las decisiones del paciente de rechazo al tratamiento o intervención, aun estimadas por la comunidad médica irracionales e injustificadas, pueden ser consideradas sólo como un indicio de su incapacidad, y no como una certeza absoluta de ella⁷⁴⁷; es decir, el juicio de incapacidad del paciente para otorgar el consentimiento informado no puede sustentarse exclusivamente en su negativa a someterse al procedimiento médicamente indicado, debiendo realizar el facultativo una paralela valoración *ad hoc* de las facultades intelectivas, cognitivas y volitivas del paciente a tal efecto⁷⁴⁸.

3. ¿DEBER DE RESPETAR LA VOLUNTAD REVOCATORIA O DE RECHAZO?: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA ACTUACIÓN MÉDICA DE CARÁCTER VITAL

Nos interrogamos a continuación sobre el carácter vinculante o no que, para el profesional sanitario, presenta la voluntad de un paciente que desea revocar un consentimiento previamente otorgado para una actuación médica o, simplemente, rechazar el procedimiento sin haberlo consentido con anterioridad. En puridad, el deber de respetar la voluntad revocatoria o de rechazo del paciente resulta pacífico cuando la actuación médica no presenta carácter vital. No obstante, en los supuestos en los que el procedimiento médico se muestra esencial para salvar la vida del paciente, la revocación y rechazo plantean problemas de hondo calado y diversa índole (jurídica, ética, religiosa) que, en definitiva, pueden reducirse al interrogante sobre el poder de una persona para disponer de su propia vida. A continuación, realizamos una exposición detallada del tratamiento jurisprudencial del rechazo a la actuación médica de carácter vital en los ordenamientos jurídicos español, británico y estadounidense. La elección del Reino Unido y los Estados Unidos de América como referencia comparatista responde al hecho de que los regímenes jurídicos desarrolla-

⁷⁴⁷ Santos Morón, María José, «Menores y...» *op. cit.*, p. 87. Igualmente, pueden inducir en el facultativo la sospecha de incapacidad del paciente los cambios reiterados de opinión (revocaciones de previos consentimientos) y la adopción de decisiones contrarias al tradicional sistema de valores defendido por el paciente (*out of character decisions*). Vid. Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of...* *op. cit.*, p. 114.

⁷⁴⁸ Comité de Bioética de Cataluña, *Recomendaciones del...* *op. cit.*, p. 7.

dos para la cuestión planteada por el *case law* en ambos países presentan ciertas particularidades, destacando, en el caso británico, la fijación jurisprudencial de unas pautas para la determinación de la capacidad decisoria de los pacientes y, en el estadounidense, la relevancia otorgada a los intereses de terceras partes para valorar la admisibilidad de la decisión de rechazo a un procedimiento vital adoptada por el paciente.

No obstante, hemos de advertir previamente que, pese a que en su inmensa mayoría los pronunciamientos judiciales comentados de seguido abordan en exclusiva la negativa del paciente al procedimiento vital, sus conclusiones son plenamente trasladables a la revocación, habida cuenta de que las consecuencias prácticas en ambas situaciones son idénticas: la no realización de un acto médico cuya omisión entrañará, con toda la probabilidad que la ciencia médica nos permite aseverar, la expiración del paciente.

3.1 Rechazo al tratamiento vital en el ordenamiento jurídico español

Como ya hemos indicado en alguna ocasión a lo largo de nuestra exposición, el artículo 2.4 LAP, en coherencia con la previsión contenida en el derogado artículo 10.9 LGS, reconoce a todo paciente o usuario el derecho a negarse al tratamiento, quedando a salvo únicamente los supuestos en los que razones de interés público exigen la aplicación del procedimiento incluso en contra de la voluntad del propio paciente –artículo 9.2.a) LAP–. Ahora bien, ¿puede el paciente ejercitar tal derecho cuando la actuación sanitaria no sólo está médicamente indicada en atención a su estado de salud, sino que presenta para el mismo un carácter vital? Dicho de un modo aún más simple, ¿tiene el paciente derecho a rechazar un procedimiento cuya omisión entrañará su muerte? El análisis de estas cuestiones reviste una relevancia excepcional a los efectos de nuestra investigación, habida cuenta de que, sólo cuando la respuesta a estos interrogantes sea afirmativa, la actuación por el profesional sanitario en contra de la voluntad del paciente puede ser calificada de ilegal y, por consiguiente, generadora de responsabilidad médica, objeto de estudio en los capítulos quinto y sexto de nuestra obra.

En puridad, las preguntas formuladas no hacen más que poner sobre el tapete la cuestión concerniente a si son las personas titulares (o no) de un derecho a disponer sobre su propia vida. Ante el más absoluto silencio guardado por nuestra legislación estatal, es la jurisprudencia la que configura una doctrina sobre el particular a la luz de los asuntos sometidos a su consideración, fundamentalmente, con motivo del rechazo a una transfusión sanguínea de

carácter vital por un paciente testigo de Jehová o la negativa de reclusos en huelga de hambre (o, más propiamente, «huelga de alimentación»⁷⁴⁹) a recibir alimentación coactiva. En las líneas que siguen, realizamos un recorrido por las decisiones judiciales que han contribuido a la configuración de la doctrina jurisprudencial vigente con relación al derecho de los pacientes a rechazar un procedimiento vital.

3.1.1 Doctrina tradicional: la vida como valor superior del ordenamiento jurídico

Hasta la década de los noventa de la pasada centuria, la jurisprudencia considera la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico, negando a las personas, en consecuencia, el poder de disponer sobre la misma⁷⁵⁰. Claro exponente de este posicionamiento lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985⁷⁵¹, en la que se pronuncia con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 *bis* del derogado CP de 1973, precepto que despenaliza el aborto en ciertos supuestos. En el asunto de referencia, el Tribunal Constitucional afirma categóricamente el carácter de la vida como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y del derecho a la vida como esencial y troncal al constituir, junto con el derecho a la dignidad, «el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.» Asimismo, afirma el Tribunal que los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, al constituir la expresión de un conjunto de valores que, por voluntad del legislador, deben informar al conjunto de la organización política y jurídica. En consecuencia, habida cuenta de la relevancia que tienen los derechos fundamentales en el orden constitucional, el Estado no puede limitarse a adoptar una actitud pasiva respecto de los mismos (esto es, una mera actitud de no injeren-

⁷⁴⁹ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 804.

⁷⁵⁰ Las consecuencias del entendimiento de la vida como un valor sagrado e indisponible las resume magistralmente Ataz López: «parece que el médico está obligado a actuar cuando la vida del paciente peligró, aun en contra de la voluntad de éste; y esto es por varios motivos: un deber «ex officio» del médico, un deber del médico como ciudadano, y una irrelevancia jurídica del acto de disposición que sobre su propia vida realiza el paciente que rehúsa el tratamiento. El poder de disposición sobre el propio cuerpo no parece llegar en nuestro Ordenamiento hasta la disposición de la vida. No existe en nuestro Ordenamiento un «derecho al suicidio», pues éste chocaría con las llamadas «*buenas costumbres*», que no son más que la objetivación de los criterios éticos y morales por los que una sociedad se rige en un determinado momento (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 91).

⁷⁵¹ RTC 1985\53; Ponentes: Dña. Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

cia en su ejercicio), teniendo también, por exigencia constitucional, «la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.» En otros términos, el Estado no puede limitarse a abstenerse de realizar actos que puedan vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, debiendo igualmente garantizar su efectividad, aun cuando sus titulares no pretendan ejercitarlos⁷⁵².

Aplicando las conclusiones que se infieren del pronunciamiento comentado a la temática objeto de estudio en el presente apartado, podemos concluir que al paciente le está vetada la posibilidad de rechazar un procedimiento de carácter vital debido a que el Estado debe garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales, velando siempre por la primacía del derecho a la vida, al constituir éste un presupuesto ontológico para la existencia del resto de derechos y proteger un valor superior del ordenamiento jurídico⁷⁵³.

La lectura del fallo de referencia nos plantea, sin embargo, la cuestión relativa a la base constitucional que sustenta el carácter de la vida como valor superior del ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, pese al parecer de un nada desdeñable sector de nuestra doctrina, que justifica la primacía del derecho a la vida sobre el resto de derechos fundamentales en caso de conflicto⁷⁵⁴,

⁷⁵² Esta doctrina la refleja el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión de 5 de junio de 2015, dictada con motivo del *Affaire Lambert et autres v. France ECHR 185 (2015)* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5.6.2015). En la citada decisión, el Tribunal de Estrasburgo estima que la protección legal del derecho a la vida establecida en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone al Estado tanto el deber de abstenerse de causar la muerte intencionalmente a cualquier sujeto (obligaciones positivas) como de adoptar medidas tendentes a proteger la vida de las personas (obligaciones negativas). *Vid.* Cadenas Osuna, Davinia, «La interrupción...» *op. cit.*, p. 60.

⁷⁵³ En coherencia con esta línea argumental, postula Martínez-Calcerrada y Gómez: «Los bienes tienen que ser de naturaleza disponible por su titular para que el consentimiento resulte eficaz. La disponibilidad o indisponibilidad no es siempre una cuestión que decide la ley positiva, sino que viene determinada por los principios generales del ordenamiento, inspirados por criterios de Derecho natural o de Ética [sic] social, y una ley positiva que los ignorara sería considerada injusta por la opinión pública. Entre los bienes indisponibles ocupa naturalmente el primer rango la vida humana, pues es inherente a cualquier Ética [sic] social no hipócrita la necesidad de defender a toda costa lo que constituye el núcleo esencial de la condición de ser hombre y, por ende, de la estructura y conservación de las agrupaciones humanas, y que es a la vez el soporte indispensable de cualesquiera otros derechos. Por ello, la *santidad* de la vida debe primar sobre la *calidad* de la misma. De aquí que exista simultáneamente un interés individual y un interés social en la conservación de la vida humana, sin que ninguno de los dos pueda prevalecer con exclusividad sobre el otro, por lo cual resulta inadmisibles en el terreno de los principios tanto la renuncia a seguir viviendo como la imposición a otro de una decisión mortal» –Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (dir.), *Derecho Médico... op. cit.*, p. 278–.

⁷⁵⁴ Por todos, Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre... op. cit.*, p. 85; de Lama Aymá, Alejandra, *La protección... op. cit.*, 343; Fernández de Buján, Federico, «La protección a la vida. Encrucijada entre la medicina y el derecho», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 60.

no existe en la CE apoyatura para defender la existencia de un orden de jerarquía ni entre los derechos fundamentales ni entre los valores que éstos representan, limitándose nuestro texto constitucional a establecer un sistema de derechos fundamentales en el que todos se hallan al mismo nivel⁷⁵⁵. De esta suerte, los potenciales conflictos que puedan existir entre ellos han de resolverse sobre la base de una concienzuda ponderación de los diversos intereses en juego, y no en atención a una jerarquía que ningún fundamento encuentra en la CE. En otros términos, no establece nuestra Carta Magna una jerarquización de los derechos fundamentales que nos permita resolver *a priori* los eventuales conflictos que entre ellos puedan surgir, sino que, por el contrario, las pugnas entre derechos fundamentales han de resolverse *ad hoc*, con base en una escrupulosa valoración de todas las circunstancias e intereses concurrentes.

3.1.2 Doctrina vigente: reconocimiento al paciente del derecho a rechazar la actuación médica de carácter vital

Ya en los años noventa del siglo pasado, el Tribunal Constitucional se pronuncia directamente sobre el derecho del paciente a negarse a un tratamiento vital, haciéndolo por vez primera en su sentencia de 27 de junio de 1990⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Oliv a Blázquez, Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, p. 60; Chueca Rodríguez, Ricardo, «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *DS: Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, p. 4; Grup d'Opinió de l'Observatori de Bioètica i Dret, *Document sobre el rebuig dels testimonis de Jehovà a les transfusions de sang*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005, <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07900.pdf> (última consulta el 10.1.2018), p. 21; Santos Fuster, María Pilar, *Actuación ética...* *op. cit.*, p. 3.

⁷⁵⁶ RTC 1990\120; Ponente: D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. José Vicente Gimeno Sendra. El 5 de enero de 1990, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n. 2 de Madrid dicta providencia por la que, a solicitud de la Dirección del Centro Penitenciario de Preventivos Madrid-2, autoriza a la Administración penitenciaria para alimentar coactivamente a tres internos (miembros del grupo terrorista GRAPO) en huelga de hambre, siempre que la alimentación no implique el empleo de la fuerza física, pues ello vulneraría la dignidad de los presos. No obstante, para el caso de que los reclusos pierdan la consciencia, se autoriza a la Administración penitenciaria para hacer todo lo posible con el fin de salvar sus vidas (incluyendo la alimentación coactiva). El Juzgado fundamenta su decisión en el artículo 3.4 LOGP, en virtud de la cual tiene la Administración penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos. La decisión de primera instancia es recurrida en reforma (y subsidiariamente en apelación) por el Ministerio Fiscal, alegando que el estado de gravedad de los reclusos impone la adopción de medidas inmediatas en aras de salvar sus vidas, sin tener que esperar para ello a que pierdan la consciencia. El Juzgado, mediante auto de 25 de enero de 1990, desestima el recurso de reforma y da trámite al de apelación, resuelto éste por auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 1990, que estima el recurso y revoca la providencia y el posterior auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Entiende la Audiencia que la obligación de la Administración penitenciaria es prestar asistencia sanitaria a los presos en huelga de hambre cuando peligre su vida, justificándose en consecuencia la nutrición forzosa cuando lo imponga la salvaguarda de la vida de los internos, sin que en ningún caso pueda

La cuestión esencial de fondo que se plantea el Tribunal es si la Administración penitenciaria (o la Administración sanitaria que con ella colabore) debe alimentar coactivamente a los internos que se hallen en huelga de hambre, cuando corra peligro su vida, sobre la base del deber de velar por su vida, integridad y salud que le impone el artículo 3.4 LOGP. Entiende el Tribunal que el derecho fundamental a la integridad física y moral (reconocido en el artículo 15 CE) protege la inviolabilidad de las personas, no sólo frente a cualquier actuación dirigida a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra cualquier intervención que se pretenda realizar sobre tales bienes sin el consentimiento de su titular⁷⁵⁷. Por tanto, toda intervención o tratamiento médico que se lleve a cabo sin contar con el previo consentimiento del paciente constituye una violación de su derecho fundamental a la integridad física y moral, quedando a salvo los supuestos en los que la imposición forzosa de la asistencia médica «tenga justificación constitucional». En el asunto enjuiciado, el Tribunal entiende que la alimentación coactiva no conlleva la vulneración del derecho a la integridad física y moral de los reclusos, habida cuenta de que la referida asistencia médica encuentra amparo en el artículo 25.2 CE, precepto que admite que los condenados a pena de prisión que estén cumpliendo la misma puedan sufrir en sus derechos unas limitaciones que «no son de aplicación a los ciudadanos comunes». Dichas restricciones se justifican, al parecer del Tribunal, por la relación especial de sujeción que une a la Administración penitenciaria y a los reclusos, relación que genera un entramado de derechos y obligaciones entre las partes de resultas de la cual se deriva para la Administración, *ex* artículo 3.4 LOGP, el deber de velar por la vida, salud e integridad de los internos, pudiendo implicar el cumplimiento de tal deber la limitación razonable y proporcional de los derechos fundamentales de los reclusos sobre la base del artículo 25.2 CE.

alimentarse por vía bucal a los presos entretanto se hallen en estado de consciencia. La decisión de la Audiencia es recurrida en amparo por los internos ante el Tribunal Constitucional.

⁷⁵⁷ Esta misma doctrina es seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el mediatizado asunto *Pretty v. United Kingdom* [2002] ECHR 427 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29.4.2002), donde la Sra. Pretty, afectada de una enfermedad neurodegenerativa que le impide la movilidad autónoma, solicita que se conceda la inmunidad de diligencias a su marido para que pueda cooperar en su suicidio sin riesgo de ser condenado penalmente conforme a la sección 2.1 de la *Suicide Act 1961*. El Tribunal de Estrasburgo afirma *obiter dicta*: «While it might be pointed out that death was not the intended consequence of the applicants' conduct in the above situations, the Court does not consider that this can be a decisive factor. In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention. As recognised in domestic case-law, a person may claim to exercise a choice to die by declining to consent to treatment which might have the effect of prolonging his life».

En definitiva, el Tribunal Constitucional estima que, salvo que se trate de un recluso, todo paciente adulto y con suficiente capacidad tiene derecho a negarse a un tratamiento vital, entrañando la asistencia médica coactiva una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral⁷⁵⁸. No obstante, entiende el Tribunal que, si bien el artículo 15 CE ampara el reconocimiento del derecho a rechazar el tratamiento, en modo alguno fundamenta un pretendido derecho a morir. El derecho fundamental a la vida consagrado en el mencionado artículo de la CE tiene un contenido positivo en un doble sentido: de un lado, su titular tiene derecho a acudir a la Justicia para recabar su amparo frente a toda actuación de los poderes públicos que atente contra su vida o integridad y, de otro, los poderes públicos tienen el deber de adoptar medidas tendentes a la protección de la vida e integridad de las personas frente a los ataques de terceros. Ahora bien, no reconoce el artículo 15 CE un derecho a la vida de contenido negativo equivalente a un derecho a morir, lo que no implica que una persona no pueda llevar a cabo actuaciones que entrañen *de facto* una disposición de su propia vida; toda persona puede poner en peligro su vida como manifestación del *agere licere* (libertad de hacer), sin que ello conlleve el reconocimiento de un derecho a morir que le atribuiría la facultad de movilizar a los poderes públicos en aras de la adopción de medidas tendentes a causarle la muerte. En suma, como afirma Bajo Fernández

«existe un derecho a disponer de la propia vida en el sentido de libertad de hacer; existe un derecho constitucional a rechazar la prolongación artificial de la vida; no existe un derecho constitucional a que el legislador deje impunes toda forma de inducción o participación en el suicidio. [...] un derecho a morir sólo sería posible entendido como la simple libertad de hacer, pero no como un derecho subjetivo que movilice al poder público⁷⁵⁹.»

Contra el parecer mayoritario del Tribunal Constitucional se pronuncian los Magistrados D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y D. Jesús Legui-

⁷⁵⁸ Como podemos comprobar, el Tribunal Constitucional considera tratamiento médico la alimentación artificial, en coherencia con la posición adoptada en *Bland v. Airedale NHS Trust*, [1993] A. C. 789 (*House of Lords*, 4.2.1993); *Affaire Lambert et autres v. France* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5.6.2015) y *Beppino Englaro, nella qualità di tutore della figlia interdetta Eluana Englaro, v. Procura Generale della Repubblica di Milano, Procura Generale presso la Corte di Cassazione e la procura speciale*, N. 21748/2007 (*Corte di Cassazione*, 4.10.2007). Para un análisis del «caso Englaro», *vid.* Mancuso, Francesco, «¿Interrupción del tratamiento o eutanasia? El caso Englaro», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 93-99.

⁷⁵⁹ Bajo Fernández, Miguel, «Disponibilidad de la propia vida», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Jorge Barreiro, Agustín (coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 1138. En igual sentido, Valls Prieto, Javier, «Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 31.

na Villa en sendos votos particulares. El primero de ellos opina que, si bien el artículo 25.2 CE se remite a la LOGP para el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, ni tal remisión ni la relación especial de sujeción que une a la Administración penitenciaria con los internos justifican la limitación de los derechos fundamentales de éstos. Asimismo, el legislador no regula específicamente la asistencia coactiva en los supuestos de huelga de hambre, debiendo interpretarse el silencio legal «como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad».

Por su parte, D. Jesús Leguina Villa postula en su voto particular que el deber de la Administración de velar por la vida, salud e integridad de los internos que le impone el artículo 3.4 LOPJ cesa ante la voluntad contraria de los reclusos, no tratándose éstos de personas incapaces cuyas limitaciones de capacidad hayan de ser subvenidas por los poderes públicos, sino de «personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan»⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ En la doctrina, son numerosas las voces que se pronuncian en contra de la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los reclusos sobre la base de la especial relación de sujeción que les une a la Administración penitenciaria. Por todos, Oliv a Blázquez , Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, p. 59; Fernández Bermejo , Mariano, «Autonomía personal...» *op. cit.*, p. 4; Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 259-260; Arruego Rodríguez, Gonzalo, «Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español», *DS: Derecho y Salud*, vol. 15, n. 1, 2007, p. 136; Arruego Rodríguez, Gonzalo, «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 82, 2008, pp. 71-72; Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002, p. 173. Al respecto, postula Simón Lorda que: «no está tan claro que de la posición del estado como garante de la salud y vida de los presos pueda derivarse la legitimidad de una intervención médica en contra de su voluntad. El deber de garante a lo que obliga es a garantizar que se pondrán todos los medios posibles para evitar que alguien atente contra la salud y la vida de las personas presas, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Pero no existe posición de garante que pueda ir en contra de la voluntad de los sujetos que se pretende «garantizar». Hacerlo es quebrantar los derechos fundamentales de estos sujetos y los presos los tienen todos íntegros, salvo el derecho a la libertad de movimientos y aquellos otros que se especifiquen en su sentencia judicial. Esto quiere decir que, desde mi punto de vista, la excepción que pretendió justificar la alimentación forzosa de los presos del GRAPO en huelga de hambre estuvo mal hecha» (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia... op. cit.*, p. 267). Abundando en esta línea argumental, establece el artículo 12.4 del Código de Deontología Médica de 2011: «Cuando el médico atienda a una persona en huelga de hambre, le informará sobre las consecuencias del rechazo a la alimentación, así como de su previsible evolución y pronóstico. Respetará la libertad de quienes decidan de forma consciente y libre realizar huelga de hambre, incluidas las personas privadas de libertad, pudiendo acogerse a la objeción de conciencia si fuese obligado a contrariar esta libertad.» Igualmente, se postula en contra de la alimentación coactiva de personas en huelga de hambre la Declaración sobre las Personas en Huelga de Hambre, de la Asociación Médica Mundial (Malta, 1991) al establecer, en el apartado dedicado a las «Normas para el trato de las personas en huelga de hambre»: «La alimentación forzada nunca es éticamen-

La fundamentación de la sentencia de 27 de junio de 1990 la reitera el Tribunal Constitucional en las posteriores de 19 de julio del mismo año ⁷⁶¹ y 17 de enero del siguiente ⁷⁶², en sendos asuntos en los que la Administración penitenciaria solicita a la autoridad judicial una autorización para alimentar coactivamente a varios internos en huelga de hambre –pertenecientes al PCE(r) y al GRAPO– sin tener que esperar a que pierdan la consciencia al hallarse su vida en peligro. En ambos supuestos, el Tribunal Constitucional resuelve que la Administración penitenciaria puede proceder a la asistencia coactiva de los presos siempre que exista un riesgo grave para su salud y sin que pueda proceder a la alimentación por vía bucal entretanto los internos conserven la consciencia, quedando justificada dicha asistencia sobre la base de la especial relación de sujeción que une a la Administración penitenciaria con los reclusos. En suma, coincidimos con Galán Cortés al afirmar

«En puridad, el Tribunal Constitucional en las sentencias comentadas está primando, de forma absoluta, la vida biológica sobre la vida humana (el *ser* por encima de la *humana condicio*), olvidando quizá que, aun cuando la vida es sin duda necesaria para *ser*, la autonomía individual lo es para poder *ser humano* ⁷⁶³.»

Años después, el Tribunal Constitucional conoce de un recurso de amparo interpuesto por un recluso contra el auto de la Audiencia Provincial de Valencia que le deniega, en contra de lo resuelto por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, su excarcelación, solicitada ésta por padecer una enfermedad coronaria grave e incurable. En su sentencia de 25 de marzo de 1996 ⁷⁶⁴, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la vida y a la integridad física y moral constituye el «soporte existencial de cualesquiera otros derechos» (un *prius* ontológico para su ejercicio), lo que explica su carácter «absoluto» y la imposibilidad de verse limitados «por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena». Sobre el particular, convenimos con Oliva Blázquez que «en el sistema de los derechos fundamentales ninguno debe ser superior, absoluto e indisponible frente a todos los demás» ⁷⁶⁵. Así, debe el derecho a la vida interpretarse y aplicarse en coherencia con otros valores y

te aceptable. Incluso con la intención de beneficiar, la alimentación con amenazas, presión, fuerza o uso de restricción física es una forma de trato inhumano y degradante. Al igual que es inaceptable la alimentación forzada de algunos detenidos a fin de intimidar o presionar a otras personas en huelga de hambre para que pongan término a su ayuno.»

⁷⁶¹ RTC 1990\137; Ponente: D. Jesús Leguina Villa, D. José Luis de los Mozos y de los Mozos y D. Vicente Gimeno Sendra.

⁷⁶² RTC 1991\11; Ponente: D. Fernando García-Mon y González Regueral.

⁷⁶³ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, p. 806.

⁷⁶⁴ RTC 1996\48; Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.

⁷⁶⁵ Oliv a Blázquez, Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, p. 60.

derechos, como la libertad personal (artículo 1.1 CE), la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1 CE) y el derecho a la autonomía del paciente (sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 ⁷⁶⁶), evitándose de este modo su consideración como un valor absoluto y prioritario.

Por último, entendemos necesaria la alusión a cuatro autos emanados de la jurisprudencia menor de los que se pueden extraer conclusiones de ingente relevancia a los efectos de la temática estudiada en el presente apartado. Los pronunciamientos de referencia son los autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de septiembre de 2004 ⁷⁶⁷ y 18 de marzo de 2005 ⁷⁶⁸, el auto de la Audiencia Provincial de Lérida de 25 de enero de 2011 ⁷⁶⁹ y el auto del Juzgado de Instrucción número 4 de Guadalajara de 8 de noviembre de 2014 ⁷⁷⁰. En los cuatro supuestos, un paciente adulto y con capacidad suficiente se niega a que le sea administrada una transfusión sanguínea, por contravenir dicho tratamiento la doctrina de los Testigos de Jehová, habiendo plasmado el sujeto en los tres primeros casos su voluntad de rechazo en un documento de instrucciones previas. Ante tal negativa reiterada y el carácter vital de la transfusión sanguínea, el centro hospitalario acude ante la Justicia en solicitud de una autorización para transfundir al paciente coactivamente. En los tres primeros casos, en primera instancia el Juzgado autoriza la transfusión mediante auto, decisión recurrida por el paciente ante la Audiencia Provincial, que le reconoce el derecho a rechazar un tratamiento médico (incluso vital), debiendo respetarse su voluntad en tal sentido (actual o manifestada en instrucciones previas) so pena de resultar violado su derecho a la integridad física y moral. Por su parte, en el último de los autos citados, el Juzgado de Instrucción número 4 de Guadalajara deniega al centro hospitalario la autorización solicitada para transfundir al paciente en contra de su voluntad tras afirmar que la negativa del paciente debe ser respetada al no concurrir en el supuesto enjuiciado ninguna de las excepciones legales al consentimiento informado, a saber, existencia de un riesgo para la salud pública o un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no siendo posible conseguir su autorización o la de sus familiares.

⁷⁶⁶ RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vela.

⁷⁶⁷ JUR 2004\308812; Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre.

⁷⁶⁸ JUR 2011\196739; Ponente: Ilma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre.

⁷⁶⁹ JUR 2011\148646; Ponente: Ilma. Sra. María Lucía Jiménez Márquez.

⁷⁷⁰ TOL4.727.701; Ponente: D. Francisco Javier García Fernández.

3.1.3 Conclusiones

De las decisiones judiciales comentadas podemos extraer una conclusión incuestionable: se observa en el seno de nuestra jurisprudencia una notable evolución desde la consideración de la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico hasta el actual reconocimiento al paciente del derecho a rechazar una actuación médica de carácter vital como manifestación del contenido negativo de su derecho a la integridad física y moral. De este modo, se configura la autonomía del paciente como una «potestad puramente defensiva que proscribe toda intervención no consentida en su integridad física»⁷⁷¹, intervención que, en caso de producirse, constituiría, como regla general, un trato inhumano y degradante no tutelado por causa de justificación alguna⁷⁷². Por consiguiente, «los tratamientos suministrados en forma coactiva no son éticamente aceptables, salvo en aquellos casos en que la obligación de tratamiento resulte de la ley»⁷⁷³.

En definitiva, de los pronunciamientos judiciales comentados puede colegirse una evidente inclinación de nuestros tribunales en favor del reconocimiento a las personas adultas (y no internas en un establecimiento penitencia-

⁷⁷¹ Arruego Rodríguez, Gonzalo, «Sobre el...» *op. cit.*, pp. 125-126. Abunda en esta línea Agón López, quien postula que el derecho a la integridad física «tiene dos contenidos: uno originario, que supone la protección de la persona frente a los ataques dirigidos a lesionar el cuerpo o el espíritu; y un contenido derivado, que implica la protección frente a las intervenciones que son practicadas sin consentimiento afectando a esos bienes» (Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 125). Por lo que respecta a la justificación de la negativa al procedimiento médico de carácter vital sobre la base de la libertad religiosa del paciente, rechaza el Tribunal Constitucional dicha posibilidad en su auto de 20 de junio de 1984 (RTC 1984\369), por el que exime de responsabilidad a un juez que autoriza una transfusión sanguínea coactiva a un paciente que se niega a ella con base en sus convicciones religiosas. El Tribunal entiende que la intervención judicial está amparada en el artículo 3 LOLR, al establecer como límite al ejercicio del derecho constitucional a la libertad religiosa la salud de las personas. En consecuencia, entiende el Tribunal que una persona no puede rechazar un tratamiento de carácter vital sobre la base de su derecho a la libertad religiosa al hallarse su ejercicio limitado por la propia salud del paciente. Bajo nuestro punto de vista, el razonamiento del Tribunal no puede entenderse acertado, habida cuenta de que la limitación que contempla el artículo 3 LOLR se restringe a los supuestos en que el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa implica un peligro para la salud pública, y no para la salud individual del propio sujeto. En este sentido, Olivá Blázquez, Francisco, «Autonomía del...» *op. cit.*, p. 59; Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción... op. cit.*, pp. 171-172. Por su parte, Romeo Casabon a parece excluir la aplicación del límite previsto en el artículo 3 LOLR a las hipótesis de rechazo a una transfusión sanguínea vital, pues, con independencia de que se entienda tal restricción referida a la salud individual o pública, «lo verdaderamente significativo es que en estas situaciones límite lo que se halla en juego no es la salud (individual o colectiva), sino la vida de la persona» (Romeo Casabon a, Carlos María, «Los testigos...» *op. cit.*, p. 65).

⁷⁷² Bajo Fernández, Miguel, «Testigo de Jehová y transfusión de sangre», *JANO*, vol. 48, n. 1114, 1995, p. 635.

⁷⁷³ Crisci, Antonello, «Tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 60.

rio) de un poder de disposición *de facto* sobre su propia vida, sin que ello conlleve la titularidad de un pretendido derecho a morir al amparo del artículo 15 CE⁷⁷⁴. Este posicionamiento jurisprudencial en pro del derecho del paciente a rechazar un procedimiento médico de carácter vital es respaldado por numerosos legisladores autonómicos. Así, establece la Ley de Muerte Digna de Andalucía, en su artículo 8.1:

«Toda persona tiene derecho a rechazar la intervención propuesta por los profesionales sanitarios, tras un proceso de información y decisión, aunque ello pueda poner en peligro su vida⁷⁷⁵.»

Ahora bien, ¿se reconoce a la paciente en estado de gestación el derecho a rechazar un procedimiento de carácter vital? En un planteamiento negativo, ¿es posible negar a una paciente embarazada el derecho a rechazar una actuación médica en aras de proteger al *nasciturus*? No existe en nuestra jurisprudencia pronunciamiento alguno en el que nuestros tribunales aborden directamente los interrogantes planteados. No obstante, puede resultar de utilidad al objeto de responderlos el parecer del Tribunal Constitucional expresado en su sentencia de 11 de abril de 1985⁷⁷⁶, donde afirma que la vida comienza con la gestación (y no con el alumbramiento) y que, desde ese momento, se genera «un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta»; asimismo, la vida del feto constituye un bien jurídico protegido por

⁷⁷⁴ Oliv a Blázquez, Francisco, «Derecho a la vida», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo II, Gete-Alonso y Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 750. Al abordar la definición de la voz «Rechazo de tratamiento», delimita Mendes de Carvalho el fundamento constitucional del derecho del paciente a negarse a un tratamiento médico vital: «El bien jurídico vida humana no debe interpretarse conforme a una concepción estrictamente naturalística, es decir, como mera existencia físico-biológica, sino también a partir de una comprensión con contenidos valorativos. De hecho, no cabe duda de que la presencia o ausencia de vida no depende de ninguna valoración, sino simplemente de la constatación biológica de su existencia. Sin embargo, la existencia de vida en ese sentido no supone afirmar la necesidad de su protección absoluta. Una comprensión puramente ontológica de la vida humana es insuficiente e incapaz de agotar el contenido de ese bien jurídico, y por ello debe ser rechazada en favor de una interpretación de la misma también con arreglo a criterios valorativos, como los valores constitucionales antes citados. Este es, pues, el fundamento constitucional del derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico vital, que a la postre se identifica con una auténtica concepción filosófica *personalista*, en la que prima el entendimiento del hombre como valor ético en sí [sic] mismo, como hombre-persona, como hombre-fin, protegido bajo la prohibición de que se le utilicen como el fin de lograr cualquier interés colectivo o extrapersonal, y con respecto al cual se tiene en cuenta ante todo la preservación de su autonomía personal y de su calidad de vida, más allá de su mera existencia biológica» (Mendes de Carvalho, Gisele, *Voz «Rechazo de...» op. cit.*, pp. 1365-1366).

⁷⁷⁵ Vid. también Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 8.1); Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 8.1); Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 8.1); Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 26.1); Ley de Muerte Digna del País Vasco (artículo 7.1); Ley de Muerte Digna de Madrid (artículo 7.1); Ley de Dignidad de las Personas Enfermas Terminales de Galicia (artículo 7.3) y Decreto 147/2015 del País Vasco –artículo 4.d)–.

⁷⁷⁶ RTC 1985/53; Ponentes: Dña. Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

el artículo 15 CE. No obstante, concluye el Tribunal que el feto no es titular del derecho a la vida reconocido en el antedicho precepto constitucional⁷⁷⁷. A nuestro modo de entender, la solución a la que arriba el Tribunal Constitucional resulta acertada, pues la personalidad jurídica, *ex* artículo 30 CC, se adquiere con el nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Por tanto, el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica propia ni, consiguientemente, puede ser titular de derechos, lo que no obsta para que el ordenamiento jurídico confiera a su vida una protección que, ni puede justificarse por la vía del derecho subjetivo (al carecer el concebido de personalidad jurídica hasta el alumbramiento)⁷⁷⁸ ni, evidentemente, puede ser absoluta⁷⁷⁹. En conclusión, entendemos que no puede priorizarse la protección jurídica de que es merecedora la vida del feto desde su concepción sobre los derechos a la integridad física y moral y a la libertad religiosa que los artículos 15 y 16 CE, respectivamente, reconocen a todas las personas, con evidente inclusión de las mujeres en estado de gestación⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Esta misma doctrina sigue la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Paton v. United Kingdom*, (1981) 3 E. H. R. R. 408 (Comisión Europea de Derechos Humanos, 13.5.1980), donde el Sr. Paton se opone a que su esposa se someta a un aborto. En el caso enjuiciado, la Comisión estima que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁷⁸ Asimismo, entendemos que no resulta aplicable la regla del *pro iam nato habetur*, establecida en el artículo 29 CC, para justificar el reconocimiento al *nasciturus* del derecho a la vida, debido a la protección eminentemente patrimonial para la que es concebida por el legislador. Muestra de ello es que únicamente se contempla de forma expresa en nuestro CC con relación a la posibilidad de aceptar donaciones (artículo 627) y de suspender la partición de la herencia (artículos 959 a 967). *Vid.* Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre... op. cit.*, p. 53.

⁷⁷⁹ Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción... op. cit.*, p. 164.

⁷⁸⁰ Señala Díez Rodríguez: «Un supuesto más complicado lo constituye el caso de que la mujer testigo de Jehová se encuentre embarazada en el preciso momento en el que necesita una transfusión de sangre y de ella dependa su vida y la de su hijo/a. En estos casos, y siempre que no se pudiera aislar la vida de ese hijo/a, creo que, en cuanto que se ven implicados derechos de terceros, operaría el límite reconocido expresamente en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa. En este caso, pudiera existir un perjuicio para un tercero que es el embrión ya que el embrión no profesa, ni puede profesar, religión alguna, ni tampoco los padres pueden garantizar que aun educándolo bajo sus creencias estas serán compartidas en el futuro por el *nasciturus*, y no debemos olvidar que sin la vida no hay posibilidad de que ese sujeto pudiera aceptar o no las creencias de los testigos de Jehová en un hipotético momento futuro. Este argumento encontraría refuerzo en la mención que realiza la STC 53/1985 de considerar al *nasciturus* como «vida humana en formación» y como «bien jurídico susceptible de protección al amparo del artículo 15 CE, que es cuanto más protegible cuanto se acerque al momento de su viabilidad», por lo tanto existe ese tercero susceptible de protección, que constituye un ser autónomo con ADN propio, y siendo esta su consideración debe prevalecer sobre la libertad religiosa y la incolumidad corporal de la madre que se niega ante una transfusión de sangre» (Díez Rodríguez, José Ramón, «El paciente...» *op. cit.*, pp. 199-200). En contra del parecer del autor, opinamos que no es posible limitar el derecho de la madre gestante a rechazar un tratamiento vital para el embrión al amparo de la protección de los derechos de terceros que establece el artículo 3.1 LOLR, habida cuenta de que el *nasciturus* no es titular de derechos hasta su alumbramiento con vida, momento en que adquiere la personalidad jurídica (artículo 30 CC). No obstante, entendemos que, cuando el feto es viable, esto es, cuando «there is a realistic possibility of maintaining and nourishing a life outside the womb» –*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Ca-*

A modo de conclusión, hemos de añadir que, partiendo del reconocimiento en el ordenamiento jurídico español del derecho del paciente a rechazar el procedimiento médico prescrito (aun cuando tenga carácter vital), el artículo 21 LAP otorga al centro sanitario, si el paciente se niega a firmar el alta voluntaria, la posibilidad de disponer el alta forzosa a propuesta del médico responsable, siempre que no existan tratamientos alternativos al rechazado (ni siquiera de carácter paliativo). Asimismo, si el paciente no acepta al alta, puede la dirección del centro, tras oírlo y comprobar su informe clínico, poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial para que confirme o rvoque la decisión de imponer el alta al paciente⁷⁸¹.

3.2 Tratamiento del rechazo al procedimiento médico vital en el *common law* del Reino Unido

En el Reino Unido, los tribunales reconocen reiteradamente a los pacientes el derecho a rechazar una actuación médica, incluso aunque la misma presente carácter vital. Como exponente de este posicionamiento podemos destacar la decisión de la *Court of Appeal* en el asunto *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All ER 649 (*Court of Appeal*, 30.7.1992)⁷⁸², don-

sey, Governor of Pennsylvania, et al., 505 U. S. 833 (1992) (*United Supreme Court*, 29.6.1992)–, si la madre gestante rechaza un tratamiento cuya omisión entrañará su deceso antes de que el período de gestación llegue a término, puede el profesional sanitario intentar persuadirla de que acepte la práctica de una cesárea o la inducción del parto al objeto de salvar la vida del feto. En caso de rechazar igualmente tales procedimientos, opinamos que su decisión debe ser respetada. Por su parte, Gómez Martínez y Simón Lorda postulan que, ante tal negativa, el asunto debe ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial –Gómez Martínez, María Eugenia y Simón Lorda, Pablo (coords.), *Recomendaciones para... op. cit.*, p. 37–.

⁷⁸¹ Dice el precepto: «1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas. 2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.» *Vid.* también Ley 8/2003 de Castilla y León (artículo 32); Ley 3/2005 de Extremadura (artículo 30); Ley 3/2009 de Murcia (artículo 47); Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 22) y Ley Foral 17/2010 de Navarra (artículo 53).

⁷⁸² La Srta. T sufre un accidente de coche estando en la semana treinta y cuatro de gestación. Es trasladada a un hospital donde, al presentar dolencias en el pecho, se le prescribe reposo, no realizándose una radiografía al estar dicha prueba diagnóstica contraindicada en gestantes. Pocos días después, la mujer regresa al hospital al incrementarse su dolor en el pecho y, tras realizarse una radiografía, se le diagnostica una neumonía. Durante su estancia en el hospital, y tras mantener una conversación en privado con su madre (devota testigo de Jehová), la paciente declara a una de las enfermeras su deseo de no

de el Tribunal afirma *obiter dicta* que todo paciente adulto y con capacidad (que se presume *iuris tantum*) tiene derecho a consentir o rechazar un tratamiento médico, aunque su omisión pueda dañar permanentemente la salud del paciente o, incluso, conducirlo a la muerte, con independencia de que las razones que motiven su negativa sean racionales, irracionales o, incluso, inexistentes o desconocidas⁷⁸³.

A idéntica conclusión arriba la *House of Lords* en *Airedale N. H. S. Trust v. Anthony Bland*, [1993] A. C. 789 (*House of Lords*, 4.2.1993)⁷⁸⁴, donde el Tribunal reitera *obiter dicta* el derecho de todo paciente adulto y capaz a rechazar un tratamiento vital. Asimismo, dicha negativa debe respetarse, aun cuando el paciente no goce en la actualidad de capacidad para decidir, siempre que hubiera manifestado anticipadamente su voluntad en tal sentido⁷⁸⁵.

recibir una transfusión sanguínea debido a su pertenencia pasada a una secta religiosa de la que, si bien ya no forma parte, mantiene alguna de sus creencias. Esta declaración sorprende a la enfermera, pues en ningún momento se le ha comunicado a la paciente la necesidad de transfundirla. Días después, la mujer se pone de parto y, valorando todas las circunstancias concurrentes, el equipo médico considera que la opción terapéutica más recomendable es la práctica de una cesárea, solicitándose a la paciente su consentimiento para, en caso de ser necesario durante la intervención, administrarle una transfusión sanguínea. La paciente, de nuevo tras hablar en privado con su madre, otorga su consentimiento a la cesárea, pero rechaza la posibilidad de ser transfundida, plasmando su negativa por escrito. Finalmente, la cesárea se lleva a cabo en tales condiciones; no obstante, el feto nace muerto y la paciente es trasladada a la unidad de cuidados intensivos en estado crítico, respetando los médicos su voluntad de no ser transfundida pese a que entienden que es la opción terapéutica necesaria para salvar su vida. Con estos antecedentes fácticos, el padre y el novio de T acuden ante los tribunales en la búsqueda de un pronunciamiento que autorice a los facultativos para transfundir a la paciente. En primera instancia, la *High Court of Justice* resuelve la legalidad de la transfusión sanguínea bajo el argumento de que la paciente la rechazó si era necesaria en el curso de la cesárea, pero no si resultaba exigida en una situación de emergencia como la ahora concurrente. Sobre la base de esta decisión judicial, la paciente es transfundida y, tras salir de su situación de peligro, recurre el pronunciamiento de la *High Court of Justice* ante la *Court of Appeal*, que desestima el recurso al entender que la voluntad de rechazo de la paciente está viciada por la indebida influencia que su madre ejerce sobre ella

⁷⁸³ Al respecto, dice Lord Donaldson of Lymington: «An adult patient who, like Miss T, suffers from no mental incapacity has an absolute right to choose whether to consent to medical treatment, to refuse it or to choose other rather than another of the treatment being offered.»

⁷⁸⁴ Anthony Bland, de diecisiete años y medio, se encuentra ingresado en el *Airedale General Hospital* en estado vegetativo persistente desde 1989, siendo alimentado artificialmente a través de una sonda nasogástrica. El centro hospitalario (apoyado por la familia del menor, por el médico a su cargo y por dos médicos independientes) solicita a la *High Court of Justice* una autorización para interrumpir las medidas de soporte que mantienen a Anthony con vida artificialmente y para administrarle sólo los cuidados necesarios para que pueda morir con dignidad y con el menor sufrimiento posible. El Tribunal accede a las pretensiones del centro hospitalario en una decisión recurrida en nombre del menor por el *Official Solicitor* ante la *Court of Appeal* y, tras confirmar ésta el pronunciamiento de primera instancia, ante la *House of Lords*, que coincide con el Tribunal de apelación en que la santidad de la vida no es absoluta y que los médicos pueden interrumpir las medidas de soporte vital cuando sea la mejor opción en atención al interés médico del paciente.

⁷⁸⁵ En palabras de Lord Keith of Kinkel: «The first point to make is that it is unlawful, so as to constitute both a tort and the crime of battery, to administer medical treatment to an adult, who is conscious and of sound mind, without his consent [...]. Such a person is completely at liberty to decline to undergo treatment, even if the result of his doing so will be that he will die. This extends to the situation where the

Tras esta decisión, se suceden otras en las que los tribunales del Reino Unido insisten en la titularidad por el paciente del derecho a rechazar un tratamiento vital, sin importar las razones que sustenten su decisión, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificat vo, los fallos en *Re C (adult: refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All ER 819 (High Court of Justice, 14.10.1993)⁷⁸⁶; *Re MB (An Adult: Medical Treatment)*, [1997] 2 FCR 541 (Court of Appeal, 26.3.1997)⁷⁸⁷; *St. George's Healthcare N. H. S. Hospital Trust v. S., Regina v. Collins and others, ex parte S.*, [1999] Fam. 26 (Court of Appeal, 7.5.1998)⁷⁸⁸

person, in anticipation of his, through one cause or another, entering into a condition such as P. V. S., gives clear instructions that in such event he is not to be given medical care, including artificial feeding, designed to keep him alive.»

⁷⁸⁶ El Sr. C (Colley), en prisión desde 1962 por apuñalar a su mujer, es diagnosticado de esquizofrenia paranoide crónica, siendo trasladado a un hospital mental (*Broadmoor Hospital*) para el tratamiento de su enfermedad. En septiembre de 1993 se le diagnostica gangrena en el pie derecho, siendo trasladado a otro centro hospitalario (*Heatherwood Hospital*) para su asistencia. Tras ser examinado por varios especialistas, el Sr. Rutter (cirujano cardiovascular) observa que la pierna derecha del paciente está extremadamente infectada y que existe una úlcera necrótica que cubre el *dorsum* del pie. Ante tal diagnóstico, el cirujano comunica a C la gravedad de su situación y la necesidad de amputar su pierna derecha por debajo de la rodilla para salvar su vida, valorando sus posibilidades de supervivencia con la aplicación de un tratamiento conservativo como alternativa a la amputación en no mayores del 15%. No obstante, pese a la gravedad de su pronóstico, C se niega reiteradamente a que su pierna le sea amputada, si bien consiente someterse a una intervención quirúrgica dirigida a eliminar el tejido muerto de su pie. La operación se lleva a cabo el 23 de septiembre de 1993 y, el 29 de ese mismo mes y año, se solicita al Sr. Leslie (*Solicitor* del *Heatherwood Hospital*) un compromiso de que el hospital no procederá en el futuro a amputar la pierna del Sr. C sin su consentimiento. No obstante, ante la negativa del centro hospitalario de formular dicho compromiso, se inicia un procedimiento ante la *High Court of Justice* en la búsqueda de una decisión que prohíba al hospital amputar la pierna del paciente sin su consentimiento. Finalmente, Thorpe J. resuelve que el paciente entiende la información que sobre su situación clínica y pronóstico se le ha comunicado y que su capacidad para rechazar la amputación no se halla afectada por la esquizofrenia que padece, de suerte que su voluntad debe ser respetada, aunque le conduzca a un destino fatal.

⁷⁸⁷ MB., de veintitrés años de edad y embarazada de cuarenta semanas, es ingresada en un centro hospitalario el 14 de febrero de 1997 tras ponerse de parto. Los médicos, al observar que el feto está en posición de nalgas, consideran que la opción médicamente indicada es la práctica de una cesárea, pues el desarrollo del parto por vía vaginal conlleva un riesgo del 50% de que se produzcan graves daños en el feto, si bien el peligro que para la madre se deriva del parto natural es escaso. MB., cuyo deseo es que su bebé nazca sano, consiente la realización de la cesárea, pero se niega a que le sea administrada la anestesia por vía intravenosa debido a su miedo a las agujas, si bien consiente que ésta le sea administrada mediante inhalación de gases a través de una mascarilla. No obstante, en el propio paritorio, la mujer revoca el consentimiento para la administración de la anestesia por inhalación. Ante esta negativa, el centro hospitalario solicita a la *High Court of Justice* una autorización para realizar la cesárea y administrar la correspondiente anestesia a MB., aun en contra de su voluntad. En primera instancia, la *High Court of Justice* estima las pretensiones del centro hospitalario, decisión recurrida por la paciente en apelación. La *Court of Appeal* desestima el recurso interpuesto por MB., al estimar que no reunía en el momento en que adoptó la decisión las condiciones suficientes de capacidad para rechazar la anestesia. Sin embargo, declara el Tribunal *obiter dicta* que todo paciente adulto y capaz tiene un derecho absoluto a rechazar una actuación médica de carácter vital, sin que puedan los tribunales autorizar su realización coactiva con base en el mejor interés del paciente.

⁷⁸⁸ MS., embarazada de treinta y seis semanas, es diagnosticada de preeclampsia, recomendándole el equipo médico la inducción del parto y la práctica de una cesárea, pues el desarrollo natural del parto conlleva un grave peligro para la vida tanto del feto como de la madre gestante. Pese a ello, MS. se niega a que el parto le sea inducido porque desea que el mismo se desarrolle de forma natural, aun siendo cono-

y *Ms B and An NHS Hospital Trust*, [2002] EWHC 429 (Fam) (High Court of Justice, 22.3.2002)⁷⁸⁹.

Por otra parte, no queda cercenado este derecho por la simple razón de que el paciente se halle interno en un establecimiento penitenciario, pues, si bien en un primer pronunciamiento, en *Leigh v. Gladstone*, (1909) 26 TLR 139 (High Court of Justice, 1909), la High Court of Justice legitima a los oficiales de prisión para adoptar medidas coactivas tendentes a salvar la vida de los presos⁷⁹⁰, en ulteriores decisiones el *case law* declara la necesidad de respetar

cedora de los riesgos que ello entraña. Ante tal negativa, MS. es trasladada en contra de su voluntad a un hospital mental (*Springfield Hospital*) para que su capacidad sea valorada conforme a la *Mental Health Act 1983*. Tras ello, la paciente es nuevamente trasladada, ahora al *St. George's Hospital* que, al día siguiente, solicita a la High Court of Justice una autorización para practicarle la cesárea prescrita aun en contra de su voluntad. Hogg J. concede dicha autorización y, con fundamento en la misma, se lleva a cabo la cesárea con éxito. Tras el nacimiento del bebé, MS. es trasladada de nuevo al hospital mental el 30 de abril, hasta que el 2 de mayo es dada de alta. Es entonces cuando MS. recurre la decisión de primera instancia ante la Court of Appeal que, tras reconocer el derecho de todo paciente adulto y capaz (incluyendo a las mujeres en estado de gestación) a rechazar un procedimiento vital, estima el recurso. Asimismo, afirma el Tribunal: «If the patient is competent and refuses consent to the treatment, an application to the High Court for a declaration would be pointless. In this situation the advice given to the patient should be recorded. For their own protection hospital authorities should seek unequivocal assurances from the patient (to be recorded in writing) that the refusal presents an informed decision, that is, that she understands the nature of and reasons for the proposed treatment, and the risks and likely prognosis involved in the decision to refuse or accept it. If the patient is unwilling to sign a written indication of this refusal, this too should be noted in writing. Such a written indication is merely a record for evidential purposes. It should not be confused with or regarded as a disclaimer.»

⁷⁸⁹ La Sra. B. es ingresada en un centro hospitalario el 26 de agosto de 1999 tras sufrir una hemorragia, siéndole diagnosticado un cavernoma, patología consistente en una malformación vascular. La paciente es trasladada a otro hospital, donde se le comunica que, en caso de producirse otra hemorragia, se puede derivar para ella una grave discapacidad, si bien es informada de la baja probabilidad que existe de que una nueva hemorragia tenga lugar. Ante este pronóstico, B. otorga un testamento vital (*living will*) el 4 de septiembre de 1999 en el que declara que, si en el futuro sufre de una discapacidad mental permanente, de una situación de inconsciencia permanente o de una condición que constituya una amenaza para su vida y no goza de la suficiente capacidad para decidir, no desea ser mantenido con vida artificialmente. Tras otorgar dicho documento, su situación mejora progresivamente, pudiendo incluso volver a trabajar. Sin embargo, en febrero de 2001 sufre un nuevo cavernoma de resultas del cual queda tetrapléjica. La paciente es trasladada a la unidad de cuidados intensivos del hospital, donde comienza a tener problemas respiratorios y es conectada a un ventilador artificial, merced al cual conserva su vida. Los médicos se niegan a aplicar el testamento vital y, consiguientemente, a desconectar a la paciente del respirador, al entender que su voluntad no fue declarada de modo suficientemente específico, razón por la cual B. otorga un nuevo testamento vital el 15 de agosto de 2001. Tras ello, la paciente se niega a someterse a un tratamiento consistente en la reducción progresiva del número de inhalaciones suministradas mediante el ventilador artificial, al objeto de permitir a su cuerpo acostumbrarse a respirar autónomamente (*one-way weaning programme*). Finalmente, la Sra. B. solicita a la High Court of Justice que se declare ilegal la ventilación que se le está proporcionando artificialmente en contra de su voluntad. En su decisión, Dame Elizabeth Butler-Sloss, P. reconoce a todo paciente adulto y capaz el derecho a rechazar un tratamiento vital, no quedando tal derecho mermado simplemente porque el paciente sufra una grave discapacidad física. En el caso enjuiciado, la jueza entiende que B. es competente para adoptar cualquier decisión sobre su salud, incluyendo la retirada de una medida de soporte vital.

⁷⁹⁰ En este asunto, la High Court of Justice sostiene que los oficiales de prisión tienen el deber de preservar la salud de los presos bajo su custodia y, *a fortiori*, de preservar su vida, quedando legitimados consecuentemente para adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de los internos en huelga de

la voluntad de los reclusos con relación al tratamiento a recibir. Con este posicionamiento se alinea la *High Court of Justice* en *Secretary of State for the Home Department v. Robb*, [1995] *Fam.* 127 (*High Court of Justice*, 4.10.1994)⁷⁹¹, donde reconoce a todo paciente adulto y capaz el derecho a rechazar un tratamiento médico (incluyendo la alimentación e hidratación artificiales) como manifestación de su derecho a la autonomía y autodeterminación. No obstante, sostiene el Tribunal que, cuando el paciente se halla interno en un establecimiento penitenciario, si bien conserva el derecho a rechazar un tratamiento médico, debe éste ser ponderado con diversos intereses del Estado, a saber, el interés en la preservación de la vida, en la prevención del suicidio, en el mantenimiento de la integridad de la profesión médica y en la protección de las terceras partes. En el caso enjuiciado, la *High Court of Justice* estima que no existe ningún interés estatal que prevalezca sobre el derecho del recluso a rechazar la alimentación e hidratación artificiales, no quedando legitimada, en consecuencia, la intervención del Estado en tal sentido.

Idéntica argumentación expone la *High Court of Justice* en *R v. Collins and another, ex parte Brady*, 58 *BMLR* 173 (*High Court of Justice*, 10.3.2000)⁷⁹²,

hambre, incluyendo su alimentación forzosa. Esta decisión está influida por la concepción coetánea de la huelga de hambre como un intento de suicidio y éste, a su vez, como *criminal offence*.

⁷⁹¹ Derek Robb es un interno en un centro penitenciario que comienza una huelga de hambre. El equipo médico que lo atiende coincide en que el recluso tiene capacidad para rechazar la nutrición y que entiende la información recibida sobre el riesgo para su salud que implica la decisión de no alimentarse. El *Home Office* solicita a la *High Court of Justice* un pronunciamiento que legitime la conducta de los oficiales de la prisión y los médicos que atienden al recluso al abstenerse de alimentarlo e hidratarlo coactivamente entretanto conserve la suficiente capacidad para decidir personalmente

⁷⁹² Ian Brady es condenado en 1966 a cadena perpetua por la consumación de tres asesinatos. Comienza su condena en una prisión de alta seguridad hasta que, en noviembre de 1985, tras serle diagnosticada una enfermedad psíquica, es transferido a un centro de salud mental para el tratamiento de su patología conforme a la *Mental Health Act 1983*. Tras pasar por diversos centros pertenecientes al mismo hospital, la política del centro hospitalario se endurece, acordando los médicos que el interno debe ser transferido a otro centro con un régimen de mayor seguridad. El traslado del Sr. Brady se lleva a cabo de modo violento y sorpresivo, sin informarle de los motivos del traslado ni de su destino, situación que provoca en el interno el temor de ser devuelto al régimen de prisión. Tampoco son explicados los motivos del traslado al Sr. Brady a la llegada al nuevo centro. Como medida de protesta, el recluso comienza una huelga de hambre, rechazando la ingesta de alimento o bebida nutricional endulzada alguna. Tras empeorar su estado de salud, el equipo médico decide comenzar a nutrir al Sr. Brady mediante una sonda nasogástrica en contra de su voluntad, si bien no opone éste resistencia alguna. Tras ser alimentado artificialmente durante tres meses, el interno solicita a la *High Court of Justice* un pronunciamiento que declare la ilegalidad de la conducta de los profesionales sanitarios sobre la base de la sección 63 de la *Mental Health Act 1983*, en virtud de la cual: «The consent of a patient shall not be required for any medical treatment given to him for the mental disorder from which he is suffering, not being treatment under section 57 or 58 above, if the treatment is given by or under the direction of the responsible medical office.» Con fundamento en el precepto transcrito, el Sr. Brady arguye que la alimentación coactiva no es legal en su situación, habida cuenta de que no constituye un tratamiento para su desorden mental. En la *High Court of Justice*, Maurice Kay J. desestima las pretensiones del Sr. Brady al entender que la alimentación coactiva está justificada en atención a la sección 63 de la *Mental Health Act 1983*, pues la decisión del interno de

donde Maurice Kay J. afirma *obiter dicta* que, cuando el paciente es un interno en un establecimiento penitenciario, su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario no es absoluto, sino que debe sopesarse con el interés del Estado en la preservación de la vida, en la prevención del suicidio, en el mantenimiento de la integridad de la profesión médica y en la protección de los intereses de terceros. De esta suerte, la alimentación coactiva del recluso únicamente se legitima cuando alguno de los aludidos intereses estatales prevalezca sobre su derecho a la autonomía.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el *common law* en el Reino Unido reconoce a todo paciente adulto y con capacidad suficiente, como regla general, un derecho absoluto a rechazar una actuación médica de carácter vital, sin importar las razones que motiven dicha negativa. No obstante, si el paciente se halla interno en un establecimiento penitenciario, tal derecho se le reconoce con ciertas restricciones, resultando efectivo sólo cuando no exista interés estatal alguno prevalente.

3.2.1 Consideración especial de la paciente gestante

En las líneas que siguen nos cuestionamos si, conforme al *common law* del Reino Unido, la paciente en estado de gestación tiene derecho a rechazar una actuación médica cuya omisión entrañará la muerte del feto y, en ocasiones, también de la propia madre. El estudio de la temática planteada debe partir de la siquiera sucinta exposición de tres pronunciamientos en los que el *case law*, si bien no se ocupa del rechazo a la actuación médica vital por la gestante, sienta las bases para acometer su régimen jurídico.

Las dos primeras decisiones podemos referirlas conjuntamente, pues ambas arriban a idéntica conclusión. Se trata de los pronunciamientos dictados en *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees and Another*, [1979] 1 Q. B. 276 (High Court of Justice, 24.5.1978)⁷⁹³ y *C v. S. and another*, [1988] Q. B. 135 (Court of Appeal, 25.2.1987)⁷⁹⁴, donde la *High Court of Justice* y la

mantenerse en huelga de hambre es un síntoma o manifestación de su desorden mental y no de una voluntad real de morir.

⁷⁹³ Joan Mary Paton obtiene los certificados médicos exigidos por la *Abortion Act 1967* para interrumpir voluntaria y legalmente su embarazo. Sin embargo, su marido, cuyo deseo es que la gestación no se interrumpa, solicita a la *High Court of Justice* un pronunciamiento que prohíba a su esposa y al *British Pregnancy Advisory Service* que practiquen el aborto por aquella pretendido.

⁷⁹⁴ C. y S. son dos jóvenes estudiantes en la Universidad de Oxford que se conocen aproximadamente en octubre de 1985. El 17 de octubre del año siguiente tienen su primera relación sexual, descubriendo S. al poco tiempo que está embarazada. A las dieciocho semanas de gestación, la joven decide que quiere

Court of Appeal, respectivamente, concluyen que el feto no es titular de derechos hasta que no se produce el nacimiento y adquiere una existencia separada de su madre; dicho de otro modo, hasta el alumbramiento, el feto no es persona ni, consiguientemente, puede ser titular de derechos.

El tercero de los pronunciamientos de referencia lo dicta la *Court of Appeal* en *Re F (In Utero)*, [1988] FCR 529 (*Court of Appeal*, 4.2.1988)⁷⁹⁵, donde antepone los derechos de la madre gestante a los intereses (que no derechos) del feto⁷⁹⁶.

Con la tríada de decisiones referidas como telón de fondo, la *High Court of Justice* en *In re S (adult: refusal of treatment)*, [1993] Fam. 123 (*High Court of Justice*, 12.10.1992)⁷⁹⁷, autoriza la práctica de una cesárea rechazada por la mujer gestante por motivos religiosos⁷⁹⁸. El pronunciamiento de la *High Court*

interrumpir el embarazo, obteniendo para ello los dos certificados médicos requeridos a tal efecto por la *Abortion Act 1967*. Ambos certificados recomiendan el aborto al entender que la continuación del embarazo entraña un riesgo para la salud física y psíquica de la joven mayor que el que implica su interrupción. No obstante, C., que se opone al aborto, solicita a la *High Court of Justice*, en nombre propio y del feto (*a child in ventre sa mere*) un pronunciamiento que prohíba a S. y al *Oxford Area Health Authority* que puedan interrumpir el embarazo. En primera instancia, Turner J. rechaza las pretensiones del demandante, acudiendo éste en vía de recurso ante la *Court of Appeal*.

⁷⁹⁵ Una mujer de treinta y seis años de edad sufre, desde hace más de una década, problemas mentales, acompañados del abuso esporádico de drogas. En atención a su estado mental, se le retira la custodia de su primer hijo, siendo éste dado en adopción. En 1987, hallándose embarazada de su segundo hijo, la mujer desaparece del apartamento donde vive. Preocupadas por el estado de salud de la madre y, fundamentalmente, del feto, las autoridades locales solicitan a la *High Court of Justice* que actúe como tutor del *nasciturus*, ejerciendo los derechos y deberes correspondientes a los progenitores. En primera instancia, Hollings, J. desestima las pretensiones de las autoridades locales, que recurren en apelación. La *Court of Appeal* desestima el recurso y confirma la decisión de la *High Court of Justice*.

⁷⁹⁶ La *Court of Appeal* estima que el ejercicio de la tutela pretendida por las autoridades locales sería incompatible con el bienestar de la madre y afectaría de modo excesivo a sus derechos. Afirma Lord Justice May: «Even though this is a case in which, on its facts, I would exercise the jurisdiction if I had it, in the absence of authority I am driven to the conclusion that the court does not have the jurisdiction contended for. I respectfully agree with the *dicum* from the judgment of Sir George Baker, P in the *Paton* case. I also agree with the comments made by Heilbron, J in her judgment in *C v S* which I have also quoted earlier in this judgment.» En igual sentido, Lord Justice Staughton: «When the wardship jurisdiction of the High Court is exercised, the rights, duties and powers of the natural parents are taken over or superseded by the orders of the court. Until a child is delivered it is not, in my judgment, possible for that to happen. The court cannot care for a child, or order that others should do so, until the child is born; only the mother can. The orders sought by the local authority are not by their nature such as the court can make in caring for the child; they are orders which seek directly to control the life of both mother and child. As was said by the European Commission of Human Rights in *Paton v United Kingdom* (1980) 3 EHRR 408 at p 415 «the life» of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman.»

⁷⁹⁷ La Sra. S., de treinta años de edad y embarazada, sobrepasa en seis días el período de gestación esperado y lleva dos días de parto, encontrándose éste obstruido por la posición transversal que presenta el feto. Ante el grave peligro que para la vida tanto de la madre como del feto entraña esta situación, el equipo médico recomienda a S. su sometimiento a una cesárea, intervención que la paciente y su esposo rechazan arguyendo motivos religiosos (ambos se definen como «Born Again Christians» o «Cristianos Renacidos»). Ante dicha negativa, el centro hospitalario solicita a la *High Court of Justice* una autorización para llevar a cabo la intervención.

⁷⁹⁸ Dice Sir Stephen Brown P.: «I wholly accept the evidence of the surgeon as to the desperate nature of this situation, and that I grant the declaration as sought, which will include provision for the neces-

of Justice en el asunto de referencia resulta sorprendente ante la ausencia en el *common law* de argumentos que la sustenten una vez que el *case law* ha reconocido la primacía del derecho del paciente a rechazar un tratamiento vital sobre el interés del Estado en la preservación de la vida y la prevalencia de los derechos de la madre gestante sobre los intereses (que no derechos) del feto.

En todo caso, hemos de advertir que el sentido del fallo en *In re S (adult: refusal of treatment)* en modo alguno es el habitual entre los tribunales británicos, sucediéndose tras él diversos pronunciamientos en los que el *case law* reconoce a la mujer gestante el derecho a rechazar una actuación médica de carácter vital. Como exponente de este posicionamiento podemos citar la decisión de la *Court of Appeal* en *Re MB (An Adult: Medical Treatment)*, [1997] 2 FCR 541 (*Court of Appeal*, 26.3.1997)⁷⁹⁹, en la que *obiter dicta* reconoce a la paciente embarazada el derecho a rechazar un tratamiento, aun cuando su omisión entrañe consecuencias fatales para el feto o para la madre. Sobre el particular, afirma Lady Justice Butle -Sloss:

«The law is, in our judgment, clear that a competent woman who has the capacity to decide may, for religious reasons, other reasons, or for no reasons at all, choose not to have medical intervention, even though, as we have already stated, the consequence may be the death or serious handicap of the child he bears or her own death. She may refuse to consent to the anaesthesia injection in the full knowledge that her decision may significantly reduce the chance of her unborn child being born alive. The foetus up to the moment of birth does not have any separate interests capable of being taken into account when a court has to consider an application for a declaration in respect of a Caesarean section operation. The court does not have the jurisdiction to declare that such medical intervention is lawful to protect the interests of the unborn child event at the point of birth.»

En igual sentido se pronuncia la *Court of Appeal* en el asunto *St. George's Healthcare N. H. S. Trust v. S., Regina v. Collins and others, ex parte S*, [1999] Fam. 26 (*Court of Appeal*, 7.5.1998)⁸⁰⁰, postulando el Tribunal el derecho de la madre gestante a rechazar un tratamiento de cuya omisión se pueden derivar graves consecuencias para la vida del feto, pues hasta el alumbramiento no adquiere éste existencia propia, prevaleciendo hasta entonces el derecho a la autonomía de la madre sobre los intereses del *nasciturus*.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el derecho del paciente adulto y capaz a rechazar una actuación médica de carácter vital se encuentra

sary consequential treatment in addition to the Caesarean operation.»

⁷⁹⁹ *Vid. supra*, nota al pie n. 787.

⁸⁰⁰ *Vid. supra*, nota al pie n. 788.

plenamente asentado en el *common law* del Reino Unido, no cercenándose tal derecho simplemente por tratarse el paciente de una mujer en estado de gestación. No obstante, el razonamiento argüido en ocasiones por los tribunales para fundamentar el juicio de incapacidad del paciente plantea ciertos reparos que abordamos de seguido.

3.2.2 Pautas para la determinación de la capacidad del paciente

Como regla de principio, reconocen los tribunales del Reino Unido el derecho a rechazar un tratamiento vital a todo paciente adulto y con capacidad suficiente, teniendo en cuenta que el grado de capacidad requerido para la toma de una cierta decisión depende de la gravedad de sus consecuencias⁸⁰¹ y que la valoración de dicha capacidad debe realizarse con independencia de la razonabilidad (e, incluso, de la existencia) de los motivos que arguya el paciente para justificar su decisión⁸⁰².

No obstante, si bien las pautas recién expuestas se aplican en la generalidad de los supuestos, el *case law* las matiza cuando el paciente se encuentra afectado por determinados factores temporales, como pueden ser el dolor, el *shock*, la confusión o el miedo. En tales situaciones, por lo general, si el paciente toma una decisión que el facultativo estima irrazonable por no ajustarse a la opción terapéutica prescrita, los tribunales identifican la irrazonabilidad de la decisión adoptada por el paciente con una merma en su capacidad derivada de la situación de estrés que le causan los aludidos factores temporales y, por consiguiente, niegan al paciente el ejercicio de su derecho a la autonomía. Esto supone, en puridad, que el juicio de capacidad del paciente constituye, en realidad, un juicio sobre la razonabilidad de su decisión o, con mayor simpleza aún, que la valoración de la capacidad del paciente se hace depender del contenido de la decisión por él adoptada. Este posicionamiento se observa de modo ostensible en el fallo de la *High Court of Justice en Rochdale Healthcare (NHS) Trust v. C*, [1997] 1 FCR 274 (*High Court of Justice*, 3.7.1996)⁸⁰³,

⁸⁰¹ Por todos, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security*, [1986] 1 A. C. 112 (*House of Lords*, 17.10.1985) y *Re MB (An Adult: Medical Treatment)*, [1997] 2 FCR 541 (*Court of Appeal*, 26.3.1997).

⁸⁰² *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All er 649 (*Court of Appeal*, 30.7.1992). El concepto de razonabilidad plantea una ingente problemática en su delimitación debido a la subjetividad ínsita al mismo, pues «what is reasonable to the doctor may not be reasonable to the patient» (Maclean, Alasdair Rhuairidh, *A critical... op. cit.*, p. 37).

⁸⁰³ Una mujer se encuentra en el hospital para dar a luz a su segundo hijo. El obstetra que la atiende le informa de la necesidad de practicar una cesárea para eludir el grave riesgo que para su propia vida y la

donde Johnson, J. autoriza la práctica de una cesárea en contra de la voluntad de la madre gestante, pese a que la capacidad de ésta para rechazar la intervención es avalada por el obstetra encargado de su asistencia. Sin embargo, el Tribunal estima, sin realizar un examen *ad hoc* de la paciente, que su capacidad para decidir se halla mermada por el dolor y estrés emocional propios de los momentos finales del parto y, consiguientemente, autoriza la intervención desatendiendo su voluntad. Del pronunciamiento de la *High Court of Justice* en el asunto de referencia se puede extraer una conclusión elemental: toda mujer que se encuentre en los últimos momentos del parto resulta por definición incapaz para otorgar el consentimiento informado, sin necesidad de realizar un juicio de capacidad *ad hoc* en aras de explorar las facultades intelectivas, cognitivas y volitivas que la concreta gestante presenta realmente. Ahora bien, ¿hubiese el Tribunal puesto en cuestión la capacidad de la paciente si ésta hubiera decidido someterse a la intervención? A nuestro parecer, la respuesta es un no rotundo; es la pretendida irracionalidad de la decisión adoptada por la paciente la que, automáticamente, determina el juicio de incapacidad.

Similar razonamiento arguye la *High Court of Justice* en *Re L (patient: non-consensual treatment)*, 35 BMLR 44 (*High Court of Justice*, 13.12.1996)⁸⁰⁴. En el asunto enjuiciado, Kirkwood J., tras autorizar la administración coactiva a una paciente de la anestesia requerida para practicarle una cesárea, justifica su decisión sobre la base de la incapacidad que a aquélla le produce su fobia a las agujas, entendiendo, en contra del parecer del obstetra encargado de la asistencia de la gestante y sin evaluar *ad hoc* su capacidad, que dicha fobia la inhabilita para sopesar la información necesaria a los efectos de adoptar una decisión⁸⁰⁵.

del feto conlleva el parto natural. Pese a ello, la gestante rechaza la intervención arguyendo que su primer hijo nació por cesárea y que de resultados de la misma sufrió fuertes dolores de espalda y alrededor de la cicatriz. De hecho, la paciente afirma incluso: «I would rather die than have a Caesarian section again.» El obstetra estima que la gestante tiene capacidad suficiente para rechazar la intervención; sin embargo, ante la urgencia con la que la cesárea es requerida, solicita a la *High Court of Justice* una autorización para poder realizarla aun en contra de la voluntad de la paciente.

⁸⁰⁴ L. es informada, tras ponerse de parto, de la necesidad de practicarle una cesárea debido a los graves riesgos que para su propia salud y la del feto entraña la continuación del parto por vía vaginal. La mujer, que desea que su bebé nazca sano, otorga su consentimiento para que la intervención se lleve a cabo, pero se niega a que le sea administrada la anestesia por vía intravenosa debido a su fobia a las agujas. La anestesia por inhalación se halla contraindicada en este caso por existir un riesgo del 50% de inhalación gástrica y del 60% de óbito de la madre gestante. El obstetra que asiste a la paciente avala su capacidad para rechazar la anestesia, si bien admite que la decisión de la gestante se halla influida por su fobia a las agujas. El centro hospitalario solicita a la *High Court of Justice* una autorización para administrar a L. la anestesia por vía intravenosa, aun en contra de su voluntad. Ante la urgencia con la que la cesárea es requerida, el Tribunal autoriza la administración de la anestesia y, una vez producido el parto, emite un fallo exponiendo los fundamentos de su decisión.

⁸⁰⁵ Al final de su pronunciamiento, señala Kirkwood J.: «Before delivering this judgment today I was informed by Mr Francis that L had been delivered of a healthy baby, that she was delighted with the outcome, and that she had expressed apology that she had caused many people so much trouble.» Del

En definitiva, en los supuestos comentados, los tribunales, aparentemente, cimientan la incapacidad del paciente en la situación de estrés en que pueda verse inmerso al tiempo de decidir. Sin embargo, en puridad, el motivo real que fundamenta la pretendida incapacidad del paciente es la irracionalidad de su decisión desde la perspectiva médica. Y es precisamente en este extremo en el que se centra nuestro reproche al posicionamiento de los tribunales en tales casos, pues, a nuestro modo de entender, la irracionalidad «médica» de la decisión, si bien puede valorarse por el profesional sanitario y el tribunal como un indicio de la incapacidad del paciente, en modo alguno debe considerarse como una prueba irrefutable en tal sentido⁸⁰⁶. Siendo el expuesto nuestro parecer, suscribimos sin reparo alguno la conclusión inferida por Maclean sobre el particular y expresada de modo magistral en los términos que siguen:

«The paternalistic reasoning that follows from assessing competence based on the actual decision relies on an illogical syllogism: an irrational decision is evidence of lack of competence to make that decision; being in labour may affect a woman's competence; if a woman in labour makes an irrational decision then she must lack the competence to make that decision. This argument is a *non-sequitur*, while both premises are arguably correct, the conclusion does not logically follow from them⁸⁰⁷.»

3.3 Régimen del rechazo al procedimiento médico vital en el *common law* de los Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América, los tribunales, ya en época muy temprana, reconocen al paciente adulto y con capacidad suficiente el derecho a rechazar un tratamiento de carácter vital, lo que no sorprende si tomamos en consideración que el *case law* norteamericano constituye la cuna de la doctrina del *informed consent*. Muestra de ello es la decisión del *Nassau County Supre-*

pronunciamiento dictado por la *High Court of Justice* parece deducirse que el juez utiliza la felicidad y arrepentimiento mostrados por la madre tras el parto como una prueba de la pretendida incapacidad que para decidir le causaba su fobia a las agujas. Bajo nuestro punto de vista, dicho razonamiento no puede ser admitido en modo alguno. Así, verbigracia, en un supuesto en el que un paciente rechaza una determinada actuación médica por temor a que alguno de los riesgos inherentes a la misma se materialice, si la intervención finalmente se le practica en contra de su voluntad y tiene un resultado exitoso, es altamente probable que el paciente se muestre feliz y agradecido. Sin embargo, no quiere ello decir que el miedo al resultado de la intervención hubiera mermado su capacidad para decidir ni que la realización coactiva del acto médico no haya vulnerado su derecho a la autonomía.

⁸⁰⁶ En la dirección apuntada por quien escribe se pronuncia Lady Justice Butler-Sloss, de la *Court of Appeal*, en *Re MB (An Adult: Medical Treatment)*, [1997] 2 FCR 541 (*Court of Appeal*, 26.3.1997): «Although it might be thought that irrationality sits uneasily with competence to decide, panic, indecisiveness and irrationality in themselves do not as such amount to incompetence, but they may be symptoms or evidence of incompetence.»

⁸⁰⁷ Maclean, Alasdair Rhuairidh, *A critical... op. cit.*, p. 38.

me Court en *In the Matter of George D. Erickson, as Superintendent of Meadowbrook Hospital of the County of Nassau, Petitioner, v. Jacob Dilgard et al., Respondents*, 44 Misc. 2d 27 (1962) (Nassau County Supreme Court, 1.10.1962)⁸⁰⁸. En este supuesto, el Tribunal se pronuncia en pro del derecho a la autonomía de un paciente que expresa su negativa a recibir una transfusión sanguínea sin la cual resulta altamente probable que fallezca. Literalmente, dice el Tribunal:

«the court concludes that it is the individual who is the subject of a medical decision who has the final say and that this must necessarily be so in a system of government which gives the greatest possible protection to the individual in the furtherance of his own desires.»

Tras éste, se suceden los pronunciamientos en los que los tribunales reiteran el derecho del paciente adulto y capaz a declinar un tratamiento de carácter vital, si bien añadiendo una condición: la decisión autónoma del paciente debe ponderarse con diversos intereses del Estado, de suerte que únicamente cuando exista algún interés estatal prevalente (*compelling State interest*) está justificada la intervención del Estado mediante la imposición coactiva de un tratamiento médico. Éste es el posicionamiento adoptado por la *Supreme Court of Illinois* en *In re Estate of Bernice Brooks, Alleged Incompetent, Margaret I. Aste et al., Appellees, v. Bernice Brooks et al., Appellants*, 32 Ill. 2d 361 (1965), 205 N. E. 2d 435 (*Supreme Court of Illinois*, 18.3.1965)⁸⁰⁹, donde el Tribunal postula que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ampara el derecho de todo individuo a su libertad religiosa y al ejercicio de la misma, quedando legitimada la intervención del Estado cuando dicho ejercicio conlleve un peligro manifiesto y actual para la salud pública, el bienestar o la moral, circunstancia que el Tribunal no estima concurrente en el supuesto en-

⁸⁰⁸ El Sr. Jacob Dilgard es ingresado en un centro hospitalario, donde se le diagnostica una hemorragia gastrointestinal superior. El equipo médico recomienda al paciente su sometimiento a una intervención dirigida a sellar la zona de sangrado y la administración de una transfusión sanguínea. El Sr. Dilgard, si bien consiente la intervención, se niega a ser transfundido pese a ser informado de las ínfimas posibilidades que existen de superar el postoperatorio si no se le administra la transfusión prescrita. El equipo médico avala la capacidad del paciente para decidir.

⁸⁰⁹ Bernice Brooks es ingresada en el *McNeal General Hospital* (Chicago), donde se le diagnostica una úlcera digestiva. La paciente es informada de que necesita una transfusión sanguínea, a la que se niega alegando motivos religiosos (es testigo de Jehová), habiendo incluso firmado, junto a su marido, un documento por el que liberan al centro hospitalario de la responsabilidad civil que pueda derivarse de la no administración a la paciente de la transfusión sanguínea requerida en atención a su estado de salud. La situación clínica de la Sra. Brooks continúa empeorando, hasta el extremo de perder la capacidad para decidir personalmente. Ante esta situación, el centro hospitalario y algunas autoridades públicas solicitan a la *Circuit Court of Cook County* que nombre un *guardian* a la paciente para que autorice en su nombre la transfusión sanguínea. El Tribunal accede a las pretensiones de los demandantes y, tras ser transfundida, la Sra. Brook y su esposo recurren la decisión de primera instancia ante el *Supreme Court of Illinois*.

juiciado. Asimismo, el derecho del paciente a rechazar un tratamiento vital puede limitarse también en atención a los intereses de sus hijos menores de edad o del feto, si la paciente está embarazada⁸¹⁰.

Por su parte, la *Nassau County Supreme Court*, en *In the Matter of Winthrop University Hospital, Petitioner, v. Susan Hess, Respondent*, 128 Misc.2d 804, N. Y. Misc. 1985 (*Nassau County Supreme Court*, 25.6.1985)⁸¹¹, pondera el derecho de una paciente a rechazar una transfusión sanguínea de carácter vital con los intereses de sus dos hijos menores, autorizando finalmente la administración coactiva de la transfusión cuando sea necesaria para salvar la vida de la paciente como medida de protección de sus hijos menores de edad⁸¹².

Ahora bien, no siempre que el paciente tenga hijos menores de edad se legitima la intervención del Estado a través de una actuación médica coactiva. Así, en *In the Matter of Charles P. Osborne*, 294 A.2d 372, 1972 D. C. App LEXIS 252 (*District of Columbia Court of Appeals*, 31.8.1972)⁸¹³, la

⁸¹⁰ Vid. también *In the Matter of Kathleen Melideo, Respondent*, 88 Misc.2d 974, N. Y. Misc. 1976 (*Suffolk County Supreme Court*, 9.12.1976).

⁸¹¹ Susan Hess, casada y madre de dos hijos menores de edad, es ingresada en el *Winthrop University Hospital* por las dolencias causadas por unas piedras que alberga en el riñón. El equipo médico que atiende a la paciente le prescribe una intervención quirúrgica destinada a extraer tales piedras. La Sra. Hess consiente la operación, pero se niega a que, en caso de ser necesario, se le administre una transfusión sanguínea o hemoderivados, arguyendo motivos religiosos (es testigo de Jehová). El centro hospitalario solicita a los tribunales una autorización para, en caso de resultar necesario para salvar la vida de la paciente, administrarle una transfusión sanguínea o productos derivados de la sangre.

⁸¹² Vid. también *Hamilton v. McAuliffe*, 277 Md. 336 (1976), 353 A.2d 634 (*Court of Appeals of Maryland*, 22.3.1976) e *In re Matter of Patricia Dubreuil*, 603 So.2d 538 (1992) (*Court of Appeal of Florida*, 8.7.1992). Con relación a este último asunto, sostiene Newkirk : «The driving force behind the Dubreuil court's decision may well be the concept of a mother's duty to her baby. If this duty is so great that it outweighs the constitutional right to freedom of religion, privacy, and personal autonomy, then using this concept of duty to require a mother to undergo fetal surgery is not a big step. If a mother's constitutional rights to follow her religious beliefs, to refuse medical care, and to die do not outweigh the state's interest in preventing a child from being abandoned, how do these rights effect a state's interest in compelling fetal surgery? The court's logic is flawed. If a mother may freely choose to «abandon» her baby after birth by placing it for adoption, the court should not be able to deny a mother's constitutional rights in order to prevent her children from being placed for adoption after her death» –Newkirk , Krista L., «State-compelled fetal surgery: the viability test is not viable», *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 4, n. 2, artículo 4, 1998, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1264&context=wmjowl> (última consulta el 10.1.2018), p. 490–.

⁸¹³ Charles P. Osborne, de treinta y cuatro años de edad, es ingresado en un centro hospitalario, con heridas y una hemorragia interna causadas por la precipitación de un árbol sobre él. El equipo médico prescribe al paciente una transfusión sanguínea, a la que éste se niega reiteradamente sobre la base de sus creencias religiosas. El centro hospitalario solicita a la *Superior Court of the District of Columbia* una autorización para administrar coactivamente la transfusión sanguínea. Sin embargo, Judge Bacon, tras estimar que el paciente presenta las condiciones de capacidad suficientes para rechazar la transfusión, desestima las pretensiones de los demandantes. Asimismo, la jueza entiende que no está legitimada la intervención del Estado como medida de protección de los dos hijos menores de edad del paciente pues, en caso de producirse su fallecimiento, su esposa y familiares se encargarían de cubrir las necesidades de su prole. La decisión de primera instancia es objeto de recurso ante la *District of Columbia Court of Appeals*.

District of Columbia Court of Appeals no autoriza la administración a un paciente de una transfusión sanguínea en contra de su voluntad al estimar que no existe interés alguno del Estado que legitime su intervención, pues, si bien es cierto que el paciente tiene dos hijos menores de edad, de fallecer aquél su esposa y familiares se encargarían de satisfacer las necesidades de su descendencia⁸¹⁴.

Por último, la *Supreme Court of Mississippi*, en *In re Brown*, 478 So.2d 1033 (1985), Misc. No. 1954 (*Supreme Court of Mississippi*, 30.10.1985)⁸¹⁵, tampoco estima legitimada la administración coactiva de una transfusión sanguínea vital a una paciente adulta y con capacidad suficiente que la rechaza por motivos religiosos, siendo dos los fundamentos esenciales en los que el Tribunal sustenta su fallo. De un lado, únicamente puede intervenir el Estado limitando el derecho de un paciente a la intimidad y a la libertad religiosa (derechos que amparan su decisión de rechazar un tratamiento vital) cuando su ejercicio entrañe un peligro público grave e inminente, circunstancia que el Tribunal no estima concurrente en el supuesto enjuiciado. De otro, el interés del Estado en la supervivencia de un paciente cuyo testimonio resulta esencial para poder enjuiciar a otra persona, no legitima la aplicación coactiva de un procedimiento médico no consentido⁸¹⁶.

⁸¹⁴ En igual sentido, *St. Mary's Hospital, Appellant, v. Mark Rampsey, Appellee*, 465 So.2d 666 (1985) (*Court of Appeal of Florida*, 27.3.1985); *Public Health Trust of Dade County v. Wons*, 541 So.2d 96 (*Supreme Court of Florida*, 16.3.1989) y *The Stamford Hospital v. Nelly E. Vega*, 236 Conn. 646 (1996) (*Supreme Court of Connecticut*, 16.4.1996).

⁸¹⁵ El 25 de agosto de 1985, Mattie Brown, de cuarenta y siete años de edad, es ingresada en el *Hinds General Hospital* (Jackson, Misisipi) con una herida por causa de un disparo recibido. La vida de la paciente depende de su sometimiento a una intervención quirúrgica que implica la administración de una transfusión sanguínea. No obstante, la Sra. Brown, si bien consiente la intervención, rechaza ser transfundida por razones religiosas. Su hija, Andrea Ruby Brown, de veinte años, es acusada de asesinar a su padre por envenenamiento y de atentar contra la vida de su madre en el tiroteo en el que ésta resulta herida. Siendo la Sra. Brown la única testigo visual de los hechos, las autoridades locales solicitan a la *Chancery Court of Hinds County* una autorización para transfundirla en caso de ser requerido para salvar su vida; las autoridades pretenden evitar que la Sra. Brown fallezca antes de que tenga lugar el juicio contra su hija, habida cuenta de la relevancia de su testimonio como único testigo visual de los hechos. En primera instancia, el Tribunal accede a las pretensiones de las autoridades y, finalmente, la paciente es transfundida. Tras la intervención, la Sra. Brown recurre la decisión de la *Chancery Court of Hinds County* ante la *Supreme Court of Mississippi*.

⁸¹⁶ En contra del parecer mayoritario del Tribunal se pronuncia Hawkins J.: «I fully adhere to a person's Constitutional right to refuse a blood transfusion on the ground of religious conviction, even though the refusal is life threatening. When, however, that person is a vital witness to a serious crime, the State's right to see that she receives adequate medical treatment to assure her attendance and testimony at trial may very well override her personal religious conviction. She then has no more right to refuse adequate medical treatment than she would have the right to refuse to testify as a witness. The State's right to compel her testimony carries with it the right to take proper medical safeguards to see that she is able to testify. If the proposed treatment was in any way doubtful or questionable, we might have another matter. For the purposes set forth in the majority opinion, such is not the case here.»

De los pronunciamientos comentados en las líneas precedentes podemos colegir una conclusión evidente, a saber, los tribunales en los Estados Unidos de América reconocen al paciente adulto y capaz el derecho a rechazar un procedimiento médico de carácter vital. No obstante, tal derecho no es absoluto, sino que, por el contrario, su ejercicio se entiende legítimo siempre que no exista ningún interés estatal prevalente.

3.3.1 Derecho de la paciente en estado de gestación a rechazar un procedimiento vital: un asunto controvertido

La cuestión planteada en el presente apartado constituye un manifiesto exponente de la dificultad ínsita a la aproximación a cualquier temática desde el prisma del *case law* norteamericano, habida cuenta de la multitud de jurisdicciones distintas que concurren en los Estados Unidos de América y la inexistencia en todos los casos de un pronunciamiento federal que uniformice la doctrina judicial sobre el particular. De esta suerte, con relación al derecho de la paciente embarazada a rechazar un tratamiento de carácter vital, los tribunales estatales oscilan entre la protección de los derechos de la madre gestante y la defensa de ciertos intereses estatales que legitiman la intervención del Estado a través de una asistencia médica coactiva.

Así, en *In re Baby Doe, a fetus (The People of the State of Illinois, Plaintiff-Appellant, v. Mother Doe, Defendant-Appellee)*, 632 N. E.2d 326 (1994), 260 Ill. App.3d 392, 198 Ill Dec. 267 (Appellate Court of Illinois, 5.5.1994)⁸¹⁷,

⁸¹⁷ El 24 de noviembre de 1993, la Sra. Doe, embarazada de treinta y cinco semanas, es examinada por primera vez de su embarazo. Tras realizarle una serie de pruebas, el Dr. Meserow informa a la paciente de que el feto no está recibiendo una cantidad suficiente de oxígeno y le prescribe la práctica de una cesárea o, alternativamente, la inducción del parto. La Sra. Doe, sin embargo, rechaza ambos cursos de acción pues, arguyendo motivos de índole religiosa, desea que el parto se desarrolle de forma natural. El 8 de diciembre de ese mismo año, el Dr. Meserow, tras examinar de nuevo a la Sra. Doe, le informa de que, si no se lleva a cabo de inmediato una cesárea, existe una elevada probabilidad de que el feto nazca muerto o con graves daños, pese a lo cual la paciente vuelve a rechazar la intervención. Ese mismo día, las autoridades locales solicitan a la *circuit court* que se nombre al feto un tutor según lo previsto en la *Juvenile Court Act*. Sin embargo, el Tribunal rechaza las pretensiones de los demandantes al estimar que el feto no puede entenderse «menor» a los efectos de la *Juvenile Court Act*. Asimismo, la *circuit court* declara el carácter irrecurrible de su decisión. Por ello, el *Public Guardian* del *Cook County* solicita al *Illinois Supreme Court* permiso para apelar la decisión de primera instancia y, tras ser desestimada su pretensión, acude al *United States Supreme Court* solicitando la devolución del asunto a la *circuit court*, siendo de nuevo denegatorio el pronunciamiento judicial. Finalmente, el 29 de diciembre de 1993, la Sra. Doe da a luz de forma natural a un bebé sano. Tras el alumbramiento, la *American Civil Liberties Union* (ACLU), solicita a la *Appellate Court of Illinois* que se pronuncie sobre la cuestión planteada en el presente supuesto en aras de informar a la *Circuit Court of Illinois* sobre el modo de proceder que ha de seguir de producirse en el futuro una situación similar.

la *Appellate Court of Illinois*, tras ponderar el derecho de la madre gestante a rechazar un tratamiento con diversos intereses estatales en juego (concretamente, los intereses del Estado en la preservación de la vida, en la prevención del suicidio, en la protección de terceras personas y en el mantenimiento de la integridad de la profesión médica), resuelve que una paciente embarazada tiene derecho a rechazar una cesárea cuya realización resulta esencial para que el feto nazca con vida. No obstante, estima el Tribunal que, si la actuación requerida para salvar la vida del feto es una transfusión sanguínea, al tratarse de un «relatively noninvasive and risk-free procedure», la intervención del Estado sí está legitimada.

No obstante, tres años después, en *In re Fetus Brown (The People of the State of Illinois, Petitioner-Appellee, v. Darlene Brown, Respondent-Appellant, and The Public Guardian of Cook County, Respondent-Appellant/Cross-Appellee)*, 689 N. E.2d 397 (*Appellate Court of Illinois*, 31.12.1997)⁸¹⁸, el mismo Tribunal modifica su doctrina al avalar el derecho de una paciente embarazada a rechazar una transfusión sanguínea necesaria para salvar la vida del feto, incluso aun siendo este viable⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Darlene Brown, embarazada de treinta y cuatro 3/7 semanas, es ingresada en el *Ingalls Memorial Hospital* (Harvey, Illinois) para someterse a una intervención quirúrgica, sin que la paciente informe al cirujano encargado de practicar la operación de su negativa a recibir una transfusión sanguínea por ser testigo de Jehová. La operación se inicia y, en el curso de la misma, la Sra. Brown pierde más sangre de la prevista, ordenando el cirujano tres unidades de sangre para transfundírselas a la paciente. Sin embargo, al llegar la sangre al quirófano, la Sra. Brown se niega a ser transfundida. Los médicos, que estiman que la paciente tiene capacidad suficiente para decidir, respetan su decisión y emplean otras técnicas alternativas encaminadas a frenar la hemorragia que sufre la paciente. Al finalizar la cirugía, la Sra. Brown ha perdido una gran cantidad de sangre y su nivel de hemoglobina sigue desplomándose, pese a los intentos del cirujano de elevarlo mediante procedimientos médicos alternativos aceptados por los Testigos de Jehová, existiendo un elevado riesgo de fallecimiento tanto del feto como de la madre gestante. Ante esta dramática situación, el Estado solicita a la *circuit court* que se nombre al feto un tutor para que autorice en su nombre la administración de cuantas transfusiones sanguíneas sean requeridas para salvar la vida de la paciente. El Tribunal accede a las pretensiones del demandante y, finalmente, la Sra. Brown es transfundida en varias ocasiones entre el 28 y el 29 de junio de 1996, dando a luz el 1 de julio a su hijo. Tras el alumbramiento, la *circuit court* deja sin efecto la orden temporal de custodia del feto. No obstante, tanto la Sra. Brown como el *Public Guardian* del *Cook County* recurren ante la *Appellate Court of Illinois* la decisión de primera instancia por la que se autoriza la transfusión.

⁸¹⁹ La doctrina sobre la viabilidad del feto la establece, con relación al aborto, la *United States Supreme Court* en *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (*United States Supreme Court*, 22.1.1973). Se trata de un pronunciamiento emblemático en el que la instancia judicial superior en los Estados Unidos de América establece que el momento determinante para la protección del feto es su viabilidad. De esta suerte, la *United States Supreme Court* declara que, sólo cuando el feto es viable, prevalece el interés del Estado en la preservación de su vida sobre la voluntad de la madre gestante de interrumpir el embarazo. No obstante, la *Appellate Court of Illinois* estima en *In re Fetus Brown* que la doctrina de la viabilidad es concebida para los supuestos de aborto y que, en consecuencia, no resulta aplicable para la protección del feto cuando la madre gestante no desea interrumpir el embarazo, sino rechazar un tratamiento necesario para que el feto nazca con vida. En sentido opuesto se pronuncia la *Supreme Court of Georgia* en *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority et al. in the best interest of John or Mary Doe, a thirty-nine week old unborn child*, 247 Ga. 86 (1981), 274 S. E.2d 457 (*Supreme Court of Georgia*, 3.2.1981) y la *Superior Court*

En dirección opuesta se pronuncia la *Supreme Court of New Jersey*, en *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital and Ann May Memorial Foundation in the Town of Neptune, New Jersey, Generally Known as the Fitkin Memorial Hospital, Plaintiff-Appellant, v. Willimina Anderson and Stuart Anderson, her Husband, Defendants-Respondents*, 42 N. J. 421 (1964), 201 A.2d 537 (*Supreme Court of New Jersey*, 19.6.1964)⁸²⁰, afirmando el Tribunal que, al no ser posible la separación del bienestar de la madre y del feto, «[t]he blood transfusions (including transfusions made necessary by the delivery) may be administered if necessary to save her life or the live of her child»⁸²¹.

Finalmente, en el Estado de Columbia, los tribunales reconocen el derecho de la paciente embarazada a rehusar un tratamiento vital, si bien legitiman la intervención del Estado cuando concurren razones extraordinarias o prevalentes que justifiquen la asistencia médica coactiva. De esta suerte, la *District Columbia Court of Appeals* estima que dichas razones extraordinarias no concurren en *In re AC*, 573 A.2d 1235 (1990) (*District of Columbia Court of Appeals*, 26.4.1990)⁸²², mientras que la *Superior Court of the District of Columbia*, en *In re Madyun*, 114

of the District of Columbia in *In re Madyun*, 114 *Daily Wash. L. Rptr.* 2233 (*D. C. Super. Ct. July 26, 1986*) (*Superior Court of the District of Columbia*, 7.7.1986). En la doctrina, se muestra en contra de la aplicación de la viabilidad como criterio determinante de la protección del feto frente al derecho de la madre gestante a rechazar un tratamiento Newkirk, Krista L., «State-compelled fetal...» *op. cit.*, p. 498.

⁸²⁰ Willimina Anderson, embarazada de treinta y dos semanas, se niega a recibir una transfusión sanguínea arguyendo su pertenencia a los Testigos de Jehová, pese a ser informada de que, con toda probabilidad, sufrirá, durante la gestación, una hemorragia que hará necesaria dicha transfusión para salvar su propia vida y la del feto. Ante dicha negativa, el centro hospitalario solicita a la *Chancery Division of the Superior Court* una autorización para transfundir a la paciente en caso de ser necesario. El Tribunal rechaza tal pretensión en un pronunciamiento recurrido por el hospital ante el *Supreme Court of New Jersey*. Pese a ser informado del abandono del hospital por la paciente, en contra de las recomendaciones del equipo médico, el Tribunal estima de relevancia emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, habida cuenta de la alta probabilidad de que un supuesto similar vuelva a producirse.

⁸²¹ Vid. también *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority et al. in the best interest of John or Mary Doe, a thirty-nine week old unborn child*, 247 Ga. 86 (1981), 274 S. E.2d 457 (*Supreme Court of Georgia*, 3.2.1981) e *In the Matter of Jamaica Hospital*, 128 Misc.2d 1006 (*N. Y. Misc. 1985*) (*New York Supreme Court*, 22.4.1985).

⁸²² A. C., embarazada de treinta y seis semanas y media, es diagnosticada de un tumor que le invade casi por completo el pulmón derecho. Hallándose ingresada en el *George Washington Hospital*, la paciente es informada de que el cáncer se encuentra en fase terminal y se le propone la aplicación de un tratamiento paliativo en aras de aliviar su sufrimiento y alargar su vida al menos hasta las veintiocho semanas de gestación en la búsqueda de una mayor probabilidad de supervivencia del feto. Si bien al principio la paciente consiente el tratamiento, se muestra progresivamente más reticente. El equipo médico le propone entonces someterse a una cesárea, pero A. C. rechaza dicha intervención. Ante esta negativa, el centro hospitalario solicita a la *trial court* una autorización para realizar la cesárea aun en contra de la voluntad de la paciente. En primera instancia, el Tribunal ordena la práctica de la cesárea, decisión recurrida por A. C. ante la *District Columbia Court of Appeals*, que desestima el recurso. Finalmente, la cesárea se lleva a cabo y nace una niña que, sin embargo, fallece a las pocas horas. Dos días después se produce el deceso de A.C. por efecto del cáncer que padece. Tras el fallecimiento de la paciente, se interpone en su representación una nueva acción ante la *District Columbia Court of Appeals* en solicitud de un pronunciamiento que declare la ilegalidad de la conducta del hospital al intervenirla coactivamente.

Daily Wash. L. Rptr. 2233 (*D. C. Super. Ct. July 26, 1986*) (*Superior Court of the District of Columbia, 7.7.1986*), considera prevalente el interés del Estado en la protección del feto viable sobre los derechos de la madre gestante⁸²³.

3.4 Conclusiones comparativas

Estudiado el régimen jurídico del rechazo al tratamiento o intervención en los ordenamientos jurídicos español, británico y estadounidense, podemos concluir que los tres sistemas comparten, *grosso modo*, la idea de que un paciente puede rechazar un procedimiento médico de carácter vital cuando reúna las suficientes condiciones de capacidad natural para ello, si bien con una diferencia fundamental: en el *common law*, los tribunales establecen un límite a la capacidad decisoria del paciente, a saber, la existencia de un interés estatal prevalente. Sin embargo, quien escribe estima, en coherencia con la solución adoptada en nuestro Derecho patrio, que, cuando el paciente sea juzgado capaz, su decisión de rechazo debe ser respetada en todo caso, sin que pueda anteponerse a su voluntad interés estatal alguno (ya consista éste en la preservación de la vida, la prevención del suicidio, la protección de terceras personas o el mantenimiento de la integridad de la profesión médica), siendo éste el único posicionamiento respetuoso con la autonomía de la voluntad del paciente, erigido en principio básico de la LAP (artículo 2.1).

4. INEFICACIA DE LA REVOCACIÓN Y EL RECHAZO: PROCEDIMIENTOS MÉDICOS OBLIGATORIOS POR RAZONES DE SALUD PÚBLICA

No podemos dar por finalizado el presente capítulo sin incluir una somera referencia a las situaciones en las que la voluntad revocatoria o de rechazo del paciente resulta ineficaz. Evidentemente, nos referimos a los supuestos en los que la omisión del procedimiento médico implique un riesgo para la salud pública, quedando entonces los facultativos, *ex* artículo 9.2.a) LAP, legitimados para realizar

⁸²³ Ayesha Madyun, de diecinueve años de edad y embarazada de su primer hijo, llega al *D. C. General Hospital* el 25 de julio de 1986, aproximadamente a las dos menos cuarto de la madrugada, presentando la membrana rota desde unas cuarenta y ocho horas antes y con siete centímetros de dilatación. Ante la ausencia de avance natural del parto, el equipo médico prescribe a la paciente la práctica de una cesárea a la que ésta se niega por motivos religiosos. Ante el persistente rechazo a la cirugía, el centro hospitalario solicita a la *Superior Court of the District of Columbia* una autorización para llevar a cabo la intervención en contra de la voluntad de la paciente.

las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su previo consentimiento⁸²⁴. Es este el posicionamiento postulado por comentarios oficiales al artículo IV. C.-8:108 DCFR al afirmar

«This right to withdraw from or to refuse treatment can, however, be limited by *lex specialis* of a public law nature in particular situations, such as compulsory vaccination, mental health regulations, compulsory treatment of highly infectious diseases which pose a public health problem (tuberculosis, leprosy, SARS, etc.) and other circumstances where the public interest prevails over individual rights⁸²⁵.»

Igual conclusión se deriva del artículo 29 Ley 8/2003 de Castilla y León, según el cual:

«El respeto a las decisiones adoptadas sobre la propia salud no podrá en ningún caso suponer la adopción de medidas contrarias a las leyes. A estos efectos, todos los centros, servicios y establecimientos observarán con especial diligencia las previsiones contenidas en la legislación relativa a medidas especiales en materia de Salud Pública, así como las previsiones legales que regulan las intervenciones clínicas indispensables en supuestos de riesgo inmediato y grave para la integridad del paciente⁸²⁶.»

A modo de resumen, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce al paciente adulto y con capacidad suficiente el derecho a rechazar un procedimiento médico (incluso de carácter vital) o a revocar el consentimiento previamente otorgado para su realización, el profesional sanitario puede desoír la voluntad del paciente en tal sentido cuando existan razones de salud pública que justifiquen su actuación

⁸²⁴ Vid. *supra*, apartado 5.1 del capítulo tercero de nuestra obra.

⁸²⁵ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario C (*Preferred option*), p. 1994.

⁸²⁶ En igual sentido, Ley 3/2001 de Galicia (artículo 3.3); Ley 3/2005 de Extremadura (artículos 16 y 26.1) y Ley 5/2010 de Castilla-La Mancha (artículo 15). Por su parte, el artículo 8.2 Ley de Muerte Digna de Andalucía reconoce al paciente el derecho a revocar el consentimiento informado emitido respecto de una concreta intervención, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.1.ñ) Ley 2/1998 de Andalucía. Este último precepto regula los supuestos en que el profesional sanitario queda legitimado para actuar sin el previo consentimiento informado del paciente, a saber, cuando exista un riesgo para la salud pública o un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona enferma no siendo posible conseguir su autorización. No obstante, pese a que la Ley de Muerte Digna de Andalucía se remite por completo al antedicho precepto, únicamente puede excepcionarse el derecho del paciente a revocar un consentimiento previo cuando la omisión del acto médico entrañe un riesgo para la salud pública. Por su parte, en las situaciones de emergencia debe respetarse la voluntad del paciente de revocar un consentimiento previo o rechazar la actuación médica prescrita siempre, evidentemente, que reúna las condiciones suficientes de capacidad para adoptar tal decisión. Tenor similar a la legislación andaluza presentan la Ley de Muerte Digna de Aragón (artículo 8.2); Ley de Muerte Digna de Canarias (artículo 8.2) y Ley de Muerte Digna de Islas Baleares (artículo 8.2).

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. REQUISITOS ESENCIALES: DAÑO, NEXO DE CAUSALIDAD Y NEGLIGENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Habiendo estudiado la regulación del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español, nos resta en lo sucesivo abordar el análisis del régimen de responsabilidad civil derivada del incumplimiento por el profesional sanitario de las obligaciones que le incumben en sede de consentimiento del paciente.

El estudio de la responsabilidad civil por omisión del consentimiento informado del paciente debe partir del inexorable apercibimiento sobre la existencia de diversos tipos de responsabilidad civil –contractual, extracontractual (por hecho propio y ajeno) y patrimonial de la Administración Pública–, cada uno de los cuales presenta unas especialidades propias que estudiamos en el capítulo que sigue. No obstante, las mencionadas modalidades de responsabilidad comparten tres requisitos básicos y esenciales cuya satisfacción resulta obligada al objeto de que pueda el paciente verse resarcido, a saber, el daño, el nexo de causalidad y la culpa o negligencia; en otros términos, la responsabilidad del profesional sanitario por omisión del consentimiento informado exige en todo caso la acreditación de una conducta culposa o negligente del profesional sanitario causante de un daño al paciente. Es precisamente al examen detallado de la antedicha tríada de requisitos al que dedicamos el presente capítulo de nuestra obra.

2. DAÑO

En coherencia con la finalidad resarcitoria (y no sancionadora) que, a diferencia de la penal, persigue la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico, constituye el daño uno de sus presupuestos fundamentales, como demuestran de modo ostensible los artículos 1101, 1902 y 1903 CC y 32 LRJSP. No obstante, en la específica esfera de la responsabilidad civil por omisión del consentimiento informado del paciente, la delimitación del concreto daño que ha de resultar indemnizado no se presenta pacífica, pudiendo distinguirse en la jurisprudencia diversos posicionamientos con relación al daño que para el paciente se deriva de la realización sobre su cuerpo de un acto médico no legitimado por su consentimiento informado, de cuyo análisis nos ocupamos en las líneas que siguen.

2.1 Secuelas personales derivadas de la actuación médica

Un sector de nuestra jurisprudencia postula que, cuando un profesional sanitario realiza una actuación médica sin contar con el previo consentimiento informado del paciente, éste puede verse resarcido de los daños corporales (físicos y psíquicos) sufridos de resultas de aquélla. Evidentemente, nos referimos a supuestos en los que el procedimiento médico no consentido se realiza con arreglo a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, pues, en caso contrario, la indemnización de las secuelas que para el paciente se derivan de la actuación médica negligentemente practicada se deriva de la simple aplicación del régimen de responsabilidad por culpa del facultativo en su actuación. Sin embargo, en los supuestos ahora analizados, el procedimiento médico es realizado técnicamente con la diligencia exigida por la buena praxis, si bien el actuar del profesional sanitario no está legitimado por el previo consentimiento informado del paciente. Por ello, un sector de nuestra jurisprudencia, estima que el galeno (o la Administración Pública, en su caso) debe responder por los daños que se deriven de la actuación médica no consentida y que dimanen de la materialización de un riesgo que, pese a integrar la información asistencial que se ha de entregar al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento, no le ha sido advertido y, en consecuencia, no ha asumido («teoría del desplazamiento del riesgo»⁸²⁷)⁸²⁸. Este posicionamiento, que se sustenta en la consideración jurídi-

⁸²⁷ Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, p. 145.

⁸²⁸ Abundando en esta línea, postula Sánchez González : «El acto médico, habitualmente, genera unos riesgos: aún [sic] empleándose la más correcta técnica profesional, pueden llegar a producirse unos

ca del consentimiento informado, no como un derecho del paciente que pretende la protección de su autonomía personal, sino como un deber del médico que ha de cumplir en el desarrollo de su actividad curativa⁸²⁹, es el adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de junio de 2006⁸³⁰, que condena a un cirujano, sobre la base de una insuficiente información asistencial, a indemnizar al paciente las secuelas físicas y psíquicas derivadas de una intervención quirúrgica de rodilla realizada de modo diligente:

«no consta que al paciente se lo [sic] informase de la posibilidad de esas complicaciones que pueden surgir de la actuación de una intervención quirúrgica en la rodilla a que se refiere el perito judicial en su informe. Ante esta falta de una información exhaustiva y suficiente de los riesgos que entrañaba la intervención quirúrgica a que fue sometido el demandante, es evidente la conculcación por el médico de ese deber, por lo que el motivo ha de ser estimado.

[...] Asumida por esta Sala de instancia procede [...] estimar la demanda y condenar al demandado don Luis María a indemnizar a don Marco Antonio los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de a [sic] intervención quirúrgica a éste practicada, cuya cuantificación se llevará a cabo en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta la edad y demás circunstancias personales del demandante y la entidad de las lesiones físicas y psíquicas consecuencia de aquella intervención, que constan en autos⁸³¹.»

resultados no deseados. Ahora bien, desde el momento en que el paciente, que es debidamente informado de los mismos, los asume mediante la prestación de su consentimiento, se exonera al facultativo de toda su responsabilidad en relación a los mismos» (Sánchez González, María Paz, *La impropiedad...* *op. cit.*, p. 109).

⁸²⁹ Martín Tejedor, Juan Antonio, «La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Juane Sánchez, Miguel (coord.), Universidad da Coruña, 1999, p. 695.

⁸³⁰ RJ 2006\5554; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda.

⁸³¹ *Vid.* también SSTS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\3323; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7531; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García) y 4 de mayo de 2010 (RJ 2010\4780; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Málaga de 4 de abril de 1995 (AC 1995\1037; Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas) y STSJ Navarra de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8991; Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Abárzuza Gil). Es éste el posicionamiento adoptado igualmente por el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n. 115/2006, de 6 de abril de 2006, donde afirma: «Consecuentemente, el daño que se ha infligido a la paciente ha de ser calificado como antijurídico, pues la ausencia del consentimiento previo supone la no asunción por su parte del riesgo inherente a la operación. Por esta exclusiva circunstancia este Consejo considera acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por la paciente, de tal forma que existe responsabilidad patrimonial de la Administración.» *Vid.* también Dictámenes nn. 325/2004, de 28 de octubre de 2004; 381/2004, de 21 de diciembre de 2004; 127/2005, de 26 de abril de 2005; 166/2005, de 19 de mayo de 2005; 193/2005, de 9 de junio de 2005; 257/2005, de 14 de julio de 2005 y 285/2005, de 27 de julio de 2005.

En la misma línea se posiciona el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su pronunciamiento de 27 de octubre de 2001⁸³², que condena a un dentista a indemnizar las lesiones físicas sufridas por el paciente tras serle extraída, de modo diligente, pero sin su consentimiento informado, una pieza dental. Habida cuenta de su envidiable claridad expositiva, juzgamos oportuna, pese a su dilatada extensión, la transcripción literal de un fragmento de la antedicha sentencia:

«el riesgo inevitable, aunque típico y, en esa medida, previsible, ha de ser consciente y libremente asumido por el paciente para que el daño en que eventualmente pueda traducirse quede extramuros de la responsabilidad civil. El consentimiento informado no libera de responsabilidad al médico por los riesgos derivados de una actuación inadecuada, pero sí de los demás inherentes a ella e inevitables en una concreta prestación. De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento. La falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de estos riesgos por el facultativo (SS. 23 abril 1992 y 26 de septiembre 2000, del Tribunal Supremo y 6 marzo 1996, de este Tribunal Superior de Justicia) y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.

Así pues, para que puede [sic] declararse la responsabilidad civil médica por la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado es preciso que el paciente haya sufrido, como consecuencia de una intervención médica, correctamente realizada, un daño de cuya eventual producción no hubiera sido informado con carácter previo al consentimiento requerido para el acto, pese a constituir su acaecimiento un riesgo típico o inherente a ella en una razonable representación de sus previsible consecuencias. En definitiva, la apreciación de la expresada responsabilidad civil exige el concurso de los siguientes requisitos:

a) Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de responsabilidad civil. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

b) Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. Su exigencia no constituye sino manifestación de la necesaria relación de causalidad que es asimismo presupuesto de la responsabilidad civil. El daño no sólo ha de mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención, sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado pre-

⁸³² RJ 2002\1079; Ponente: Illmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui.

viamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acacimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 del Código Civil); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información al paciente.

c) Que del riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención. Como antes se ha dicho es la omisión del consentimiento previa y suficientemente informado de los riesgos típicos la que determina su asunción por el médico responsable. Tratándose de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es a este respecto suficiente, aunque al consentimiento hubiera precedido la información de otros posibles riesgos.

d) Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio. En caso contrario, será apreciable la responsabilidad, pero por culpa o negligencia en la actuación o en la organización del servicio y no por el título de imputación a que este examen se contrae.»

En definitiva, con arreglo a este posicionamiento jurisprudencial, cuando el profesional sanitario realice diligentemente una actuación médica sobre el paciente sin contar con su previo consentimiento informado, puede éste verse resarcido por los daños derivados del procedimiento pues, al no haber sido informado del riesgo de su materialización, debiendo serlo, no se ha trasladado dicha contingencia desde el ámbito de responsabilidad del profesional sanitario al del propio paciente⁸³³. De esta suerte, podemos comprobar cómo, al ajustarse el médico a las exigencias de la *lex artis ad hoc* en la realización del acto médico, los tribunales se apoyan en la omisión del consentimiento informado como elemento de culpabilidad en el que sustentar la imputación subjetiva al profesional sanitario de los daños derivados de la actuación médica. Así, únicamente surge la responsabilidad del facultativo cuando del procedimiento no consentido, pese a ejecutarse con arreglo a la buena praxis, se deriva un daño corporal (físico o psíquico) para el paciente; por el contrario, si el resultado de la actuación médica no consentida resulta satisfactorio para la salud del paciente, la omisión del consentimiento informado no genera consecuen-

⁸³³ La opinión contraria defiende Guerrero Zaplan a, según el cual ha de tenerse en cuenta que «toda intervención quirúrgica tiene riesgos ineludibles derivados de la eventualidad del resultado sobre la vida y la salud de las personas, pero hacer recaer sobre el médico los riesgos de la intervención por el hecho de que se haya incumplido la exigencia de información es una consecuencia que, en principio, carece de apoyo legal suficiente. Es razonable admitir que se deba indemnizar la omisión del deber de información, pero que esta omisión traslade al médico los resultados contingentes sobre la vida y la salud es una consecuencia no prevista por el ordenamiento» (Guerrero Zaplan a, José, *El consentimiento...* *op. cit.*, p. 212).

cias jurídicas para el profesional sanitario, sin perjuicio de las que pueda desplegar en la esfera disciplinaria⁸³⁴. Por tanto, esta tendencia jurisprudencial implica, en la práctica, una discutible equiparación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, de la negligencia en la prestación de las técnicas requeridas por el acto médico correspondiente, de un lado, y en la obtención del consentimiento informado para una actuación médica técnicamente ejecutada con la debida diligencia, de otro⁸³⁵.

2.2 Daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente: consideración como daño autónomo

Conforme a este segundo posicionamiento jurisprudencial, la omisión del consentimiento informado entraña un daño moral por lesión del derecho del paciente a la autodeterminación en el ámbito sanitario; *id est*, cuando el galeno realiza una determinada actuación médica sin obtener antes el consentimiento informado del paciente, el daño que dicha omisión causa a éste no es el derivado de la intervención o tratamiento no consentido, sino la lesión de su derecho a adoptar una decisión informada con relación a su sometimiento o rechazo al procedimiento prescrito. No postula en modo alguno esta tendencia

⁸³⁴ Indica Sánchez González : «En lo que se refiere a la responsabilidad civil, en sede de consentimiento informado no se deroga la regla general de que se responde de los daños causados, de modo que, a juicio de la mejor doctrina, cuando como consecuencia directa de la intervención médica no autorizada se producen unos daños, surgirá la responsabilidad del facultativo. Desde esta concepción, formulando la tesis en sentido negativo, tendríamos que la inexistencia de consentimiento informado no generaría la relativa responsabilidad civil, si la intervención resulta exitosa. Por el contrario, si el riesgo previsible del que el paciente no había sido avisado (o avisado, no lo ha asumido a través de su consentimiento), abandona el plano de la hipótesis para transformarse en daño real, el facultativo respondería civilmente» (Sánchez González, María Paz, *La impropriadamente... op. cit.*, p. 163). *Vid.* también, González Morán, Luis, «La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 660.

⁸³⁵ A la referida equiparación se opone el Illmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi en su voto particular a la citada STSJ Navarra de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8991; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Abárzuza Gil): «Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico. Y la razón [...] es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información. Sin que pueda imponerse una responsabilidad cuasi-objetiva por una defectuosa información, que es en esencial el incumplimiento de un deber formal o ritual del protocolo previo a la actuación médica.» En la doctrina, defiende Galán Cortés que «no parece lógico, en principio, que un médico sea condenado a indemnizar al paciente en la misma cantidad económica si su culpa fue la de no haberle advertido de los riesgos típicos, posteriormente materializados, de una intervención quirúrgica correctamente realizada, que si su culpa hubiera consistido en una impericia técnica al practicar la citada intervención, a resultados de la cual se produjo directamente el daño cuya indemnización se postula» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 878).

que la realización no consentida de un procedimiento médico entrañe *per se* la responsabilidad del profesional sanitario aun cuando dicho proceder no cause daño alguno al paciente; más bien al contrario, esta tesis, que parte de la consideración jurídica del consentimiento informado como un derecho del paciente que persigue la protección de su autonomía personal⁸³⁶, estima que su omisión causa siempre al paciente un daño moral por la vulneración de su derecho a la autonomía, «aunque el resultado [de la actuación médica no consentida] sea positivo y el paciente no tenga que confrontarse con la angustia de un desenlace negativo para el que no había podido prepararse»⁸³⁷.

⁸³⁶ Martín Tejedor, Juan Antonio, «La no...» *op. cit.*, p. 695.

⁸³⁷ Asúa González, Clara Isabel, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, pp. 159-160. A favor de esta tesis se postula Sardinero García, según el cual: «la falta de consentimiento informado supone, per se, un daño moral que debe ser indemnizado al margen de que se produzcan, además, daños en la integridad física del paciente, pues tal infracción supone la privación del derecho a ejercer la autonomía de la voluntad que se traduce, a su vez, en la pérdida de oportunidad de haber optado por otra decisión, ya sea no ser sometido al tratamiento, aceptar otro diferente e, incluso, pedir otra opinión, sin olvidar que supone un atentado contra su dignidad» (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, pp. 93-94). En sentido similar, Ribot Igualeda: «En teoría, [...] la resarcibilidad de los daños vinculados a la (mera) lesión del derecho a la autonomía no debería resultar extravagante porque, como ha destacado la jurisprudencia constitucional, se trata de un interés tutelado por el derecho con independencia de que su lesión también comporte, o no, la de otros intereses superiores, en este caso la propia vida o la integridad física o moral en sentido estricto. Además, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, no existe elemento alguno en nuestro ordenamiento que obligue a restringir la protección extracontractual del derecho a la autonomía condicionándola a la presencia de algún daño a la salud del demandante» (Ribot Igualeda, Jordi, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado*, Año 91, Mes 6, 2007, p. 55). *Vid.* también Pela y González-Torre, Ángel, «La intervención...» *op. cit.*, p. 213; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, pp. 1085-1086. En contra se posiciona Ataz López: «por el simple hecho de que un médico emprenda un tratamiento sin ponerlo en conocimiento del paciente, informándole y solicitando su consentimiento, no se engendra automáticamente su responsabilidad; porque la responsabilidad es la obligación de reparar un daño causado a otro, y puede ocurrir que en estos casos no haya sido daño sino beneficio. Así ocurrirá cuando la intervención tenga éxito y el resultado sea beneficioso para el paciente. Ciertamente es posible que en estos casos haya un *daño moral* por el atentado sufrido en la libertad personal. Sin embargo, parece que cuando haya un *beneficio físico*, este quizá pueda *compensar* el daño moral sufrido, excluyendo así la posibilidad de indemnización por este último» (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 81-82). Por su parte, juzga López Carmona «que puede ser un tanto desproporcionado solicitar indemnización fundándose en la mera inexistencia del [consentimiento informado] cuando no sólo el médico ha actuado técnicamente de manera correcta, sino que además no se han producido efectos perjudiciales para la salud del enfermo. A mi parecer ello implicaría tratar de la misma forma al médico negligente que al diligente» (López Carmona, Virginia, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 188). Ahora bien, partiendo de las citas reproducidas de Ataz López y López Carmona, sugerimos al lector la siguiente reflexión: la conclusión a la que arriban los mencionados autores, ¿no podría conducir al vaciamiento de contenido del derecho al consentimiento informado en aquellas intervenciones que, estadísticamente, presentan mayor probabilidad de éxito? En tales supuestos, el profesional sanitario, ante la confianza que le proporcionan los datos estadísticos, puede decidir practicar la intervención aun sin contar con el previo consentimiento del paciente, quedando impune su conducta (contraria a la *lex artis ad hoc*) cuando el resultado de la intervención sea beneficioso para el paciente

En la jurisprudencia, es ésta la tesis con la que se alinea *obiter dicta* el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 2000⁸³⁸, en un asunto en el que un menor de edad es sometido a una intervención quirúrgica para corregir la coartación aórtica congénita que padece, sin ser sus representantes legales suficientemente informados de los riesgos de la operación, de resultas de la cual sufre el paciente una secuela permanente de hemiplejía en ambas extremidades inferiores. Sostiene el Tribunal en el pronunciamiento de referencia:

«No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, *con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito*, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención»⁸³⁹.

Este fallo presenta una relevancia excepcional, pues es el primer pronunciamiento en el que nuestros tribunales estiman la omisión del consentimiento informado como un «daño autónomo, individualizado e indemnizable»⁸⁴⁰, al margen de las secuelas que puedan derivarse de la realización del acto médico no consentido⁸⁴¹. La senda iniciada con la sentencia de 4 de abril de 2000 es

⁸³⁸ RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁸³⁹ Énfasis añadido.

⁸⁴⁰ González Morán, Luis, «La falta...» *op. cit.*, p. 665.

⁸⁴¹ Afirma Xiol Ríos que la STS de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) «dio un giro fundamental a la jurisprudencia civil al admitir, como había hecho la Sala Tercera, que puede existir un daño resarcible con significación autónoma en la privación del derecho del paciente a obtener la información que le impida adoptar decisiones en relación con el tratamiento (nuevas consultas, elección de facultativo, demorar la práctica de la intervención, etc.)» (Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 70). Obviamente, el autor se refiere a la comentada sentencia de la Sala Tercera de 4 de abril de 2000; sin embargo, no nos parece tan evidente que la doctrina que se infiere de la literalidad del pronunciamiento de 2003 se alinee con la tesis postulada en el previo del año 2000. En este último, el Tribunal Supremo

seguida, también por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de mayo de 2011⁸⁴², dictada en un supuesto en el que un paciente, pese a consentir a su sometimiento a una artroscopia para la comprobación de un menisco dañado (menisectomía artroscópica), finalmente es sometido a una intervención distinta al estimar el cirujano en el mismo quirófano que la operación programada no es necesaria, procediendo, sin la previa obtención del consentimiento informado del paciente, a la sección y extracción de la plica medial o interna y la liberación del alerón o retináculo rotuliano externo. Sobre la base de los antecedentes fácticos someramente referidos, afirma el Tribunal:

«La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados en la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad»⁸⁴³.

explicita que la falta de información constituye un daño moral por sí misma y con independencia del buen éxito que pueda tener la intervención no consentida; por su parte, la sentencia de 2003 se dicta en un supuesto en el que de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente se deriva un daño corporal para éste y, si bien el Tribunal indemniza únicamente la privación del derecho del paciente a autodeterminarse en el ámbito sanitario (y no el daño físico derivado de la intervención no consentida), no clarifica si, en caso de haber tenido éxito la operación, se hubiera indemnizado igualmente la lesión del derecho a la autonomía del paciente como un daño autónomo. De este modo, la literalidad de la sentencia de 2003 no permite afirmar con rotundidad si la tesis en ella sostenida por el Tribunal Supremo es la expuesta en el presente apartado o la que exponemos a continuación; esto es, si se estima la privación al paciente de su derecho a decidir como un daño moral autónomo o si, por el contrario, se hace depender su indemnización del acaecimiento de un resultado negativo de resultados del procedimiento realizado sin el consentimiento informado del paciente. Tampoco esclarece dicha cuestión el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de julio de 2012 (RJ 2012\9131; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

⁸⁴² RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁸⁴³ Abunda en esta línea el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n. 096/2005, de 17 de marzo de 2005, en el que, a la luz de un supuesto en el que el paciente fallece tras ser sometido a tres intervenciones quirúrgicas para cuya realización no consta la existencia de consentimiento informado, indemniza el daño moral derivado de la privación del derecho a decidir aun cuando, sufriendo el paciente un daño corporal (concretamente, su fallecimiento), no se puede acreditar que sea consecuencia del funcionamiento del servicio público. Literalmente, dice el Consejo en el Dictamen de referencia: «ha de tenerse en cuenta que la ausencia de consentimiento informado constituye en sí mismo un daño indemnizable. En estos supuestos, el derecho a la indemnización surge de manera obligada, con independencia de la concurrencia de culpa o negligencia del personal sanitario interviniente. Este deber de reparación está vinculado directamente con la privación de la capacidad de decisión del paciente sobre su propia salud, aun cuando no se haya podido determinar que el funcionamiento del servicio público menoscabó las posibilidades de supervivencia del paciente. Solo en este sentido es posible admitir la reparación de los daños morales en los que basa la actora su reclamación.» En la doctrina, indica Asúa González: «¿Debe indemnizarse el daño por lesión del derecho a la autonomía del paciente en los casos en los que no se produzca un resultado lesivo causado por la actuación médica? La respuesta negativa se consigna ya casi como una cláusula de estilo en muchas decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y ello se refleja también en la STS (1.ª) 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399). Sin embargo,

En resumidas cuentas, con arreglo al posicionamiento jurisprudencial expuesto en el presente apartado, con el que concordamos plenamente, la omisión del consentimiento informado del paciente supone en todo caso una infracción por el profesional sanitario de las obligaciones que le impone la *lex artis ad hoc* y una correlativa vulneración del derecho del paciente a la autonomía personal, susceptible de resarcimiento como un daño individualizado y autónomo respecto de las posibles secuelas que puedan derivarse de la actuación médica no consentida⁸⁴⁴. Por tanto, aun cuando del procedimiento médico se deriven daños corporales para el paciente, no son éstos los que deben determinar el *quantum* indemnizatorio, sino el daño moral sufrido por el paciente⁸⁴⁵.

no se puede obviar que aunque el resultado sea positivo y el paciente no tenga que confrontarse con la angustia de un desenlace negativo para el que no había podido prepararse, no tendría por qué ser desca- bellado hablar de los daños derivados de la lesión de su autonomía (en su faceta de derecho a elegir)» (Asúa González, Clara Isabel, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 108-109).

⁸⁴⁴ La esencia de esta línea jurisprudencial la resume, con admirable sensatez, Bastida Freije - do, según el cual: «Lo verdaderamente crucial para saber si la falta del documento de consentimiento informado o de una adecuada información causan en sí mismas un daño moral es indagar si se ha lesionado la integridad moral del paciente; si realmente, se le ha impedido, fuera de las excepciones legales (art. 9.2 de la Ley 41/2002), ejercer su facultad para decidir sobre su salud o sus opciones vitales, aunque se consideren que no son las más racionales o las más convenientes a juicio del personal mé- dico. Si se puede demostrar que esto ha sido así, hay un daño moral, al margen de que la actuación médica haya sido técnica o científicamente intachable y con independencia de si las consecuencias son graves o leves; daño que obviamente será indemnizable. La intensidad del daño moral condicionará la cuantía del resarcimiento económico, pero no la declaración de si se ha vulnerado o no el derecho fundamental del paciente a su integridad moral. Por el contrario, si la falta de información no afecta de manera apreciable a la autodeterminación volitiva del paciente, no se puede concluir que se haya que- brantado su derecho a la integridad moral. Sin lesión al derecho no hay daño moral y sin éste no hay base para una compensación económica. En suma, cuando el legislador y los tribunales concretan y matizan cuáles son los estándares de información al paciente exigibles al personal médico que lo atien- de están, consciente o inconscientemente, delimitando qué se entiende por autonomía del paciente y, por tanto, concretando un ámbito de su derecho fundamental a la integridad moral. La quiebra de esos estándares significa una lesión de este derecho fundamental y en consecuencia un daño moral. En defi- nit va, no toda falta del documento de consentimiento informado ni toda falta de información ocasio- nan un daño moral, pero todo daño moral, aun el causado por falta de información, es resarcible eco- nómicamente, salvo en los supuestos que contempla la ley» (Bastida Freijedo, Francisco José, «El derecho...» *op. cit.*, pp. 196-197). En sentido similar se pronuncia García Rubio, conforme a la cual: «no se debe perder de vista que lo que la figura del consentimiento informado trata de proteger es un derecho de la persona, su derecho de autodeterminación, que la omisión o defecto de información por parte del médico constituye la violación de ese derecho y que, ante la ausencia de información adecua- da, la violación de la autonomía del paciente se produce con independencia del exitoso o frustrado buen resultado de la intervención» –García Rubio, María Paz, «Incumplimiento del deber de infor- mación, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica», en AA. VV., *Estudio de De- recho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), Tomo I, La Ley, Madrid, 2006, p. 825–. *Vid.* también González Morán, Luis, «La falta...» *op. cit.*, p. 668.

⁸⁴⁵ Laba ca Zabala, María Lourdes, «El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, a propósito de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obliga- ciones en materia de información y documentación clínica», *Saberes: Revista de estudios jurídicos, eco- nómicos y sociales*, Separata, vol. 4, 2006, p. 25.

2.3 Daño moral por lesión del derecho del paciente a su autonomía personal: consideración como daño dependiente (no autónomo) del resultado negativo de la actuación médica no consentida

Finalmente, un tercer sector de nuestra jurisprudencia estima que la omisión del consentimiento informado del paciente constituye un daño moral indemnizable por lesión de su derecho a la autonomía sólo cuando de la actuación médica no consentida se derive para aquél un resultado negativo de cuyo riesgo debía haber sido informado con anterioridad a la prestación de su consentimiento y que, sin embargo, no lo fue. Únicamente en tales supuestos puede indemnizarse el daño moral sufrido por el paciente, pero no el daño corporal (físico y/o psíquico) derivado del acto médico y de cuya ocurrencia se hace depender el resarcimiento del daño moral. Por el contrario, si el resultado del acto médico no consentido resulta satisfactorio para el paciente, no puede éste obtener indemnización alguna por el daño moral sufrido de resultas de la privación de su derecho a adoptar una decisión informada, ya sea de consentimiento o de rechazo al procedimiento prescrito⁸⁴⁶.

Son muy numerosos los fallos en los que el Tribunal Supremo se alinea con este posicionamiento, pudiendo citarse como exponente la sentencia de 4 de diciembre de 2009⁸⁴⁷, en un asunto en el que un paciente otorga su consentimiento para ser sometido a una prostatectomía radical para curar el cáncer de próstata que padece. Como consecuencia de la intervención, diligentemente practicada por el cirujano, el paciente sufre de impotencia e incontinencia, ambos riesgos típicos de la operación no informados antes del consentimiento. Con base en los antecedentes fácticos someramente referidos, concluye el Tribunal:

«Cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que aun cuando el con-

⁸⁴⁶ Con relación a esta línea jurisprudencial, defiende con gran lucidez Bastida Freijedo: «Esta tesis contradice su punto de partida, porque si la falta de consentimiento adecuadamente informado constituye una mala praxis, se debe a que se considera que vulnera el derecho del paciente a su autonomía. Por tanto, para el resarcimiento no hay que buscar un «daño derivado», esto es, una relación de causalidad o de probabilidad entre el daño físico y el daño moral resultante de no respetar dicha autonomía. Hay un daño moral que nace *per se*, por el mero hecho de marginar al paciente de una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue necesaria, correcta e inevitable para mejorar la salud del enfermo. En otras palabras, es incoherente sentenciar [...] que la falta de información al paciente «*implica una mala praxis médica*» y que afecta a «*la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)*» y, acto seguido, considerar que «*sin daño no hay responsabilidad alguna*» y que esa falta de información «*no es per se una causa de resarcimiento pecuniario*». Quiérase o no, el TS está admitiendo que la lesión de un derecho –y nada menos que un derecho vinculado a la dignidad de la persona– no es *per se* un daño, y que, por tanto, no genera responsabilidad si no se puede ligar a daños derivados de la intervención médica» (Bastida Freijedo, Francisco José, «El derecho...» *op. cit.*, pp. 193-194).

⁸⁴⁷ RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso.

sentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria ex artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común o ex artículos 1.902 y demás citados del Código Civil (LEG 1889, 27).

Pero si tenemos en consideración que el consentimiento informado se fundamenta en la autonomía del paciente para decidir con conocimiento si se somete a una intervención, en el respeto a su dignidad, pueden surgir dudas de si a pesar del signo absolutamente satisfactorio de la intervención cabe apreciar la causación de una lesión de naturaleza moral o espiritual.

En el supuesto expresado de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Al respecto parece oportuno citar la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007 (JUR 2007, 334280). En ella se considera el defecto del consentimiento informado como incumplimiento de la «lex artis» y se afirma que revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, para acto seguido sostener que para apreciar la responsabilidad «obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado». En iguales términos las sentencias de 10 de octubre de 2.007 (RJ 2007, 7321) y de 26 de febrero y 26 de marzo de 2002, citadas en la de 9 de septiembre de 2009 [...].

Supuesto distinto al anterior, es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la «lex artis», el paciente sufre una secuela previsible.

En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento (Sentencias de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258) y de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349)).

[...] Nos encontramos en el año 1993 en el que existían dos alternativas de tratamiento, a saber, la prostatectomía radical y la radioterapia radical. La primera con una probabilidad de curación del cáncer más alta que la segunda. Así lo refiere el perito judicial sin facilitar porcentaje. Si los facilita con respecto a las secuelas de incontinencia urinaria y de impotencia, en una horquilla que al abarcar para la incontinencia urinaria del 2,5 % al 80 % y para la impotencia del 38 % al 100 %, revela que no se trata de riesgos atípicos o imprevisibles.

Siendo esos los hechos entendemos que la información sobre las alternativas posibles y sobre las probabilidades de riesgo no se manifiesta en el caso enjuiciado como indiferente. Todo lo contrario. Con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos hay algo más que una mera transgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de dos tratamientos posibles, cual [sic] era aquel que más le convenía.

Llegados a este punto, resta determinar la cifra indemnizatoria por la privación del derecho de autodeterminación. Y al respecto, en atención a las secuelas, en gran medida superadas; porcentaje de riesgo de las mismas; alternativas posibles; mayor éxito de curación con la intervención realizada y edad del recurrente (56 años), se entiende razonable al día de la fecha, esto es, actualizada, la de 30.000 euros⁸⁴⁸.»

De la lectura del extracto transcrito, se colige fácilmente la postura adoptada por el Tribunal Supremo, a saber, la supeditación del resarcimiento del daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente al acaecimiento de un daño corporal (físico y/o psíquico) de resultados de la actuación médica realizada y no consentida. No obstante, entendemos desacertada la alusión por el Tribunal Supremo a su sentencia de 4 de abril del 2000 como apoyatura de su tesis, pues, si bien es cierto que, en el asunto abordado por el citado pronunciamiento, la intervención quirúrgica practicada sin ser los representantes legales del paciente menor de edad suficientemente informados de sus riesgos causa a éste importantes secuelas físicas, igualmente cierto es que el Tribunal afirma *obiter dicta* que la vulneración del derecho a la información supone *per*

⁸⁴⁸ Vid. también SSTS de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001\7130; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 26 de marzo de 2002 (RJ 2002\3956; Ponente: Excmo. Sr. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez); 26 de febrero de 2004 (RJ 2004\3889; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez); 25 de abril de 2005 (RJ 2005\4448; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); 4 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1544; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 4 de abril de 2006 (RJ 2006\2198; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Herrero Pina); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 30 de septiembre 2009 (RJ 2009\5481; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 9 de marzo de 2010 (RJ 2010\4211; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 4 de marzo de 2011 (RJ 2011\2633; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1034; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 2 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1727; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 3 de enero de 2012 (RJ 2012\8; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 2 de octubre de 2012 (RJ 2012\9270; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 13 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1659; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 26 de mayo de 2015 (RJ 2015\3132; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas) y 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015\3712; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, declara la STSJ Andalucía de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2017\21065; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral): «en cuanto a la Sra. Graciela, el aspecto más destacable es la continuidad entre la situación personal y clínica de la paciente ex ante y ex post, es decir antes y después de la operación fallida, puesto que, como hemos visto arriba, más que de agravación de un problema preexistente o aparición de un problema de salud nuevo, la acromioplastia, al no tener éxito, no tuvo otro resultado que la persistencia del mismo estado doloso y disfuncional previo a la misma. Si la acromioplastia practicada el 27 de febrero de 2002, no reportando beneficios a la paciente, no se ha materializado en una agravación de la situación de minuscapacitación preexistente, como Tribunal, no somos capaces de apreciar en qué medida, la ausencia de información ha tenido los efectos relevantes que justifican una indemnización, pues no consta que la deficiente autodeterminación de la paciente se haya vuelto en su contra, obligándole a soportar consecuencias e imprevistos no queridos ni representados.»

se un daño moral grave, incluso aun cuando la operación hubiera tenido buen éxito.

Finalmente, hemos de advertir los graves problemas que en la práctica plantea la valoración del daño moral, habida cuenta de la subjetividad que lo acompaña y que obliga a determinar el *quantum* indemnizatorio de un modo estimativo⁸⁴⁹. De esta suerte, en la citada sentencia de 4 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo tiene en cuenta para la valoración del daño moral, *inter alia*, las secuelas físicas sufridas por el paciente como consecuencia de la intervención no consentida y el porcentaje de riesgo que existía de que tales lesiones se produjeran. Ahora bien, no hemos de incurrir en la confusión de entender que el Tribunal indemniza en el fallo de referencia las secuelas físicas derivadas de la intervención; lo que resarce el Tribunal es el daño moral derivado de la privación del derecho a la autonomía personal del paciente, si bien en su valoración atiende, entre otros indicios, a las secuelas sufridas, muy probablemente (aunque no lo aclare de modo explícito), al entender que, a mayor gravedad y riesgo de acaecimiento de un daño físico de resultados de la intervención prescrita, mayor es también la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la intervención y, consiguientemente, mayor debe ser el monto de la indemnización recibida para resarcir el daño moral. De igual modo, el Tribunal toma en consideración la existencia de alternativas al procedimiento prescrito, posiblemente al estimar que, a menor número de opciones terapéuticas existentes, mayor es la probabilidad de que el paciente acepte el procedimiento prescrito y, por tanto, menor es el *quantum* de la indemnización que ha de recibir en concepto de daño moral.

2.4 **Pérdida de la oportunidad de rechazar el procedimiento médico: ¿daño autónomo o criterio de imputación probabilística de otros daños?**

El análisis de la pérdida de oportunidad (también denominada «desaparición de la probabilidad u oportunidad de un suceso favorable»⁸⁵⁰) parte del presupuesto, no compartido por quien escribe, conforme al cual no puede entenderse que el actuar negligente del facultativo (al entregar una información asistencial deficiente) causa daño alguno al derecho a la autonomía del pacien-

⁸⁴⁹ SSTS de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8291; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García) y 2 de octubre de 2012 (RJ 2012\9270; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

⁸⁵⁰ Llamas Pombo, Eugenio, «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad», *Práctica de Derecho de Daños*, n. 110/111, 2012, pp. 4-5.

te cuando pueda presumirse, en atención a las circunstancias concurrentes, que éste habría consentido igualmente la intervención o tratamiento de haber sido informado de modo debido (idea asimilable a la teoría alemana de la «conducta alternativa conforme a Derecho»). De esta suerte, se excluye la responsabilidad civil del profesional sanitario cuando se acredite con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que la actuación culposa del facultativo no ha causado al paciente daño alguno; es decir, que éste habría consentido también la actuación médica de haber sido debidamente informado. Por el contrario, debe declararse la responsabilidad civil del profesional sanitario cuando se acredite (de nuevo, con certeza o con un grado de probabilidad cualificado) que el paciente habría rechazado la intervención de haber recibido una información asistencial suficiente⁸⁵¹. Ahora bien, el problema se plantea en los su-

⁸⁵¹ En materia de probabilidad estadística en la prueba del nexo causal se suele estimar *leading case* la decisión de la *House of Lords* en el asunto *Wilsher; Respondent v. Essex Area Health Authority, Apellants*, [1988] 1 AC 1074 (*House of Lords*, 10.3.1988), que enjuicia un asunto en el que un bebé nacido prematuramente sufre una afección incurable en la retina que puede deberse, bien a la administración negligente por los médicos demandados de una excesiva cantidad de oxígeno o bien a otras cinco causas que, comúnmente, motivan dicho padecimiento en bebés prematuros. Finalmente, la *House of Lords* resuelve que el actor debe acreditar que el proceder negligente de los demandados ha contribuido materialmente a la causación del resultado dañoso, *id est*, que es «more probable than not» la causa del daño. En España, son muy numerosos los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo declara la exigencia de acreditar con certeza o un grado de probabilidad cualificado el nexo de causalidad entre la actuación culposa del agente y el daño sufrido por la víctima a fin de que se pueda determinar la responsabilidad civil de aquél. Por todas, SSTs de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\914; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 6 de julio de 2007 (RJ 2007\3658; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de mayo de 2011 (RJ 2011\3982; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Barcelona de 22 de mayo de 2014 (AC 2014\1025; Ponente: Illma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho). En la doctrina, sostiene Galán Cortés: «La teoría de la probabilidad cualificada [...] se traduce en la reparación total del daño cuando la prueba del nexo causal alcanza un determinado nivel de probabilidad, o en la negación total del resarcimiento cuando la prueba del nexo causal no llega a tal umbral de certidumbre (tesis del «todo o nada»); fijando éste en el 50% en el *Common Law* (regla del «more probable than not») y en el 80% en la cultura jurídica de la Europa continental (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 533). *Vid.* también de Ángel Yagüez, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 118 y ss; Xiol Ríos, Juan Antonio, «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, n. 1, 2010, p. 20. Con relación al uso de leyes de probabilidad, postula Puppe que «plantea, sin embargo, un problema lógico adicional en comparación con la utilización de leyes de certeza. Una ley dotada de certeza permite deducir forzosamente de la causa la consecuencia, dado que la causa se presenta como condición suficiente para la consecuencia. Una ley de certeza será, pues, absoluta si permite una deducción forzosa de la consecuencia. Sin embargo, una ley de probabilidad nunca permite una deducción forzosa de la consecuencia, sino sólo una deducción basada en una mayor o menor probabilidad de aparición de esta consecuencia. De esto no resulta criterio alguno para el carácter absoluto de la ley, por lo que una ley de probabilidad será absoluta si ofrece el grado más alto de probabilidad, esto es, si contiene todos los factores que elevan la probabilidad de la aparición del resultado. Por esta razón, nunca podremos estar seguros de haber alegado una ley de

puestos en los que existe incertidumbre respecto de la decisión que hubiera adoptado el paciente de haber cumplido el facultativo sus obligaciones en sede de información asistencial. Sobre el particular, la tesis tradicional del «todo o nada» impone la exclusión de la responsabilidad civil del profesional sanitario ante la imposibilidad de acreditar con un umbral de probabilidad suficiente que su actuar es causa de lesión alguna a la autonomía del paciente⁸⁵². No obstante, un sector de nuestra jurisprudencia aplica en las situaciones planteadas la doctrina de la pérdida de oportunidad en aras de permitir la indemnización al paciente de la probabilidad estimada de que hubiera rechazado la intervención o tratamiento de haber recibido una suficiente información⁸⁵³. Por

probabilidad realmente absoluta» (Puppe, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción a cargo de García Cla vero, Percy, Comares, Granada, p. 31).

⁸⁵² Asúa González, Clara Isabel, «Infracción de...» *op. cit.*, p. 155; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 533; Reglero Campos, Luis Fernando y Medin a Alcoz, Luis, «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, p. 846; Xiol Ríos, Juan Antonio, «El daño...» *op. cit.*, pp. 11-12. Como exponentes de la teoría causal tradicional del «todo o nada» aplicada en sede de responsabilidad civil médica podemos citar, a título meramente ejemplificativo, las SSTs de 24 de marzo de 2005 (RJ 2005\3203; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) y 6 de octubre de 2005 (RJ 2005\8763; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela), en virtud de las cuales la determinación de la responsabilidad civil exige la existencia de una prueba terminante o concluyente del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño sufrido por la víctima.

⁸⁵³ Ha de observarse cómo la teoría de la pérdida de oportunidad persigue, en las situaciones analizadas en el presente apartado, gestionar la incertidumbre causal en aras de permitir la indemnización al paciente del daño sufrido, si bien en la proporción que se corresponda con la probabilidad de que lo haya causado el facultativo, *id est*, de que el paciente hubiera rechazado la actuación médica de ser debidamente informado. Por tanto, hay que separar estos supuestos de aquellos otros en los que la teoría de la pérdida de oportunidad busca resarcir al paciente de los daños sufridos de resultas de un procedimiento médico realizado de modo negligente en la proporción que se corresponde con la probabilidad de que tales daños no se hubieran producido de haberse ejecutado el procedimiento con arreglo a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Con esta segunda significación se configura la teoría de la pérdida de oportunidad en los ordenamientos jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*) entre finales del siglo xix y principios del xx, concibiéndose inicialmente para su aplicación en supuestos de incumplimiento contractual, si bien hoy día se haya absolutamente consolidada su utilidad para el Derecho de daños. *Vid. arrêt du 17 juillet 1889, S. 1891, I, 399 (Cour de Cassation, 17.7.1889)* y *Chaplin v. Hicks, [1911] 2 KB 786 (Court of Appeal, 1911)*. En la actualidad, la teoría de la pérdida de oportunidad es admitida por la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, resultando destacable el *corpus* jurisprudencial configurado en los Estados Unidos, donde sólo se aplica en supuestos de responsabilidad médica, como se desprende meridianamente del fallo dictado por la *Supreme Court of Oklahoma* en *Hardy v. Southwestern Bell Telephone Co.*, 910 P.2d 1024 (*Supreme Court of Oklahoma*, 16.1.1996) y, con cita del anterior, del pronunciamiento de la *United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* en *Corey Frey, Plaintiff-Appellant, v. AT&T Mobility, LLC, f/k/a Cingular Wireless; AT&T Corporation, a foreign corporation, Defendants-Appellees*, 379 Fed. Appx. 727, 729 (*United States Court of Appeals for the Tenth Circuit*, 21.5.2010). De esta suerte, constituyen exponentes de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en la esfera sanitaria en los Estados Unidos los fallos en *Harry J. Hicks, Administrator of the Estate of Carol Greitens, deceased, Appellant, v. United States of America, Appellee*, 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966) (*United States Court of Appeal for the Fourth Circuit*, 27.10.1966) y *James Pipe, Individually and for and on Behalf of the Heirs at Law of Edwina Pipe, Deceased, and James Pipe*,

tanto, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad exige la realización de un «juicio dentro del juicio» (*trial within the trial; the case into the case* o *procès-dans-le-procès*); esto es, partiendo de la hipótesis de que el paciente hubiera sido debidamente informado, se debe realizar un segundo juicio hipotético sobre lo que el mismo hubiera decidido, de suerte que el paciente sólo puede verse resarcido en una proporción del daño sufrido que se corresponda con la probabilidad de que el profesional sanitario fuera el causante del daño o, dicho de otro modo, con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado el procedimiento médico⁸⁵⁴. Así, la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una suerte de teoría ontológica del perjuicio personal⁸⁵⁵ que, sobre la base de una doble ficción, permite indemnizar la posibilidad de evitar el daño final cuando exista una incertidumbre causal «estricta, irreversible e intrínseca»⁸⁵⁶, respondiendo así a una «sensibilidad judicial a la que re-

as Administrator or the Estate of Edwina Pipe, Deceased, Appellant, v. James J. Hamilton, M. D., Appellee, 274 Kan. 905 (2002) (*Supreme Court of Kansas*, 1.11.2002). En nuestro ordenamiento jurídico, son igualmente muy numerosos los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo se sirve de la teoría de la pérdida de oportunidad para indemnizar el daño corporal sufrido por el paciente de resultados de una actuación médica negligentemente realizada, si bien sólo en la proporción correspondiente a la probabilidad de que dicho daño hubiera sido evitado de haber el facultativo actuado con la diligencia debida. Por todas, SSTs de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998\8371; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 19 de octubre de 2011 (RJ 2012\1298; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 22 de mayo de 2012 (RJ 2012\6930; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 26 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5048; Ponente: Excmo. Sra. Pilar Teso Gamella); 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz); 22 de octubre de 2015 (RJ 2015\5040; Ponente: Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco); 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55; Ponente: Excmo. Sr. Ángel Arozamena Laso); 25 de mayo de 2016 (RJ 2016\2275; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Toledano Cantero) y 28 de abril de 2017 (RJ 2017\2392; Ponente: Excmo. Sra. María del Pilar Teso Gamella). *Vid.* también SSAN de 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004\274; Ponente: Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo) y 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004\50528; Ponente: Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo); SAP Badajoz de 7 de febrero de 2005 (AC 2005\290; Ponente: Illma. Sra. Fidela Cercas Domínguez); STSJ Asturias de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2012\401062; Ponente: Illmo. Sr. D. José Manuel González Rodríguez); STSJ Madrid de 18 de diciembre de 2014 (JUR 2015\40988; Ponente: Illma. Sra. María del Mar Fernández Romo) y STSJ Castilla y León de 11 de mayo de 2015 (JUR 2015\137939; Ponente: Illmo. Sr. D. Óscar Luis Rojas de la Viuda).

⁸⁵⁴ En contra de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a los supuestos de falta o insuficiencia de la información asistencial suministrada al paciente se postulan Asensi Pallarés, Eduardo y Cid-Lun a Clares, Íñigo, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 238.

⁸⁵⁵ Reglero Campos, Luis Fernando y Medin a Alcoz, Luis, «El nexo...» *op. cit.*, p. 844. Sobre la teoría ontológica del perjuicio personal *vid.* Medin a Alcoz, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 380 y ss.; Yong Serrano, Samuel y Rodríguez Yong, Camilo Andrés, «Pérdida de Oportunidad», *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, ed. 12, vol. 6, n. 2, 2011.

⁸⁵⁶ Medin a Alcoz, Luis, «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 30, 2009, pp. 42-43: «Por incertidumbre estricta se entiende aquella que expresa una probabilidad causal seria, no desdeniable, que, sin alcanzar el nivel (máximo) que permite tener por cierto el hecho causal, supera el nivel (mínimo) que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño. Por eso se dice que el concepto

pugna que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado»⁸⁵⁷.

Partiendo de este planteamiento de la pérdida de oportunidad, hemos de advertir que se observa en nuestra jurisprudencia una evolución en lo que al entendimiento de la citada teoría se refiere. Así, en un primer momento estiman nuestros tribunales que la pérdida de oportunidad constituye en sí misma un daño en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente; es decir, al no poderse acreditar el nexo causal entre el actuar negligente del facultativo y el daño moral sufrido por el paciente ante la incertidumbre sobre la hipotética decisión que éste hubiera adoptado de ser debidamente informa-

técnico de *chance* remite a la posibilidad fundada, seria, real, no desdeñable. La incertidumbre es *irreversible* cuando no hay, razonablemente, la posibilidad de que después de la «aestimatio» llegue a conseguirse la certidumbre de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (v. gr., licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (v. gr., médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). Es lo que, gráficamente, se expresa al señalar que la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente. La incertidumbre es *intrínseca* cuando quien la propicia no es la propia víctima. La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica de este modo a supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. Es la idea de que la teoría de la *chance* entra en juego únicamente en supuestos de imposibilidad material de prueba.» Con idéntica literalidad, Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexo...» *op. cit.*, pp. 840-841. *Vid.* también Xiol ríos, Juan Antonio, «El daño...» *op. cit.*, p. 20. Por su parte, afirm Lun a Yerga que «es necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba. Así, cabe negar la reparación de la mera reducción estadística de probabilidades, así como la pérdida de oportunidad cuando la producción del daño dependa de eventos futuros. Asimismo, cuando la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza habrán de indemnizarse los totales perjuicios sufridos por el paciente y no la mera pérdida de oportunidad. Por último, ha de negarse especialmente la indemnización de probabilidades estadísticas muy reducidas, por cuanto la disolución del elemento causal conduce a condenas basadas exclusivamente en el incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente» (Lun a Yerga, Álvaro, «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, n. 2, 2005, p. 15). En sentido similar, defiende Galán Cortés que la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no constituya una mera «ilusión o quimera», sino que, por el contrario, supere lo que se ha dado en llamar «umbral de seriedad» o «dignidad de la chance» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 536-537). Finalmente, Asensi Pallarés y Cid-Lun a Clares postulan la necesidad de fija un umbral mínimo y máximo de certidumbre que delimiten la horquilla en la que despliegue su eficacia la teoría de la pérdida de oportunidad (Asensi Pallarés, Eduardo y Cid-Lun a Clares, Íñigo, «La evolución...» *op. cit.*, pp. 234-236). En la misma línea, Sánchez Caro, Javier, «En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, p. 124.

⁸⁵⁷ Medina Alcoz, Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, pp. 32-33.

do, se configura un daño distinto, consistente en la privación de la oportunidad de haber rechazado la intervención ⁸⁵⁸. Como exponente de esta doctrina jurisprudencial podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 ⁸⁵⁹, que resuelve un asunto en el que el hijo de la actora es sometido a una intervención quirúrgica sin haber recibido ésta una debida información asistencial previamente a la prestación del consentimiento. En el caso enjuiciado, estima el Tribunal que el daño que fundamenta la responsabilidad del facultativo no es el que deriva de la intervención practicada (en cuya ejecución se han respetado las exigencias de la *lex artis ad hoc*), sino el que resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y haberse materializado un riesgo previsible de la intervención, «puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización». Sobre la base de este razonamiento y atendidas las circunstancias concurrentes, el Tribunal calcula la indemnización «derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente» ⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Encuentra González Carrasco la razón de ser de esta tendencia jurisprudencial en la dificultad que conlleva, en los casos de incertidumbre causal, el cálculo de la indemnización por los daños derivados del procedimiento médico atendiendo a la probabilidad de rechazo del mismo en la hipótesis de haber recibido el paciente la información legalmente exigida: «La teoría de la pérdida de oportunidad, aplicada a los casos de falta de información sobre los riesgos finalmente materializados derivados una [sic] intervención técnicamente correcta, resuelve un problema de incertidumbre causal, mediante el expediente de declarar probada dicha relación cuando la probabilidad de rechazo del tratamiento ante la información recibida es razonablemente alta. Los casos dudosos deberían ser resueltos mediante el recurso a la reducción de la indemnización en función de la probabilidad de rechazo (oportunidad perdida de haber evitado el daño, que la STS (1.ª) de 16 de enero de 2012 cifra en un 50% de la indemnización que hubiera correspondido por una mala praxis médica), si bien la dificultad de tal cálculo suele acabar produciendo un desenfoque del daño indemnizable, que acaba siendo identificado como daño moral por vulneración de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad» (González Carrasco, M.ª Carmen, «Sentencia 8 septiembre 2015. La infracción del deber de información asistencial genera responsabilidad médica por traslado de los riesgos al facultativo aunque la causa del fracaso del tratamiento se deba a otras patologías del paciente», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 101, 2016, ed. digital). Quien escribe entiende, contraviniendo el parecer sostenido por González Carrasco en la cita reproducida, que, en los supuestos de incertidumbre causal, la indemnización se deber determinar mediante el recurso a su reducción, no «en función de la probabilidad de rechazo», sino, justamente, lo contrario, es decir, en atención a la probabilidad de que el paciente hubiera consentido el procedimiento médico igualmente de haber recibido una debida información asistencial. De esta suerte, el daño corporal derivado de la intervención o tratamiento debe indemnizarse en la proporción que se corresponda con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la actuación médica de haber sido debidamente informado.

⁸⁵⁹ RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁸⁶⁰ Dice el Tribunal Supremo: «El acogimiento del motivo segundo determina asumir la instancia y resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que implica la necesidad de evaluar el daño ocasionado y determinar las personas responsables, teniendo en cuenta que la pretensión actora consistía en reclamar una indemnización basada en el comportamiento negligente del facultativo y se apoyaba en una serie de actos, entre los que incluía la falta de información adecuada. Desde esta idea, y aun admitiendo, de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7130), que la falta de información no es «per se» una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una

En la misma línea se posicionan las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 19 de noviembre de 2004⁸⁶¹, y la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de enero de 2009⁸⁶², afirmando esta última que, en los supuestos de omisión del consentimiento informado, la teoría de la pérdida de oportunidad, al obviar la relación de causalidad, entraña la indemnización de un daño diferente, a saber, la pérdida de la posibilidad de evitar el acaecimiento del daño.

Esta concepción de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo del paciente la abandona el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de enero de 2012⁸⁶³. Este pronunciamiento es el primero que reemplaza en España la consideración de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo por la privación del derecho a rechazar el procedimiento médico (y, con ello, de evitar el daño corporal de él derivado) por su entendimiento como un «régimen especial de imputación probabilística que opera en supuestos de incertidumbre causal»⁸⁶⁴. Literalmente, declara el Tribunal Supremo:

«En definit va, existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sen-

indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido), se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes debiendo informar no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente. Es razón por la que, a la hora de cuantificar el perjuicio, se deban ponderar todos estos factores y establecer en su vista la suma indemnizatoria, tomando en consideración no sólo el carácter de la intervención sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria. Ello hacía era necesario cumplimentar esta obligación legal y necesaria facilitando que fueran otros, o incluso el mismo facultativo, tras las explicaciones pertinentes, quienes la llevaran a cabo, puesto que una cosa es que fuera necesaria y otra distinta que debiera hacerse con tal urgencia que impidiera cumplimentarlo con tiempo suficiente. Esta suerte de circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización de cinco millones de pesetas, derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente, en la forma que esta Sala ha resuelto, para supuestos que no son del caso, amparados bien en que la intervención no era ineludible y necesaria, bien porque se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica, o bien por tratarse de un supuesto de medicina voluntaria, que es donde con mayor rigor se exige el deber de información médica (SSTS 23-IV-1992 [RJ 1992, 3323]; 26-IX-2000 [RJ 2000, 8126]; 2-VII-2002 [RJ 2002, 5514]; 21-X-2005 [RJ 2005, 8547]).»

⁸⁶¹ AC 2005\84; Ponente: Ilma. Sra. Milagros Martínez Rionda.

⁸⁶² JUR 2009\276751; Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

⁸⁶³ RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. D. Pedro Enrique, a los cuarenta y ocho años de edad, es intervenido quirúrgicamente para realizarle una disectomía radical. De resultas de la operación, el paciente sufre tetraplejía con paresia severa en ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metabólico de la lesión y falta de control voluntario sobre el esfínter rectal, dependiendo para la sedestación y desplazamiento de una silla de ruedas y requiriendo de ayuda de terceras personas para realizar las actividades de la vida cotidiana.

⁸⁶⁴ Reglero C ampos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexo...» *op. cit.*, p. 848.

tencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Ello exige una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente– médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma; todo lo cual permite cuantificar la indemnización en 254.977,45 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y en la cantidad de 9.586,49 euros a favor de cada uno de los restantes codemandantes, es decir, un 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada, tomando como referencia la misma que recoge la sentencia de la Audiencia, mediante la aplicación del baremo, que no ha sido cuestionada.»

En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2016⁸⁶⁵, dictada con relación a un asunto en el que un paciente, diagnosticado de tetraplejia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, es sometido, sin ser previamente informado de su gravedad, riesgos y alternativas, a una intervención quirúrgica al objeto de colocarle un rectángulo de Hartshill para fijar su columna vertebral y, de este modo, estabilizar su situación clínica y ralentizar al máximo y minimizar su degeneración aneja al decorso del tiempo; sin embargo, la operación provoca un empeoramiento en el estado clínico del paciente que, tras ella, queda afecto de una tetraplejia-síndrome medular transversal completo por debajo del cuarto segmento neurológico cervical derecho (C4) y por debajo del sexto segmento neurológico cervical izquierdo (C6). Estima el Alto Tribunal que se ha privado al paciente de la oportunidad de decidir al no entregársele la debida información asistencial, existiendo incertidumbre sobre la decisión que hubiera aquél adoptado de haber sido suficientemente informado. Sobre esta base, se sirve el Tribunal de la pérdida de oportunidad entendida, no como un daño autónomo, sino como una teoría en la que apoyarse para identificar y cuantificar el daño causado al paciente por la omisión de su consentimiento informado. Asimismo, destaca el Tribunal Supremo diversos indicios que han de considerarse para la cuantificación de la incertidumbre causal: gravedad y evolución natural de la patología sufrida por el paciente; estado de salud previo al procedimiento; necesidad y novedad de la intervención prescrita; finalidad no curativa de la operación res-

⁸⁶⁵ RJ 2016\1328; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

pecto de la tetraplejía sufrida por el paciente; confianza que en el galeno tiene puesta el paciente; beneficios que para el paciente puede reportar la intervención programada, así como los riesgos inherentes a la misma (y la frecuencia de su materialización), y la entidad de las secuelas personales derivadas de la intervención. Finalmente, concluye el Tribunal Supremo que el *quantum* indemnizatorio se ha de calcular aplicando la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la operación al montante, no de la globalidad del daño sufrido por aquél, sino de la agravación de su invalidez producida de resultas de la intervención practicada sin su consentimiento informado⁸⁶⁶.

En definitiva, en la configuración vigente que le otorga la jurisprudencia, la pérdida de oportunidad habilita la imputación del daño sufrido por el paciente, si bien sólo en la proporción respecto de la cuál es posible acreditar el nexo causal (imputación parcial); esto es, en la proporción que se corresponda con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la intervención de recibir una suficiente información asistencial. No obstante, bajo nuestro punto de vista, el actual entendimiento y aplicación por la jurisprudencia de la teoría de la pérdida de oportunidad merece tres observaciones fundamentales.

En primer lugar, entendemos que la teoría de la pérdida de oportunidad en su configuración actual legitima la imputación probabilística, en supuestos de incertidumbre causal, tanto de los daños corporales derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente como de los daños morales por éste sufridos de resultas de la lesión de su derecho a la autonomía. Sin embargo, si bien nos mostramos favorables al resarcimiento proporcional de los daños corporales, mucho más discutible nos parece la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística de los daños morales, habida cuenta de que, a nuestro juicio, la realización sobre un paciente de una actuación médica sin su previo consentimiento informado entraña *per se* una lesión de su derecho a la autonomía personal, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente de recibir una información suficiente; de esta suerte, aun cuando las

⁸⁶⁶ Vid. también SAP Barcelona de 10 de febrero de 2017 (AC 2017/609; Ponente: Ilmo. Sr. D. Carles Vila i Cruells): «Sobre la dificultad de determinación del nexo de causalidad, no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional. Para superar esta dificultad, una de las técnicas que se aplica es la de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance. De ahí que numerosos autores de la literatura jurídica sobre la materia (Xiol Ríos, Galán Cortés, Seoane Spiegelberg, Medina Alcoz, entre otros), incluyan la pérdida de chance como remedio de incertidumbre causal relativa con consecuencias de reducción proporcional de la indemnización. La teoría se ubicaría en el ámbito de la causalidad material o física como remedio a la incertidumbre causal (Galán Cortés). Esta doctrina, como afirma Seoane Spiegelberg, es también mitigadora de las exigencias del *onus probandi* y nace con la finalidad de solventar las dificultades probatorias que la víctima sufre en la acreditación del nexo causal.»

circunstancias concurrentes no permitan acreditar con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que el paciente hubiera rechazado la intervención de ser debidamente informado (e, incluso, nos atrevemos a decir, aun cuando se acredite que aquél hubiera consentido en todo caso la intervención), se le ha privado de su derecho a adoptar una decisión informada (*id est* a prestar su consentimiento informado) y, en consecuencia, se le ha causado un daño moral, sin perjuicio de que, en la valoración de dicho daño, pueda tenerse en cuenta la mayor o menor probabilidad de que el paciente hubiera consentido o rechazado la intervención, incrementando su montante a medida que se eleve la probabilidad de que la decisión del paciente hubiese sido de rechazo.

En segundo lugar, la base para el cálculo del *quantum* resarcitorio varía en función del daño cuya imputación probabilística se pretenda. Así, cuando la teoría de la pérdida de oportunidad se aplique a los daños corporales derivados de la actuación médica no consentida por el paciente, la indemnización se debe calcular aplicando la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la intervención o tratamiento de ser debidamente informado al valor de los daños corporales que aquél sufre de resultas del procedimiento⁸⁶⁷. Por su parte, si con la teoría de la pérdida de oportunidad perseguimos la imputación probabilística del daño moral (posibilidad descartada por quien escribe), la determinación del *quantum respondatur* se debe realizar aplicando la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado el procedimiento médico al valor del daño moral sufrido por la privación de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario.

Por último, entendemos que nuestros tribunales no detallan suficientemente el proceso seguido para la determinación del *quantum* resarcitorio, pues no cuantifican la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado el procedimiento ni, en consecuencia, aplican dicho porcentaje al valor total del daño sufrido por el paciente, sino que, a lo sumo, enuncian los indicios que se han de tomar en consideración para valorar la pérdida de oportunidad, para, acto seguido, sin expresar numéricamente el juicio hipotético de rechazo a la intervención, determinar el montante de la indemnización que ha de recibir el paciente por la pérdida de oportunidad⁸⁶⁸. Esta inaplicación de criterios concretos para la determi-

⁸⁶⁷ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 904.

⁸⁶⁸ Suscribimos por entero las palabras de Medina Alcoz al afirmar que «el ojo de buen cubero a veces es mal cubero y sobre todo se hurta a la ciudadanía de ese proceso racional donde se da una solución argumentada. No la mejor, sino la mejor argumentada. Por tanto, es interesante, creo, disciplinarnos en el tratar de justificar racionalmente las cantidades también cuando aplicamos esto de la pérdida de oportunidad» (Medina Alcoz, Luis, «La teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 16, 2011, p. 111). En igual sentido, Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexa...» *op. cit.*, pp. 855-858; Medina Alcoz, Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, pp. 57-61. Sobre las dificultades de fijación de *quantum* indemnizatorio en los supuestos de pérdida de oportunidad, *vid. Mar-*

nación de la probabilidad causal y, por consiguiente, del *quantum* indemnizatorio, se observa de modo ostensible en los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo a la luz de supuestos de *wrongful birth*, en los que la teoría de la pérdida de oportunidad encuentra un prolífico ámbito de aplicación⁸⁶⁹. Para estos casos, existe actualmente una doctrina consolidada en nuestra jurisprudencia con relación al cálculo de la indemnización, pudiendo citarse como exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012⁸⁷⁰, dictada con ocasión de una demanda de responsabilidad civil interpuesta por los padres de un niño nacido con síndrome de *Down*, al no haberse llevado a cabo las pruebas de detección pertinentes con arreglo a los protocolos de la SEGO y SESEGO para un embarazo de alto riesgo. Con estos antecedentes fácticos, indemniza el Tribunal el daño moral sufrido por el entorno familiar por la pérdida de oportunidad de decidir (que valora a tanto alzado en 80.000 euros) y el sobre coste que genera la crianza y educación del menor conforme a sus posibilidades (estimado en 200.000 euros)⁸⁷¹. Son varios los reparos que apreciamos en el fallo de referencia. Así, en primer lugar, el Tribunal Supremo sigue entendiendo (de modo equivocado, a nuestro parecer) la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, y no como un criterio de imputación probabilística de otros daños respecto de los cuales no es posible establecer el nexo causal con certeza o con un grado de probabilidad cualificado. Pero, además, se observa también una imprecisa aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, por dos razones fundamentales.

tínez Rodríguez, Nieves, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), pp. 239-249.

⁸⁶⁹ Al hablar de *wrongful birth* nos referimos «a la acción por negligencia médica que ejercitan los padres por el nacimiento de un niño con malformaciones detectables durante el embarazo que, si se hubieran conocido a tiempo, les habría permitido plantearse la posibilidad de abortar» (Garriga Gorin a, Margarita, «Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1.ª, 7.6.2002», *InDret*, n. 3, 2003, p. 4). *Vid.* también Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *InDret*, n. 3, 2001, p. 3. Es en el *case law* norteamericano donde encontramos el primer pronunciamiento judicial en el que los tribunales conceden una indemnización en un supuesto de *wrongful birth*. Nos referimos al fallo de la *Appellate Division of the Supreme Court of New York* en *Dolores E. Becker et al., Respondents, v. Eugene D. Schwartz et al. Appellants*, 46 N. Y.2d 401 (1978) (*Appellate Division of the Supreme Court of New York*, 27.12.1978), donde los padres de un niño nacido con síndrome de *Down* alegan que, al no haber sido informados ni del elevado riesgo de nacimiento de niños con dicha patología existente cuando la gestante supera los treinta y cinco años de edad ni de la posibilidad de someterse a una amniocentesis para conocer si el feto sufre tal síndrome, se les ha privado de su derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. En el asunto de referencia, la *Appellate Division of the Supreme Court of New York* indemniza a los padres por el daño moral que les produce el nacimiento de su hijo con síndrome de *Down* y por el daño patrimonial derivado de ciertos gastos del embarazo.

⁸⁷⁰ RJ 2012\4676; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

⁸⁷¹ *Vid.* también SSTS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9302; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) –comentada en Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1.ª, 18.12.2003», *InDret*, n. 2, 2004, pp. 1-12-; 30 de junio de 2006 (RJ 2006\6580; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 19 de mayo de 2015 (RJ 2015\2448; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas).

En primer lugar, porque se aplica al daño equivocado, concretamente, al daño moral por privación del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, cuando, en puridad, la violación del derecho a la autonomía de los padres se produce automáticamente de resultas del error en el diagnóstico prenatal, con independencia de si los progenitores, de haber conocido la anomalía padecida por el feto, hubieran decidido interrumpir voluntariamente el embarazo. Sin embargo, no se aplica a los daños patrimoniales derivados de los mayores costes que conlleva la crianza de un hijo con síndrome de *Down* pese a que, precisamente, son éstos los daños que exigen tomar en consideración la pérdida de oportunidad ante la incerteza causal derivada de la imposibilidad de determinar hipotéticamente cuál hubiera sido la decisión de los padres en caso de conocer la anomalía sufrida por el *nasciturus*. Asimismo, y como segunda falla del Tribunal Supremo en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, se observa una evaluación a tanto alzado del montante de la indemnización; de esta suerte, no repara en ningún momento el Tribunal en calcular la probabilidad de que la gestante hubiera decidido la interrupción voluntaria del embarazo de conocer el diagnóstico prenatal ni, por consiguiente, en aplicar dicho porcentaje al importe íntegro del daño moral que hubieran sufrido los padres de haber abogado, siendo debidamente informados, por la interrupción voluntaria del embarazo⁸⁷².

En resumen, opinamos que la pérdida de oportunidad no ha de entenderse como un daño autónomo a indemnizar en los supuestos de incertidumbre causal,

⁸⁷² A tanto alzado estima también el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 765/2009, de 11 de noviembre de 2009, la indemnización a los padres por la pérdida de oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en un supuesto de *wrongful birth*: «Una vez alcanzada la conclusión de que existe responsabilidad patrimonial, debe pronunciarse este Consejo sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de la indemnización, conforme a lo prevenido en el artículo 12.2 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. La indemnización debe no obstante, limitarse, como señala el Tribunal Supremo, a los daños morales padecidos por los actores, quedando moderada, además, por el propio significado de la pérdida de oportunidad. En este punto, es claro que la indemnización solicitada por los actores es desproporcionada y no tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial citada en este dictamen, considerando que lo que se indemniza no son las malformaciones que presenta el neonato, muerto al poco tiempo de nacer, en las que nada tiene que ver la asistencia sanitaria prestada, sino la frustración de la opción por la interrupción voluntaria del embarazo o su continuación. Remitiéndonos a la doctrina de este Consejo sobre las dificultades para realizar una valoración precisa del daño objeto de resarcimiento, hay que reiterar que el Tribunal Supremo subraya «el componente subjetivo en la fijación de la indemnización económica del perjuicio moral, reservada por ello al prudente arbitrio del Tribunal de instancia» [...], y ello «sin otra limitación que la razonabilidad en su determinación», para lo que se tienen en cuenta las diversas circunstancias concurrentes. Este principio del prudente arbitrio o del buen juicio, es empleado también en el Derecho comparado ante la imposibilidad de realizar una valoración analítica, metódica e irrefutable, tratándose como se trata de la consideración de daños que se resisten a ser medidos o baremados con los cánones propios del saber matemático (a título de ejemplo en la decisión M. Denaud del Conseil d'État, de 17 de mayo de 1999). Por todo lo expuesto, a juicio de este Consejo, en el caso analizado procede fijar una indemnización acorde con las circunstancias concurrentes y en comparación con otros supuestos similares, que prudentemente puede fijarse, en una cuantía de 20.000 euros.

sino, más bien, como un criterio que permita la imputación proporcional de los daños corporales derivados de la realización del procedimiento médico no consentido⁸⁷³. Dicho de otro modo, ante la imposibilidad de acreditar la relación de causalidad entre el daño corporal sufrido por el paciente y el actuar culposo del facultativo (debido a la incertidumbre sobre su hipotética decisión de haber sido debidamente informado), la teoría de la pérdida de oportunidad permite, en aras de evitar la exclusión absoluta de la responsabilidad civil, imputar al profesional sanitario tales daños únicamente en la proporción respecto de la cual puede establecerse el nexo causal, tras la realización de un «juicio de verosimilitud»⁸⁷⁴ en atención a las circunstancias concurrentes (gravedad de la enfermedad, previsible evolución natural de la misma, urgencia y riesgos inherentes a la intervención o tratamiento...) ⁸⁷⁵. Por su parte, como hemos ya indicado, entendemos que no debe aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad a los daños morales por privación del derecho a la decidir, pues la vulneración del derecho a la información y al consentimiento del paciente genera *per se* (con independencia de la hipotética decisión que hubiese adoptado el paciente de haber sido su consentimiento informado debidamente solicitado) una lesión a su derecho a la autonomía en el ámbito sanitario.

2.5 Conclusiones

Quien escribe juzga que la omisión del consentimiento informado causa al paciente en todo caso un daño moral por la lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, con independencia de la hipotética deci-

⁸⁷³ Sostiene Lun a Yerga : «la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de relación de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad» (Lun a Yerga, Álvaro, «Oportunidades perdidas...» *op. cit.*, p. 4).

⁸⁷⁴ Galán Cortés, Julio César, «Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria: Daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 630.

⁸⁷⁵ Como bien señala Medin a Alcoz : «En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de «causalidad sospechada», «causalidad probabilística», «porcentajes de causalidad», «causalidad de proporciones» o «causación probable», ligadas a las de «reparación proporcional» o «responsabilidad parcial»» (Medin a Alcoz, Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, p. 52).

sión que hubiera adoptado de ser debidamente solicitado su consentimiento y del resultado exitoso o fallido de la actuación médica desarrollada.

Por el contrario, ni los daños corporales derivados para el paciente del procedimiento médico no consentido ni la pérdida de oportunidad de haberlo rechazado constituyen daños que puedan imputarse al profesional sanitario por la omisión del consentimiento informado del paciente, los primeros por no resultar, como examinamos en el epígrafe que sigue, objetivamente imputables a la conducta omisiva del facultativo y los segundos por no constituir un verdadero daño a indemnizar, sino un criterio de imputación probabilística de otros daños aplicable en supuestos de incertidumbre causal.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Sobre la base del razonamiento expuesto en el apartado precedente, podemos afirmar que son dos los daños fundamentales que la jurisprudencia contempla en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente, a saber, los daños corporales (físicos y/o psíquicos) derivados de la actuación médica no consentida, de un lado, y el daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente, de otro, ya se entienda este último como un daño autónomo o, por el contrario, se supedita su resarcimiento al resultado negativo de la intervención o tratamiento. Partiendo de esta premisa, nos ocupamos en las líneas que siguen del examen de la relación de causalidad como segundo de los elementos exigidos para declarar la responsabilidad civil del profesional sanitario en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente ⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ Hemos de prevenir desde un primer momento, en aras de evitar confusiones futuras e innecesarias, que en nuestra obra analizamos únicamente la existencia o no de nexo causal entre la omisión del consentimiento informado del paciente y el daño corporal y moral por éste sufridos. Excluimos consiguientemente, por exceder de los propósitos perseguidos por una investigación cuyo núcleo es el consentimiento informado, el examen de la relación de causalidad entre la conducta de un profesional sanitario que lleva a cabo un procedimiento médico sin respeto de las exigencias de la *lex artis ad hoc* y los daños corporales que para el paciente se derivan de la actuación médica negligentemente ejecutada. No obstante, opinamos necesario advertir que, en la situación descrita, la prestación por el paciente de su consentimiento para la realización del acto médico en modo alguno entraña la exculpación del galeno por la negligencia incurrida, habida cuenta de que el consentimiento informado sólo legitima la actuación del facultativo (y, consiguientemente, conlleva el traslado de los riesgos inherentes al procedimiento médico desde la esfera de responsabilidad del médico a la del paciente) cuando en su ejecución se respetan las exigencias de la *lex artis ad hoc*. En consecuencia, suscribimos enteramente las palabras de Xiol Ríos al señalar que «no cabe confundir el consentimiento informado con un «derecho a la irresponsabilidad»» (Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 45). En igual sentido, Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 633; Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 81; Pérez del Blanco, Gilberto, «Responsabilidad patrimonial de la

La necesidad de nexo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima para que pueda declararse la responsabilidad civil es una constante en nuestro ordenamiento jurídico (y en la inmensa mayoría de los de nuestro entorno occidental⁸⁷⁷) con independencia del tipo de responsabilidad civil que resulte de aplicación⁸⁷⁸, constituyendo una exigencia lógica que pretende evitar que el daño sufrido por un sujeto se impute «a quien no tiene nada que ver con el mismo»⁸⁷⁹. Sin embargo, pese a la extraordinaria e indiscutible relevancia que presenta la causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil y al hecho de que constituya «el aspecto del Derecho de daños que presenta una mayor complejidad»⁸⁸⁰, nuestra legislación, lejos de contemplar una regulación razonablemente detallada que facilite la solución de los problemas causales, se caracteriza por su parquedad, limitándose a exigir

Administración sanitaria: Presupuestos y carga de la prueba», en AA. VV., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 204; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional...* op. cit., p. 120 y 156; García Garnica, María del Carmen, «La actual...» op. cit., p. 145; Cueto Pérez, Miriam, *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 283-284; Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa...* op. cit., pp. 174-175; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de...* op. cit., p. 30; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El consentimiento...» op. cit. En la jurisprudencia, vid. SSTS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000\7804; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 7 de junio de 2001 (RJ 2001\4198; Ponente: Excmo. Sr. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez); 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6781; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García) y 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho). Vid. también SSAN de 5 de junio de 2002 (JUR 2003\58653; Ponente: Excmo. Sr. José Guerrero Zaplana) y 16 de octubre de 2002 (JUR 2003\59970; Ponente: Excmo. Sra. Lucía Acín Aguado). Abundando en esta línea argumental, declara el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen n. 846/2009, de 17 de diciembre de 2009, que «el consentimiento informado, como su propio nombre indica, tiene que ver con consentir una intervención física, pero no comporta el deber de soportar todas las consecuencias de una intervención, incluyendo los resultados contrarios a la finalidad perseguida o los que pudieran derivar de insuficiencia de medios o de una mala praxis médica.» Vid. también Dictámenes nn. 048/2006, de 8 de febrero de 2006; 230/2006, de 19 de junio de 2006; 249/2006, de 26 de junio de 2006 y 645/2009, de 30 de septiembre de 2009.

⁸⁷⁷ Como exponentes, cabe citar los Derechos austriaco (parágrafos 1294 y 1295 del *General Civil Code*), belga, inglés, francés (art. 1382 del *Code Civil*), alemán, griego, italiano, sudafricano, suizo y estadounidense –Vid. Spier, Jaap (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International, The Hague, 2000–.

⁸⁷⁸ La relación de causalidad es un requisito de la responsabilidad civil en todas sus modalidades, como demuestran los artículos 1101, 1902 y 1903 CC y 32 LRJSP, reguladores, respectivamente, de la responsabilidad civil contractual, extracontractual por hecho propio, extracontractual por hecho ajeno y patrimonial de la Administración Pública. Asimismo, como reiteran en incontables ocasiones nuestros tribunales, la exigencia de causalidad resulta una constante sea la responsabilidad civil de tipo subjetivo u objetivo. Por todas, SSTS de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998\707; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 30 de junio de 2000 (RJ 2000\5918; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 30 de enero de 2004 (RJ 2004\439; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8058; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

⁸⁷⁹ At az López, Joaquín, *Los médicos...* op. cit., p. 355.

⁸⁸⁰ Salas C arceller, Antonio, «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 48, 2013, p. 11.

que el daño sufrido por la víctima sea causado por el agente (o por las personas, animales u objeto por el que éste deba responder) para que pueda declararse su responsabilidad⁸⁸¹. Ante esta insuficiencia normativa, es la jurisprudencia la que tradicionalmente se esfuerza por dar solución a los problemas causales, apelando el juez, en un principio, a su intuición y sentido común, la experiencia de lo que observa normal en la naturaleza y la aplicación del aforismo latino *post hoc ergo propter hoc*, que implica la consideración del antecedente más inmediato como causa del resultado⁸⁸². Es a mediados del siglo xix cuando la doctrina penal alemana comienza a desarrollar un estudio sistemático de la causalidad a la luz del estudio de los delitos de homicidio y lesiones (delitos de resultado), siendo en 1860 cuando von Buri, magistrado del Tribunal Supremo del *Reich* (BGH), esboza un planteamiento general de la causalidad en su obra *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*⁸⁸³.

Progresivamente, las teorías causales, concienzudamente diseñadas por la doctrina penal alemana, son acogidas por la doctrina y jurisprudencia penal y civil españolas, si bien se observa una mayor reticencia en el ámbito civil, donde los tribunales tradicionalmente resuelven los problemas causales con fundamento más en el «sentimiento» que en la racionalidad⁸⁸⁴. Así, hoy en día se halla plenamente consolidada en nuestra jurisprudencia la distinción de la que debe partir todo análisis de la relación de causalidad, a saber, la causalidad fáctica, física o material, de un lado, y la imputación objetiva, de otro⁸⁸⁵. Esta distinción,

⁸⁸¹ Vid. artículos 1101 y 1902 y ss. CC y 32 LRJSP.

⁸⁸² Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Navarra, 2011, p. 359.

⁸⁸³ Von Buri, Maximilian, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Ferber, Gießen, 1860.

⁸⁸⁴ Indica de Cuevillas Matozzi: «Si bien [la] consideración [de los problemas causales] fue extensa en el campo punitivo, la falta de estudio en el ámbito civil obligaba a que los diversos interrogantes que se presentaban acerca del alcance del nexo causal fueran resueltos acudiendo en los casos concretos a pautas provenientes de la experiencia, se daban soluciones más a nivel intuitivo que conceptual, a través del buen tacto de los jueces. Ello llevó incluso a renombrados doctrinarios a afirmar que las dudas que se planteen sobre la causalidad deben ser resueltas por el sentimiento» (de Cuevillas Matozzi, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 78).

⁸⁸⁵ Por todas, SSTS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981\2247; Ponente: Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez); 5 de abril de 1983 (RJ 1983\2242; Ponente: Excmo. Sr. Martín Jesús Rodríguez López); 11 de febrero de 1987 (RJ 1987\1241; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 16 de julio de 1987 (RJ 1987\5541; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 17 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8532; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz); 15 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9166; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto); 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1359; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 6 de marzo de 1991 (RJ 1991\1922; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 1 de julio de 1991 (RJ 1991\5485; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992\8875; Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz); 18 de julio de 1994 (RJ 1994\6642; Ponente: Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez); 26 de junio de 1995 (RJ

cuyo origen nos remite a la doctrina criminal alemana, es postulada por el penalista español Gimbernat Ordeig⁸⁸⁶ en la década de los sesenta de la pasada centuria e incorporada al ámbito civil por de Cossío y Corral⁸⁸⁷, donde ha sido promovida y estudiada profusamente por Pantaleón Prieto⁸⁸⁸. La causalidad fáctica alude al vínculo material existente entre la conducta del agente y el resultado dañoso, determinado éste mediante la aplicación de reglas de naturaleza lógico-empírica. Por su parte, la imputación objetiva entraña la necesidad de realizar una valoración jurídica de las conductas que hayan superado el juicio de causalidad fáctica, con el fin de dirimir si es posible imputar a tales conductas las consecuencias derivadas de la causación del hecho dañoso. De esta suerte, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria coincide en reconocer que la diferencia esencial entre la causalidad material y la imputación objetiva radica en el hecho de que, mientras que la primera se sirve de las leyes de la naturaleza para dilucidar la causalidad (*quaestio facti*), la imputación objetiva implica realización de un juicio normativo al objeto de limitar el ámbito de la responsabilidad determi-

1995\5152; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater); 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9244; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8083; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri); 17 de enero de 2001 (RJ 2001\397; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 4 de julio de 2003 (RJ 2003\5445; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 24 de octubre de 2003 (RJ 2003\7519; Ponente: Excmo. Sr. José de Asís Garrote); 12 de diciembre de 2005 (RJ 2006\196; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés); 2 de enero de 2006 (RJ 2006\129; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés); 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\884; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\2305; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 11 de junio de 2008 (RJ 2008\4358; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 9 de octubre de 2008 (RJ 2008\6042; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 14 de octubre de 2008 (RJ 2008\6913; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 26 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7134; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\557; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 27 de febrero de 2009 (RJ 2009\1672; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer); 5 de marzo de 2009 (RJ 2009\1631; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller); 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 15 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1550; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 3 de octubre de 2012 (RJ 2012\9711; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 4 de junio de 2014 (RJ 2014\4362; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Córdoba de 7 de junio de 1995 (ARP 1995\852; Ponente: Illmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) y SAP Madrid de 8 de junio de 2015 (AC 2015\1023; Ponente: Illmo. Sr. D. Gregorio Plaza González).

⁸⁸⁶ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 1966, pp. 73 y ss.

⁸⁸⁷ *Vid.* de Cossío y Corral, Alfonso, «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fascículo III, 1966, pp. 527-554.

⁸⁸⁸ *Vid.* Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, tesis doctoral dirigida por Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, leída en la Universidad Autónoma de Madrid en 1981, inédita, Apéndice I, pp. 38-65; Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, pp. 1561-1591.

nado por la causalidad material (*quaestio iuris*)⁸⁸⁹. La opinión contraria postulan Reglero Campos y Medina Alcoz, al entender que la causalidad fáctica no se determina únicamente sobre la base de las leyes de la naturaleza, sino que en su delimitación se atiende también a criterios de índole normativa⁸⁹⁰, tesis avalada por los artículos 3:102 a 3:106 PETL, en los que el *European Group on Tort Law* proporciona unos criterios normativos para la determinación de la causalidad fáctica aplicables a ciertos supuestos donde la regla de la *condicio sine qua non* se manifiesta insatisfactoria a tal efecto, como las situaciones de causalidad alternativa⁸⁹¹. Por su parte, defiende Luna Yerga que no es posible un aislamiento absoluto «entre hechos y derecho, entre causalidad e imputación objetiva», pues «valores personales y sociales ejercen una indudable influencia en el juzgador de hecho en la determinación de cuál haya sido la causa probable de un determinado suceso⁸⁹²». El aludido debate, lejos de alimentar una controversia con relevancia a efectos meramente teóricos, presenta una importante repercusión práctica, habida cuenta de que, como advierte Xiol Ríos con gran atino:

«el nexo de causalidad se considera tradicionalmente por la jurisprudencia como una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los tribunales de instan-

⁸⁸⁹ Por todos, Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1563; Salvador Coderch, Pablo *et al.*, «El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva», *InDret*, n. 4, 2005, p. 11; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 193. En la jurisprudencia, *vid.* SSTs de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\2322; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés); 17 de mayo de 2007 (RJ 2007\3542; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 9 de octubre de 2008 (RJ 2008\6042; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 14 de octubre de 2008 (RJ 2008\6913; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490; Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías) y 15 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1550; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

⁸⁹⁰ Sostienen los citados autores: «la doctrina de la *chance*, al igual que la responsabilidad por causa anónima, ayuda a desmentir la creencia de que corresponde al científico natural averiguar si una conducta fue «condicio sine qua non» de tal manera que, sólo cuando su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista calificando la causa física probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil. Porque, en general, valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es un juicio *normativo*, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado (de correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente causó el menoscabo. El Derecho procesal e, incluso, normas sustantivas del sistema de responsabilidad civil aportan un buen número de reglas y criterios con que afirmar la causalidad física (o la probabilidad de su existencia). La prueba de los hechos está sujeta a pautas jurídicas de valoración racional impuestas por el Derecho procesal o derivadas de exigencias intrínsecas del instituto resarcitorio. Es preciso, pues, relativizar en cierta medida la distinción entre «*quaestio facti*» y «*quaestio iuris*», pues también las del primer tipo están «teñidas de normatividad»; y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física» (Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexo...» *op. cit.*, p. 866). *Vid.* también Medina Alcoz, Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, pp. 67-69.

⁸⁹¹ Para un estudio en profundidad del régimen de la causalidad alternativa en los PETL, *vid.* Cadenas Osuna, Davinia, «La causalidad hipotética: estudio comparado y propuesta de interpretación según los textos de soft law europeo», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 44, 2017, pp. 183-205.

⁸⁹² Luna Yerga, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 356-357.

cia. Sin embargo, la imputación objetiva se considera como una *quaestio iuris* revisable en casación en el ámbito de la aplicación del artículo 1902 CC⁸⁹³.»

En definitiva, la determinación de la responsabilidad civil exige, no sólo la prueba de la existencia de un vínculo material de causalidad entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, sino también la posibilidad de imputar jurídicamente a dicha conducta las consecuencias del resultado lesivo tras la aplicación de los correspondientes criterios de imputación objetiva. A continuación, profundizamos en el estudio de las categorías aludidas y su aplicación específica a las situaciones de omisión del consentimiento informado del paciente.

3.1 Causalidad fáctica, material o física

La causalidad es, sin lugar a duda, el aspecto más complejo y problemático de los que implica la responsabilidad civil, agudizándose su cota de dificultad proporcionalmente al aumento de la sofisticación de las teorías que pretenden dar solución a los problemas causales. Como hemos ya señalado, estas teorías encuentran su origen en la doctrina penal alemana de mediados del siglo xix en adelante, resultando, como fruto de su concienzuda y prolija investigación, una diversidad de teorías que, en un primer momento, se centran en la determinación de la causalidad sobre la base de la existencia de un vínculo

⁸⁹³ Xiol Ríos, Juan Antonio, «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, n. 2132, 2011, p. 6. En igual sentido, Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 18. Por su parte, sostiene el Tribunal Supremo, en auto de 21 de junio de 2017 (RJ 2017\3030; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller), que la valoración de la prueba de realidades fácticas «corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en [casación] a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad». *Vid.* también SSTS de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005\949; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares); 8 de abril de 2005 (RJ 2005\4521; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4682; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 16 de junio de 2006 (RJ 2006\3734; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés); 23 de junio de 2006 (RJ 2006\5558; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 28 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6938; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4705; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 19 de octubre de 2009 (RJ 2009\5583; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010\8006; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\585; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 12 de julio de 2011 (RJ 2011\5972; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 29 de julio de 2011 (RJ 2011\6287; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 25 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9017; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas) y 4 de enero de 2013 (RJ 2013\4590; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno).

meramente fáctico o natural entre la conducta del agente y el resultado dañoso. Estas teorías son categorizadas en dos grupos, a saber, teorías generalizadoras e individualizadoras, cuya diferencia radica en la amplitud de la esfera de antecedentes fácticos a los que atribuyen relevancia en la causación del daño⁸⁹⁴. De esta manera, las teorías generalizadoras identifican las condiciones y las causas del resultado dañoso, al entender que todos los antecedentes contribuyen a la causación del resultado y sin discriminarlos en atención a su proximidad temporal o lógica con el resultado, la eficacia en su producción o cualquier otro criterio⁸⁹⁵. Por su parte, las teorías individualizadoras buscan, de entre todos los antecedentes del resultado dañoso, cuáles presentan relevancia causal, distinguiendo las meras condiciones del daño de aquellos otros antecedentes que, en atención a un determinado criterio que depende de cada teoría (causa próxima, causa eficiente...), constituyen verdaderas causas del resultado dañoso.

3.1.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones

De entre las múltiples doctrinas concebidas en aras de explicar la causalidad fáctica, destaca la teoría de la equivalencia de las condiciones (*Äquivalenztheorie*), paradigma de las teorías generalizadoras en virtud de la cual todos los antecedentes de un resultado contribuyen por igual a su causación y, en consecuencia, todos constituyen causas del mismo, no distinguiéndose, por tanto, entre condiciones y causas del daño⁸⁹⁶. Como podemos comprobar, la teoría de la equivalencia de las condiciones, que responde a la máxima latina *causa causae est causa causati* («la causa de la causa es causa del mal causado»), parte de una concepción «nomológica-funcional» de la causalidad, en virtud de la cual «causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las Leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido; condiciones que no pueden ser

⁸⁹⁴ Vid. de Cuevillas Martínez, Ignacio, *La relación... op. cit.*, p. 80.

⁸⁹⁵ Definen Hart y Honoré las teorías generalizadoras como aquéllas «which recognize that every particular causal statement is implicitly general, in the sense that its truth is dependent on the truth of some general statement of regularities» (Hart, Herbert Lionel Adolphus y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1985, p. 433). Dicho de otro modo, «the generalizing theories insist that, if a particular act or event is a cause of something, its status as a cause is derived from the fact that it is of a kind believed to be generally connected with an event of some other kind» (Hart, Herbert Lionel Adolphus y Honoré, Tony, *Causation in... op. cit.*, p. 434).

⁸⁹⁶ Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, p. 72.

jerarquizadas, por ser cada una de ellas tan causal como las demás»⁸⁹⁷. De esta suerte, basta con que el agente motive una de las condiciones del resultado dañoso para que deba responder del mismo⁸⁹⁸.

Ahora bien, la teoría de la equivalencia de las condiciones exige la delimitación de los antecedentes del resultado dañoso, esto es, de las condiciones que lo han motivado y que van a entenderse equivalentes en su causación. Al respecto, son dos las doctrinas que pretenden la concreción de la teoría de la equivalencia de las condiciones, a saber, la fórmula de la condición más ajustada a las leyes de la naturaleza, de un lado, y la regla de la *condicio sine qua non*, de otro⁸⁹⁹. No obstante, en nuestra obra nos dedicamos en exclusiva al

⁸⁹⁷ STS de 17 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8885; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

⁸⁹⁸ De Cuevillas Ma tozzi, Ignacio, *La relación... op. cit.*, p. 82.

⁸⁹⁹ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1561. Declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de enero de 2006 (RJ 2006\129; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés): «La relación de causalidad en su aspecto fáctico consiste en la recepción por el Juez o por el «operador jurídico» de la causalidad determinada con arreglo a las reglas científicas o técnicas como «condición ajustada a las Leyes de la experiencia científica» o como *condicio sine qua non*, que son las variantes de la predominante teoría de la equivalencia de las condiciones, pero no en la búsqueda por el juez de las «condiciones empíricas antecedentes que proporcionen la explicación del resultado conforme a las Leyes de la experiencia científica.» En igual sentido, STS de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés). Como vemos, las doctrinas de la *condicio sine qua non* y de la condición más ajustada a las leyes de la naturaleza no se identifican con la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino que aquellas pretenden la concreción de ésta, debiendo esta premisa ser asimilada al objeto de evitar la confusión a la que puede inducir algún pronunciamiento judicial en el que nuestros tribunales difuminan las fronteras entre las aludidas teorías, pudiendo citarse como exponente la STS de 11 de febrero de 1987 (RJ 1987\1241; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos): «En tema de nexo causal, la jurisprudencia más reciente de esta Sala, siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce o no la existencia de una acción típicamente anti-jurídica y el juicio de imputación subjetiva que encuentra o no la existencia de culpabilidad, de modo que, dentro de la primera de tales imputaciones no basta, la relación causal entre acción y resultado, tal como la concebía la doctrina tradicional, sino que es menester que a la noción de causa, tal como es entendida por las ciencias naturales y que encuentra su traducción en la doctrina de la *condicio sine qua non* o de equivalencia de las condiciones, se añada la relevancia jurídico-penal de tal nexo causal [...].» En igual equivocación incurrían las SSTs de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1359; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 1 de julio de 1991 (RJ 1991\5485; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992\8875; Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz); 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8083; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri); 17 de enero de 2001 (RJ 2001\397; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 4 de julio de 2003 (RJ 2003\5445; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\2305; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 26 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7134; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\557; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 27 de febrero de 2009 (RJ 2009\1672; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer); 5 de marzo de 2009 (RJ 2009\1631; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller) y 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). En la doctrina, sostiene la identificación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y la regla de la *condicio sine qua non* Galán Cortés al afirmar: «Se dice que hay causalidad material o física cuando a través de una reconstrucción ideal de los acontecimientos se llega a la conclusión lógica de que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar (*condicio sine qua non*). Es la regla que en el derecho norteamericano se denomina *but for test*, y en el derecho europeo se conoce como teoría de la equivalencia de las condiciones» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 507).

estudio de esta última, al ser la acogida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia españolas⁹⁰⁰.

3.1.1.1 *Regla de la condicio sine qua non (but-for test)*

La *condicio sine qua non*⁹⁰¹ es aquella doctrina que estima condición del daño a toda aquella circunstancia *de no haber sido por (but for)* la cual no se habría producido el resultado dañoso; tal conclusión se infiere tras realizar un juicio hipotético-negativo en virtud del cual constituye condición del daño toda aquella conducta cuya supresión *in mente* conlleva la desaparición también del daño⁹⁰². De esta suerte, la referida teoría, que responde al aforismo latino *sublata causa, tollitur effectus* («eliminada la causa, desaparece el efecto»), supedita el establecimiento del nexo causal a la realización de un juicio hipotético-negativo, en aras de resolver qué habría ocurrido de no haberse producido una determinada circunstancia. En consecuencia, únicamente aquellas situaciones que superen el antedicho juicio hipotético-negativo son reputadas condiciones del resultado y, consiguientemente, causas del mismo⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Vid. *infra*, nota al pie n. 916.

⁹⁰¹ Seguimos la terminología utilizada por Pantaleón Prieto, quien, a diferencia de muchos autores españoles y extranjeros, escribe *condicio* y no *conditio*, «porque aquella es la forma correcta en latín clásico, en el que «condición» era *condicio, -onis*, mientras que *conditio, -onis* significaba «fundación» o «creación» (del verbo *condo, is, -ere -didi- ditum; post Roman conditam*: después de la fundación de Roma) (Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1561).

⁹⁰² Sostiene Díez-Picazo y Ponce de León que la teoría de la *condicio sine qua non* «fue forjada, especialmente para el Derecho penal, por von Buri en 1855 y parece haber recibido la influencia de las ideas relativas a los métodos científicos, especialmente de Jobs y de S. Mill. Es científica, porque rompe con cualquier connotación teológica o metafísica y establece un examen de los fenómenos en sí mismos considerados. Cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental exige suprimir mentalmente o empíricamente cada una de ellas. En este sentido, causa es la condición *sine qua non* del daño, es decir, aquél de los elementos o de las condiciones, que, si hubiera faltado el resultado dañoso no se hubiera producido. Si se quita la causa, desaparece la consecuencia (*sublata causa tollitur effectus*)» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, p. 360). Vid. también Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 507; Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 27; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de... op. cit.*, pp. 188-189.

⁹⁰³ Indica de Cossío y Corral: «von Buri entendía que la «suma de todas las fuerzas que tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, debe ser considerada como causa del mismo», de donde se sigue que las condiciones de un resultado no pueden ser diferenciadas entre sí, pues «una condición, o es *conditio sine qua non* de ese resultado o no es nada, ya que no se da una tercera posibilidad». Es decir, que todas las condiciones son equivalentes, tienen el mismo valor, y por lo tanto, basta que un acto o una omisión humana sean *conditio sine qua non* de un resultado para que deba entenderse como causa del mismo, y le haga imputable a su autor» (de Cossío y Corral, Alfonso, «La causalidad...» *op. cit.*, pp. 530-531).

La *condicio sine qua non* es objeto de diversas críticas doctrinales, pudiendo destacarse las que siguen⁹⁰⁴. En primer lugar, la consideración como causa del resultado de todas aquellas circunstancias cuya supresión *in mente* conllevaría la desaparición también del resultado nos conduce al *regressus ad infinitum*⁹⁰⁵; esto es, a una delimitación exagerada del ámbito de la responsabilidad al identificar un escenario de agentes causantes prácticamente infinito⁹⁰⁶. Por esta razón, coincidimos con Arcos Vieira en que la *condicio sine qua non* «resuelve poco» en la determinación de la causalidad material, pues sólo permite excluir la responsabilidad de aquellos sujetos que no tienen intervención alguna en el curso causal, que son precisamente aquellos sujetos frente a los cuáles no es frecuente el ejercicio de la acción de responsabilidad⁹⁰⁷.

En segundo lugar, se reprocha a la regla de la *condicio sine qua non* que, amén de generar problemas por exceso en la delimitación de la causalidad, también los origina por defecto, negando la existencia de nexo causal en situaciones como las de causalidad concurrente donde, la confluencia de una pluralidad de actividades con entidad suficiente para causar el resultado dañoso y participación efectiva en su causación, impide el establecimiento del nexo causal respecto de cualquiera de ellas⁹⁰⁸. Del mismo modo, tampoco permite la

⁹⁰⁴ Vid. Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, *Del concepto... op. cit.*, pp. 48-55; Lun y Yerga, Álvaro, *La prueba... op. cit.*, pp. 365-367.

⁹⁰⁵ Infante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 142.

⁹⁰⁶ Este reproche lo ilustra Yzquierdo Tolsada con el siguiente ejemplo: «de la negligencia del médico al tratar una lesión, podría responder también el propio causante de ésta; el caso fortuito no serviría como eximente; la culpa del propio perjudicado tampoco tendría relevancia para mitigar la responsabilidad, etc. Y es que no es precisamente lo mismo *causa* que *ocasión*» (Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de... op. cit.*, p. 190). Vid. también Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 248: «la concepción del asesino por su madre fue condición de que éste pudiese matar a su víctima y, por tanto, de la muerte de ésta –y lo mismo podría decirse de todos sus antepasados–.»

⁹⁰⁷ Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 28. Por su parte, sostiene Mir Puigpela t que dicho *regressus ad infinitum* «no debe ser limitado proponiendo conceptos de causalidad distintos (como se intentó antes de la teoría de la imputación objetiva, y sigue intentándose en la jurisprudencia y doctrina administrativas españolas), sino en sede de imputación» (Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización... op. cit.*, p. 239).

⁹⁰⁸ Ilustra Mir Puigpela t los supuestos de causalidad concurrente con el siguiente ejemplo: «la unidad de sangre contaminada con el virus del SIDA transfundida a un paciente proviene de dos –o más– donantes seropositivos distintos» (Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización... op. cit.*, p. 231). Otro ejemplo lo proporciona Pérez Velázquez : el «empleado que despedido de la fábrica donde trabaja, en represalia, acude por la noche a la misma y le prende fuego, y, a los pocos minutos, como consecuencia de un rayo que impacta en la fábrica, se produce otro incendio. Al resultado –la fábrica ha quedado totalmente carbonizada–, se ha llegado por dos cursos causales distintos, el intencionado por el empleado despedido y por el caso fortuito del rayo; de forma que si mentalmente suprimimos cualquiera de ellos, hubiéramos tenido idéntico final» (Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016, pp. 370-371). Un supuesto similar a este último es re-

condicio sine qua non determinar la causalidad en los supuestos de causalidad alternativa en los que, al confluir una pluralidad de actividades con entidad suficiente para causar el daño, desconociéndose cuál de ellas lo ha causado efectivamente, resulta imposible dilucidar si, eliminada *in mente* cualquiera de las actividades concurrentes, también desaparecería el resultado⁹⁰⁹.

Por último, la *condicio sine qua non* es criticada por conocer la causalidad de forma indirecta, puesto que la realización del juicio hipotético-negativo por ella exigido requiere del previo conocimiento de la causalidad; es decir, únicamente podemos saber si la supresión *in mente* de una circunstancia entraña la desaparición del resultado dañoso si, previamente, conocemos que dicha circunstancia es causa del daño. Así, la *condicio sine qua non* no determina la causalidad directamente, sino que, por el contrario, la presupone⁹¹⁰; por tanto, más que una teoría para el establecimiento de la causalidad es, en puridad, una regla para la comprobación o confirmación de la misma⁹¹¹. Siguiendo este planteamiento, la determinación de la relación de causalidad conforme a la regla de la *condicio sine qua non* puede resultar pacífica en supuestos sencillos: A. fallece tras recibir un disparo en el pecho por obra de B.; si B. no hubiera disparado a A., no se habría producido la muerte de este último. Sin embargo, muchos más problemas plantea la *condicio sine qua non* en supuestos de mayor complejidad, como el caso del aceite de colza⁹¹² o el de la talido-

suelto por la *Supreme Court of Minnesota*, en el asunto *Jacob Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway Company and Others*, 146 Minn. 430 (*Supreme Court of Minnesota*, 17.9.1920), aplicando la conocida como *substantial factor rule*, regla correctora del *but-for test* conforme a la cual «la conducta del demandado es causa del evento dañoso si fue un *elemento material* y un *factor sustancial* en su causación» (Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 148).

⁹⁰⁹ Para dar respuesta a situaciones como las planteadas, el *European Group on Tort Law* propone, en los artículos 3:102 a 3:106 PETL, una serie de pautas correctoras de la *condicio sine qua non* aplicables a las situaciones de causalidad concurrente, causalidad alternativa, causalidad potencial, causalidad parcial incierta y de existencia de causas inciertas en la esfera de la víctima.

⁹¹⁰ Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 142.

⁹¹¹ En este sentido, sostiene Arcos Viera : «la objeción de mayor trascendencia que cabe formular al método de la *condicio sine qua non* es que, contrariamente a la finalidad para la que se aplica, ya presupone en sí mismo el conocimiento de la existencia o no de relación causal, por lo que sólo sirve en realidad para confirmar ese dato. Ciertamente, sólo pueden calcularse las consecuencias de eliminar un antecedente si se dispone antes del conocimiento exacto sobre los efectos que produce; dicho de otra forma, el método permite explicar por qué se sabe que un determinado fenómeno es o no causa de un resultado (el concreto daño que se reclama), pero carece de toda utilidad para llegar a saberlo» (Arcos Viera, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 29-30).

⁹¹² El del aceite de colza es el caso más importante del siglo XX en materia de Derecho de daños, tanto por el número de personas afectadas (quince mil personas intoxicadas, más de trescientas muertas y muchas inválidas o con graves secuelas) como por la cuantía de las indemnizaciones (unos tres mil millones de euros), hasta el extremo de ser referido por Sal vador Coderch como «la mayor condena del siglo» –Sal vador Coderch, Pablo, «Causalidad y responsabilidad (2.ª edición)», *InDret*, n. 3, 2002, p. 1–. Durante el siglo xx, la política comercial española se caracteriza por su carácter proteccionista, prohibiendo la comercialización del aceite de colza en España para uso alimentario con la finalidad de proteger el

mida⁹¹³. Esta dificultad es puesta de relieve por *The American Law Institute* en el *Restatement Third of Tort*:

«Counterfactual inquiry for factual cause. The requirement that the actor's tortious conduct be necessary for the harm to occur requires a counterfactual in-

mercado del aceite de oliva. La comercialización del aceite de colza, sin embargo, se permite para uso industrial, debiendo procederse previamente a su desnaturalización. En 1973, algunos comerciantes importadores de aceite de colza piden autorización al Laboratorio Central de Aduanas para proceder a la desnaturalización del aceite de colza con anilina (producto tóxico, pero no venenoso), autorización que es concedida. Años después, varios comerciantes pretenden invertir el proceso de desnaturalización con anilina previamente realizado, al objeto de proceder a la venta del aceite de colza para consumo humano. No obstante, en este proceso se incurre en algún error (que, aún hoy, continúa siendo una incógnita) y comienza una oleada de intoxicaciones sin parangón en nuestro país. El primer brote aparece en varios pueblos de la provincia de Madrid en mayo de 1981, si bien pronto se extiende a todo el centro y noroeste de la península ibérica. La gente enferma y muere, sin que se conozca el motivo. A principios de junio de ese mismo año, algunos expertos médicos asocian el envenenamiento al consumo de aceite sin etiquetar comprado a vendedores ambulantes. El 10 de junio de 1981 se identifica al aceite de colza como el causante de las muertes, sin que hasta el momento se haya especificado el concreto componente causante de la intoxicación. Con relación a este asunto se suceden dos procesos penales. En el primero, el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater), condena a los particulares responsables del daño, los cuáles, sin embargo, se declaran insolventes al no poder hacer frente al pago de las indemnizaciones fijadas. Ante esta situación, los herederos de las víctimas interponen una nueva querrela, resuelta en casación por el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6366; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio García Ancos), que declara la responsabilidad del director del Laboratorio Central de Aduanas, además de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. De esta suerte, el Alto Tribunal consigue encontrar a un funcionario que sirve de enlace para «aferrar las arcas del Estado» (Sal vador Coderch, Pablo, «Causalidad y...» *op. cit.*, p. 2). Para un estudio en profundidad del caso del aceite de colza, *vid.* Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, «Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos», *InDret*, n. 1, 2000, pp. 1-10; Sal vador Coderch, Pablo, «Causalidad y...» *op. cit.*, pp. 1-23.

⁹¹³ La talidomida es un fármaco comercializado entre 1958 y 1963 por una compañía farmacéutica alemana (*Grünenthal GmbH*) como sedante y para calmar las náuseas durante los primeros meses de embarazo. No obstante, el medicamento se deja de distribuir al descubrirse que provoca focomelia en el feto, siendo ésta una anomalía congénita que origina que el bebé nazca con carencia de alguna de sus extremidades o con las mismas excesivamente cortas. Las dificultades que conlleva la aplicación de la *condicio sine qua non* como método para determinar la causalidad material en este supuesto los pone de relieve Pantaleón Prieto, según el cual: «La fórmula de la *condicio sine qua non* –nos dicen, sobre todo sus contradictores– no aprehende inmediatamente la relación de causalidad, sino que la presupone lógicamente. Porque sólo cuando se sabe ya que existe un nexo causal entre una determinada condición y el resultado, puede afirmarse que, sin la condición, dicho resultado no se habría producido. Cuando, por el contrario, se desconoce la virtualidad causal de la condición en cuestión respecto del resultado el procedimiento de supresión mental no puede proporcionarnos ninguna luz sobre si aquella ha tenido o no algún influjo sobre éste. Los famosísimos casos de la talidomida constituyen un buen ejemplo de lo que quiere decirse: si no sabemos previamente si, en el caso concreto que se juzga, la talidomida ha tenido o no influencia en las malformaciones del feto (éstas pueden ser exclusivamente debidas a otras causas), nada podrá decirnos la fórmula criticada sobre la existencia o no de relación de causalidad entre la toma de la talidomida y las citadas malformaciones. Solo cuando se ha establecido previamente si la droga ha tenido o no influencia en la producción del evento lesivo, puede utilizarse con sentido la (ya sólo útil a efectos de control lógico a posteriori) fórmula de la *condicio sine qua non*» (Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1562, nota al pie n. 2). En igual dirección se pronuncian Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización...* *op. cit.*, p. 232; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...* *op. cit.*, p. 248. El asunto es llevado ante la justicia por las víctimas del medicamento. El Juzgado de Primera Instancia n. 90 de Madrid, en sentencia de 19 de noviembre de 2013

quiry. One must ask what would have occurred if the actor had not engaged in the tortious conduct. In some cases, in which the tortious conduct consists of the entirety of an act, this inquiry may not be difficult. Thus, if a driver falls asleep and that driver's car crashes into another's home, assessing what would have occurred if the actor had not fallen asleep poses little difficulty. In other cases, especially those in which the tortious conduct consisted of marginally more risky conduct than is acceptable or in which the actor failed to take a precaution that would have reduced the risk to another, such as by warning of a danger, the counterfactual inquiry may pose difficult problems of proof⁹¹⁴.»

En definitiva, la regla de la *condicio sine qua non*, que juzga causa del resultado dañoso toda aquella circunstancia cuya supresión *in mente* produce la desaparición también del daño, genera diversos problemas en su aplicación, destacando los de sobredeterminación e infradeterminación causal y el establecimiento de la causalidad de un modo indirecto o hipotético⁹¹⁵. No obstan-

(AC 2013\2288; Ponente: Ilma. Sra. Dña. Gemma Susana Fernández Díaz), condena a la compañía farmacéutica a pagar veinte mil euros (más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda) por cada punto porcentual de minusvalía reconocido por la Administración española a los afectados por la talidomida, considerando como tal a «los socios de AVITE [...] incluidos en el listado contenido en auto de 6 de noviembre de 2012 que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010 (RCL 2010, 2244) y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la presentación de la correspondiente resolución administrativa, excepto las personas que estén recibiendo ayudas de la Fundación Contergan.» Para un análisis en profundidad del citado pronunciamiento, *vid.* Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, pp. 136-142. El fallo de primera instancia es recurrido por la compañía farmacéutica, resolviendo la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 13 de octubre de 2014 (AC 2014\1712; Ponente: Ilma. Sra. Sagrario Arroyo García), la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia, al entender los magistrados que las acciones ejercitadas por AVITE han prescrito. Tras ser recurrido por AVITE, el fallo de apelación es confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015\4226; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Finalmente, el Tribunal Constitucional, por auto de 22 de julio de 2016 (RTC 2016\148), inadmite el recurso de amparo interpuesto por AVITE.

⁹¹⁴ The American Law Institute, *Restatement of the Law Third Torts: Liability for physical and emotional harm*, vol. 1, American Law Institute Publishers, Philadelphia, 2010, p. 349.

⁹¹⁵ A la vista de la problemática suscitada por la regla de la *condicio sine qua non*, propone Engisch una nueva pauta para la determinación de la causalidad, a saber, la fórmula de la condición más ajustada a las leyes de la naturaleza. En virtud de esta regla, la causalidad se determina de modo directo (y no hipotético), existiendo aquella cuando, conforme a las leyes de la experiencia científica, se asocie a una determinada acción un cierto resultado típico (Engisch, Karl, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931, p. 21). De esta manera, postula Díaz-Regañón García-Alcalá que, «cuando el juicio hipotético –método de supresión mental– ofrezca una solución dudosa, habrá que someter el caso al juicio de los peritos o expertos en la materia y aplicar la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza» (Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria», *InDret*, n. 1, 2004, p. 4). Ésta es la fórmula aplicada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\2322; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés), conforme a la cual: «se ha de poner de relieve, ante todo, que la relación de causalidad desde el punto de vista fáctico, es competencia de la Sala de instancia, pues, como ha señalado la más autorizada doctrina, «causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado

te, en nuestra obra adoptamos la *condicio sine qua non* como regla de concreción de la teoría de la equivalencia de las condiciones al ser la acogida mayoritariamente por jurisprudencia civil y penal española para la determinación de la causalidad material⁹¹⁶.

3.1.2 Causalidad fáctica en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente

En el presente apartado nos interrogamos sobre la existencia de vínculo material de causalidad entre la omisión del consentimiento informado del pa-

haya sucedido» lo que conduce a determinar, siguiendo las pautas de la llamada «teoría de la equivalencia de las condiciones» ampliamente difundida y seguida, la que se ha denominado «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica», que en el caso se entiende haber producido el «evento dañoso.»

⁹¹⁶ Por todas, SSTS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981\2247; Ponente: Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez); 11 de febrero de 1987 (RJ 1987\1241; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 16 de julio de 1987 (RJ 1987\5541; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 17 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8532; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz); 15 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9166; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto); 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1359; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 1 de julio de 1991 (RJ 1991\5485; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 6 de marzo de 1991 (RJ 1991\1922; Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos); 30 de julio de 1991 (RJ 1991\5429; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 26 de junio de 1995 (RJ 1995\5152; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater); 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9244; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8083; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri); 17 de enero de 2001 (RJ 2001\397; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 4 de julio de 2003 (RJ 2003\5445; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 12 de diciembre de 2005 (RJ 2006\196; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés); 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\884; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\2305; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 9 de octubre de 2008 (RJ 2008\6042; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 26 de noviembre de 2008 (RJ 2008\7134; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\557; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García); 27 de febrero de 2009 (RJ 2009\1672; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer); 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 4 de junio de 2014 (RJ 2014\4362; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). Es el criterio de la *condicio sine qua non* el adoptado también como regla general por los PETL en su artículo 3:101: «Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido». Sin embargo, como ya hemos señalado, los PETL contemplan, en los artículos 3:102 a 3:106, unas pautas correctoras de la *condicio sine qua non* para aquellas situaciones en las que ésta no proporciona una solución satisfactoria a los problemas de causalidad fáctica. Es importante tomar en consideración estas reglas correctoras propuestas por los PETL, pues, pese a que éstos constituyen un instrumento de *soft law*, nuestra jurisprudencia, no sólo los cita como *auctoritas* o argumento *ab abundantiam* –*vid.* SSTS de 2 de marzo de 2009 (RJ 2009\3287; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011\139; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11046; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos)–, sino que les atribuye, en repetidos pronunciamientos, un valor integrador de nuestro ordenamiento jurídico –*vid.* SSTS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007\4895; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009\144; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 5 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5672; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Calvo Cabello)–.

ciente y los daños identificados en el epígrafe precedente, a saber, los daños corporales derivados de la actuación médica, de un lado, y el daño moral por lesión del derecho a la autonomía, de otro. No obstante, estimamos inexcusable cuestionarnos preliminarmente sobre el modo de determinación de la causalidad cuando la conducta desplegada por el demandado es omisiva. Al respecto, hemos de partir de la base de que la no actuación de un sujeto únicamente presenta relevancia en sede de responsabilidad civil cuando el mismo tiene el deber jurídico (sea legal o contractual) de actuar y no se encuentra impedido física o materialmente para su cumplimiento, siendo precisamente dicho deber el que cualifica la inactividad del sujeto convirtiéndola en una omisión generadora de responsabilidad⁹¹⁷. En la dirección apuntada se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de mayo de 1967⁹¹⁸:

«CONSIDERANDO que, desde el punto de vista del derecho, para que cierta omisión pueda atribuirse a una persona como causante de un daño han de concurrir dos requisitos: que el sujeto omitente hubiese tenido el deber jurídico de actuar en el caso concreto y que dicha actuación, en la hipótesis de haberse producido, hubiera evitado el resultado⁹¹⁹.»

En sede de consentimiento informado, como hemos repetido en incontables ocasiones, el profesional sanitario tiene, por imposición del artículo 8.1 LAP, el deber de recabar el consentimiento informado del paciente con carác-

⁹¹⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de daños*, 1.ª ed. (reimpresión), Civitas, Madrid, 2000, p. 290; Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 588-589; Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción y notas de la 2.ª ed. alemana por Luzón Peña, Diego Manuel (dir.), Civitas, Madrid, 2014, pp. 755-756.

⁹¹⁸ RJ 1967\2423; Ponente: Excmo. Sr. Julio Calvillo Martínez.

⁹¹⁹ En similar sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos en los que sostiene que la aplicación de la cláusula omisiva del artículo 11 CP requiere, *inter alia*, «[q]ue el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado» y «[q]ue la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». En igual sentido, SSTs de 9 de octubre de 2000 (RJ 2000\9958; Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo); 10 de marzo de 2005 (RJ 2005\4044; Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo); 15 de marzo de 2007 (RJ 2007\3269; Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); 28 de marzo de 2007 (RJ 2007\3533; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García); 10 de noviembre de 2009 (RJ 2010\117; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 26 de marzo de 2010 (RJ 2010\2431; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 27 de enero de 2012 (RJ 2012\2064; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 2 de abril de 2013 (RJ 2013\3620; Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro); 28 de mayo de 2013 (RJ 2013\3991; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez) y 28 de junio de 2017 (RJ 2017\3084; Ponente: Excmo. Sra. Ana María Ferrer García). *Vid.* también AATS de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006\124375; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín); 28 de enero de 2010 (JUR 2010\66824; Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz) y 29 de abril de 2015 (JUR 2015\121378; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García).

ter previo a toda actuación en el ámbito de su salud. De esta suerte, podemos colegir con facilidad que la omisión del consentimiento informado no constituye una mera situación de inactividad del profesional sanitario, sino, por el contrario, una auténtica omisión susceptible de generar consecuencias jurídicas siempre que cause un daño al paciente. Ahora bien, ¿cómo se establece la causalidad material cuando la conducta del demandado consiste en una omisión? Dicho de un modo aún más directo, ¿se puede aplicar la regla de la *condicio sine qua non* para determinar el vínculo de causalidad material entre la omisión del consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente?

Partimos de la base de que, en las omisiones, no es posible aplicar la *condicio sine qua non* según su definición dogmática o «tradicional», habida cuenta de que no es posible eliminar *in mente* la actuación desarrollada por el demandado cuando, precisamente, su conducta consiste en una inactividad. En consecuencia, en tales supuestos se impone la aplicación de una versión «adaptada» de la *condicio sine qua non*, en virtud de la cual se entiende condición del resultado a una omisión cuando la adición *in mente* de la conducta debida (y omitida) por el demandado implicaría la desaparición del resultado dañoso. Esta versión adaptada de la *condicio sine qua non* (conocida como *cuasi-causalidad* o *causalidad hipotética*), sin embargo, es objeto de reproches varios por nuestra mejor doctrina, pudiendo destacarse los que siguen.

En primer lugar, se afirma que únicamente puede constituir causa de un resultado ontológico una fuente de energía capaz de producir alguna modificación en el mundo. Por consiguiente, no puede una omisión causar materialmente efecto alguno, pues, al no tener existencia real, no puede producir resultado alguno, entendido éste como toda modificación del mundo exterior (*ex nihilo nihil fit*). Esta crítica la expone brillantemente Gimbernat Ordeig en los siguientes términos:

«En un sentido científiconatural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (por que [sic] no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que [sic] mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción *energética* de un resultado: *ex nihilo nihil fit*. Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científiconaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación

de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte⁹²⁰.»

Como segunda crítica, se argumenta que, en ocasiones, resulta discutible entender automáticamente que, al añadir la conducta debida (y omitida) por el demandado, el resultado dañoso no se habría producido⁹²¹. Así, verbigracia, no debe concluirse de modo automático que, de haber el paciente recibido una

⁹²⁰ Gimbern at Ordeig, Enrique, «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, n. 3, 1994, p. 11. En igual dirección se pronuncia García Amado: «Si A se abstiene de evitar, pudiendo hacerlo, el daño que sufre B, la conducta de A en modo alguno se inserta en la cadena causal empírica que tiene como efecto ese daño de B. Esto parece tan obvio, que apenas debería requerir mayor explicación. Si A no impide que B se ahogue, esa conducta omisiva de A no causa el ahogamiento de B. Otra cosa es que si A hubiera actuado para esa evitación del ahogamiento y lo hubiera impedido, tal conducta positiva de A habría evitado que aquellas causas empíricas del ahogamiento hubieran tenido ese efecto. Por consiguiente, si por razón de su no hacer se imputa a A responsabilidad por dicho daño, la razón no está en el nexos causal real entre su abstención y el daño en cuestión, sino en un nexos causal hipotético y alternativo al efectivamente acontecido. Se imputa a A la responsabilidad por *no haber causado* el efecto alternativo al daño: el no acaecimiento del daño. No se hace a A responsable por la causación del daño, sino por la no causación de un efecto opuesto al daño, si se permite la expresión» —García Amado, Juan Antonio, «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastantes subjetivas», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 83—. Por su parte, indica Rodríguez Mourullo que «si se entiende la causa en sentido físico-material, propio de las ciencias de la naturaleza, la omisión carece de valor causal» (Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1978, p. 306). *Vid.* también Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de... op. cit.*, pp. 612-613; Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 137; Puppe, Ingeborg, *La imputación... op. cit.*, p. 45.

⁹²¹ Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 139. Sobre el particular, indica Roxin: «la fórmula de «añadir mentalmente» es exactamente tan poco útil como el método de «suprimir mentalmente» en los delitos comisivos. Ya que si, por ejemplo, se quiere saber si una acción médica requerida (por ejemplo, la administración de un determinado medicamento o una operación urgente) hubiera impedido la muerte del paciente, el añadir mentalmente la actuación médica no nos lleva más allá, puesto que no se sabe cómo habría repercutido el medicamento o la operación. La causalidad de la omisión depende exclusivamente de si la acción médica omitida hubiera impedido, conforme a las leyes naturales, la muerte. Solo cuando se sabe esto, se llega a la supresión del resultado al añadir mentalmente la acción exigida; pero de ello no se deriva ninguna ganancia adicional de conocimiento. Por tanto, en este caso todo depende también de si entre la omisión y la producción del resultado se puede establecer una conexión conforme a las leyes naturales» (Roxin, Claus, *Derecho Penal:... op. cit.*, p. 769). Como podemos comprobar, Roxin postula que la determinación de la causalidad, sea con relación a comportamientos activos u omisivos, debe tener una base científica, y no hipotética. *Vid.* también Gimbern at Ordeig, Enrique, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 53, n. 1, 2000, p. 45: «en el delito de acción lo que sucede es que esa fórmula [*condicio sine qua non*] escamotea la auténtica conexión ontológica entre hacer y resultado, sustituyéndola por una ficticia que, precisamente por serlo, lleva a negar relaciones de condicionalidad realmente existentes cuando está presente una cadena causal en marcha que habría entrado en juego, sustitutivamente, en el supuesto de que la acción *realmente ejecutada* y *realmente causal* no se hubiera realizado. De lo que sigue: La fórmula de la *condicio sine qua non* adaptada a la omisión no puede demostrar su causalidad, porque en el delito de acción esa fórmula carece también de validez alguna para acreditar la relación causal entre un comportamiento positivo y un resultado.»

correcta información asistencial (conducta debida y omitida por el profesional sanitario), el daño no se habría producido, sino que hay que indagar en la decisión que hubiera adoptado el paciente en tal hipótesis; por tanto, sólo cuando éste hubiera decidido rechazar la intervención de haber sido oportunamente informado, puede afirmarse que la ausencia o deficiencia de información al paciente es la causa del daño sufrido, habida cuenta de que, al añadirse hipotéticamente al curso causal la conducta debida (y omitida) por el profesional sanitario (*id est*, la información), el resultado dañoso no se habría producido.

Por último, se reprocha a la *condicio sine qua non*, en su versión adaptada a las omisiones, la facilidad con la que se puede incurrir en su deformación al objeto de garantizar la causalidad, añadiendo hipotéticamente al curso causal, no la acción realmente debida (y omitida) por el demandado, sino aquella conducta respecto de la cual se conoce que hubiera evitado el resultado dañoso⁹²².

Con la problemática expuesta como telón de fondo, diseña Arcos Vieira una sofisticada teoría que podría aportar (quizás) una explicación a la causalidad en los casos de omisiones sin tener que acudir a la aludida versión adaptada de la *condicio sine qua non*⁹²³. Siguiendo a Arcos Vieira, hemos de distinguir dos categorías de omisiones, a saber, las omisiones de diligencia, de un lado, y las omisiones puras o en sentido estricto, de otro. Así, mientras que en estas últimas el sujeto omite la realización de una actuación que resulta independiente respecto de otras a las que también pueda estar obligado, en las primeras la omisión se inserta en una conducta positiva más amplia cuyo correcto desarrollo exige la realización de la actuación omitida. No resulta sencillo resolver qué tipo de omisión constituye la no obtención del consentimiento informado del paciente⁹²⁴; sin embargo, quien escribe entiende que dicha omisión se incardina en una conducta positiva más amplia, a saber, la actividad asistencial, como demuestra el artículo 2.6 LAP al establecer que todo profesional sanitario que intervenga en la actividad asistencial «está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.» En definitiva, podemos

⁹²² Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 139.

⁹²³ Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁹²⁴ Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 126, nota al pie n. 174: «Es complejo, por ejemplo, determinar a cuál de los tipos de omisión debe adscribirse la falta de información en el desarrollo de la actividad médica: si se considera como una negligencia predicable del conjunto de la prestación o una omisión en sentido estricto, relacionada pero independiente de la actividad principal.»

concluir que la omisión del consentimiento informado del paciente constituye una omisión de diligencia, y no una omisión pura o en sentido estricto.

Continuando con el razonamiento de Arcos Vieira, las omisiones de diligencia, a su vez, pueden explicarse de forma tanto negativa como positiva, esto es, como una omisión que determina la realización negligente de una conducta más amplia o como una omisión en sí misma considerada, respectivamente. Sobre el particular, Arcos Vieira se inclina por la primera de las explicaciones (negativa), entendiendo que la omisión ha de valorarse, no de modo autónomo o independiente, sino como parte integrante de la actuación positiva más amplia en la que se inserta, de suerte que es esta última (y no la omisión) la conducta que se ha de tomar como referencia al establecer el nexo causal⁹²⁵. En sede de consentimiento informado, podemos traducir el razonamiento de Arcos Vieira como sigue: la causalidad material se debe establecer con relación, no a la omisión del consentimiento informado, sino al negligente desarrollo de la asistencia sanitaria considerada en su globalidad, entendiendo que tal asistencia es causa del daño si su supresión *in mente* conllevaría también la desaparición del resultado dañoso. De este modo, aparentemente, soslayamos el obstáculo que supone tener que aplicar la regla de la *condicio sine qua non* a las omisiones. Sin embargo, pese a su sofisticación y originalidad, entendemos que el planteamiento de Arcos Vieira no resuelve los problemas causales que producen las omisiones, pues, para dilucidar conforme a la *condicio sine qua non* si el resultado dañoso desaparecería al eliminarse hipotéticamente la conducta culposa del profesional sanitario (*id est*, la actuación asistencial desarrollada sin el previo consentimiento informado del paciente), primero tengo que determinar si la negligencia en la que incurre el facultativo (esto es, la omisión del consentimiento informado) es la causa material del daño. Así, sólo cuando sabemos que el daño no se habría producido de haber el profesional sanitario recabado el previo consentimiento informado del paciente, podemos concluir que la actuación asistencial negligente, entendida en su globalidad, es la causa material del daño. En definit va, podemos comprobar cómo la construcción de

⁹²⁵ Postula Arcos Vieira que cuando un profesional sanitario olvida la extracción de una gasa en el curso de una intervención quirúrgica «[l]o que se produce [...] es una actividad defectuosamente prestada, o una negligencia en la realización de la intervención quirúrgica: en cualquier caso, un olvido o un descuido, pero acaso es excesivo –e innecesario– calificarlo como omisión (¿de la debida extracción de la gasa?). Si lo que debe entenderse es que la omisión lo fue precisamente de la diligencia exigible en la realización de la intervención quirúrgica, entonces no se aprecia qué añade esa formulación a la positiva, más habitual y directa, que permite explicar lo ocurrido como negligencia en la actividad desarrollada por el cirujano. En consecuencia, entiendo que, propiamente, sólo deben ser tratadas como omisiones las llamadas omisiones puras o en sentido estricto. Solo respecto a éstas se plantean en toda su plenitud los particulares problemas que surgen a la hora de considerar responsable de un daño a quien *no lleva a cabo* una conducta» (Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 127).

Arcos Vieira, si bien puede resultarnos de utilidad a otros muchos efectos, no nos exime de la necesidad de aplicar una versión adaptada de la *condicio sine qua non* para la determinación de la causalidad material.

Sobre la base de lo expuesto hasta el momento, son dos las opciones alternativas que pueden sostenerse respecto de la aplicación de la *condicio sine qua non* cuando la conducta del demandado consiste en una omisión. De un lado, puede negarse dicha aplicación, bien en el entendimiento de que en las omisiones la causalidad material se ha de determinar con arreglo a la fórmula de la condición más ajustada a las leyes de la naturaleza⁹²⁶, bien considerando que en las omisiones no puede hablarse de causalidad material, sino que la problemática que se plantea en torno al nexo de causalidad es una cuestión que atañe exclusivamente a la imputación objetiva⁹²⁷. De otro lado, cabe estimar que la causalidad material se ha de determinar en las omisiones aplicando una versión adaptada de la regla de la *condicio sine qua non*, que implica considerar la omisión como causa del resultado dañoso cuando, al añadir *in mente* la conducta debida (y omitida) por el demandado, el resultado dañoso no se produciría. Es este último el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de mayo de 1967⁹²⁸, en virtud de la cual:

«CONSIDERANDO que, desde el punto de vista del derecho, para que cierta omisión pueda atribuirse a una persona como causante de un daño han de concurrir dos requisitos: que el sujeto omitente hubiese tenido el deber jurídico de actuar en el caso concreto y que dicha actuación, en la hipótesis de haberse producido, hubiera evitado el resultado [...]»⁹²⁹.

⁹²⁶ Por todos, Roxin, Claus, *Derecho Penal:... op. cit.*, p. 769; Gimbern at Ordeig, Enrique, «La causalidad...» *op. cit.*, p. 45.

⁹²⁷ Por todos, Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 150-151; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal... op. cit.*, pp. 338-339; Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 132; Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 71; Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, «Relación de...» *op. cit.*, pp. 20-25; Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de... op. cit.*, p. 613; Prieto Molinero, Ramiro José, «Causalidad o imputación objetiva en la responsabilidad civil», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 16, n. 6, 2014, pp. 26-29.

⁹²⁸ RJ 1967/2423; Ponente: Excmo. Sr. Julio Calvillo Martínez.

⁹²⁹ En igual sentido, STS de 22 de enero de 1963 (TOL4.330.124; Ponente: Excmo. Sr. Julio Calvillo Martínez). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Granada de 5 de diciembre de 1994 (AC 1994/2344; Ponente: Illmo. Sr. D. José Maldonado Martínez) y SAP Palencia de 7 de noviembre de 2011 (JUR 2011/426626; Ponente: Illmo. Sr. D. Ignacio Javier Ráfols Pérez). Al respecto, postula Rodríguez Mou-rullo: «mientras el hacer activo opera, en el plano causal, como *condición positiva* (posición de causa), la omisión lo hace como *condición negativa* (no obstaculizando la acción de las condiciones positivas, es decir, no impidiendo la producción del resultado). El valor causal de la omisión se determina mediante la misma fórmula práctica, sólo que invertida, utilizada para la acción positiva. La omisión tiene valor causal si puesta mentalmente la acción omitida, mediante un juicio hipotético, el resultado no se habría producido. Por ejemplo, la omisión de hervir la jeringuilla tiene valor causal respecto a la infección sufrida por

Esta doctrina es también seguida por el Alto Tribunal en su sentencia de 28 de junio de 2017⁹³⁰, al exigir, para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP, *inter alia*:

«Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causalidad⁹³¹.»

Asimismo, declara el Tribunal Supremo en este fallo:

«La comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría –con la autoría material y con la cooperación necesaria– como en el grado de la equivalencia con la complicidad.

Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.»

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que dimana de los pronunciamientos citados, procedemos seguidamente a aplicar la versión adaptada de la *conditio sine qua non* en concreto a las situaciones de omisión del

varios pacientes, si de haberse hervido se hubieran destruido los agentes patógenos (condiciones positivas) que originaron la infección» (Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal... op. cit.*, p. 307). *Vid.* también Parra Lucán, M.ª Ángeles, «Responsabilidad civil médico-sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 24, 1990, p. 869. La versión adaptada de la *conditio sine qua non* es aplicada también por los tribunales alemanes, pudiendo citarse como exponente la pronta decisión del BGH de 30 de enero de 1961 (*III ZR 225/59*), de la que puede inferirse la conclusión que sigue: «The *conditio sine qua non* test is also analogously applicable in the case of an omission: An omission is causal if there was an obligation to act and the performance of the required act would have prevented the harmful result with certainty or with a probability amounting to certainty» (Winiger, Bénédicte *et al.*, *Digest of European Tort Law, Volume I: Essential cases on natural causation*, Springer, Viena, 2007, p. 105).

⁹³⁰ RJ 2017\3084; Ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García.

⁹³¹ En idéntico sentido, SSTs de 9 de octubre de 2000 (RJ 2000\9958; Ponente: Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo); 10 de marzo de 2005 (RJ 2005\4044; Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo); 15 de marzo de 2007 (RJ 2007\3269; Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); 28 de marzo de 2007 (RJ 2007\3533; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García); 10 de noviembre de 2009 (RJ 2010\117; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 26 de marzo de 2010 (RJ 2010\2431; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 27 de enero de 2012 (RJ 2012\2064; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 2 de abril de 2013 (RJ 2013\3620; Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro) y 28 de mayo de 2013 (RJ 2013\3991; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez). *Vid.* también AATS de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006\124375; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín); 28 de enero de 2010 (JUR 2010\66824; Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz) y 29 de abril de 2015 (JUR 2015\121378; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Giménez García).

consentimiento informado en aras de dilucidar si es posible el establecimiento de un vínculo de causalidad material entre la omisión en la que incurre el profesional sanitario y el daño sufrido por el paciente, análisis que debe realizarse abordando por separado los daños corporales derivados de la actuación médica, de un lado, y el daño moral por lesión del derecho a la autonomía, de otro.

3.1.2.1 *Aplicación de la condicio sine qua non a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente*

En las líneas presentes nos cuestionamos si es posible el establecimiento, con arreglo a la versión adaptada de la *condicio sine qua non*, de un vínculo material de causalidad entre la omisión del consentimiento informado y los daños corporales que para el paciente se derivan de la actuación médica diligentemente ejecutada (aunque no consentida). Para dar respuesta al interrogante planteado, hemos de preguntarnos si el resultado dañoso se habría producido de haberse obtenido el consentimiento informado del paciente, lo que se traduce en la necesidad de cuestionarse previamente sobre la decisión que hubiera adoptado el paciente de haber el profesional sanitario solicitado su consentimiento informado, pues, sólo cuando el paciente hubiera rechazado la intervención o tratamiento, se puede entender la omisión de su consentimiento como la causa material del daño derivado del procedimiento médico⁹³². En otros términos, sólo cuando el paciente se ve privado de su derecho a ejercitar su capacidad de autodeterminación en el ámbito sanitario, «lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con arreglo a la *lex artis*, significó «la causa» de lo que al paciente acabó aconteciendo»⁹³³. Por el contrario, parafraseando a Galán Cortés:

«Si pudiésemos demostrar con absoluta seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza (lo que resultará, obvio es decirlo, una prueba muy difícil, si no imposible en la gran mayoría de los casos) que el paciente hubiere prestado su consentimiento y, por tanto, se hubiere intervenido igual, esto es, en idénticas condiciones, si con anterioridad al acto médico en cuestión le hubieren sido ex-

⁹³² García Rubio, María Paz, «Incumplimiento...» *op. cit.*, p. 823; de la Maza Gazmuri, Íñigo, «Consentimiento informado y relación de causalidad», *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado VI. Responsabilidad Médica, 2010, p. 136.

⁹³³ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño», *Práctica de Derecho de Daños*, n. 3, 2003, p. 20.

plicados con todo detalle sus riesgos y alternativas –riesgos que tras la correcta actuación técnica del médico se han materializado–, no habría lugar, en principio, a indemnización⁹³⁴.»

Ahora bien, puede ocurrir que, con arreglo a las circunstancias concurrentes, no pueda determinarse con certeza o con un grado de probabilidad cualificado cuál hubiera sido la hipotética decisión del paciente en caso de haberse recabado su consentimiento informado⁹³⁵. Bajo nuestro punto de vista, es precisamente en estos supuestos donde resulta de aplicación la pérdida de oportunidad como teoría que permite flexibilizar la prueba de la relación de causalidad en supuestos de incertidumbre causal. Por tanto, entendida la pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística del daño⁹³⁶, permite considerar acreditado el vínculo material de causalidad entre la omisión del consentimiento informado y la proporción del daño que se corresponde con la probabilidad de que el paciente hubiese rechazado el procedimiento médico de haber sido debidamente informado y solicitado su consentimiento. De esta suerte, la teoría de la pérdida de oportunidad exige el cálculo, en atención a la globalidad de las circunstancias concurrentes (urgencia y necesidad de la actuación médica, riesgos a ella inherentes, alternativas terapéuticas...), de la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la intervención de haber sido su consentimiento informado debidamente solicitado, presentando dicha probabilidad una doble utilidad: de un lado, constituye un instrumento de facilitación

⁹³⁴ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 894.

⁹³⁵ La jurisprudencia exige la prueba del nexo causal con certeza o con un grado de probabilidad cualificado para que pueda determinarse la responsabilidad civil del demandado (*vid. supra*, nota al pie n. 851). De esta suerte, podemos comprobar cómo la causalidad se construye desde la noción de probabilidad, no quedando la víctima obligada a acreditar con absoluta certeza el nexo causal entre el daño por ella sufrido y la conducta del demandado. Esta doctrina se manifiesta incluso en sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, como demuestran los fallos de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater) y 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6366; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio García Ancos), dictados con motivo del caso del aceite de colza. Sobre el particular, indica Reyes Alvarado: «Esa probabilidad estadística ha tomado fuerza como fundamento de la relación de causalidad y, por consiguiente, no puede afirmarse válidamente que con las mencionadas decisiones judiciales [la del Tribunal Supremo español en el caso del aceite de colza y la del Tribunal Supremo alemán en el asunto del Contergan] se está desconociendo la importancia de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad penal; por el contrario, lo que se hizo fue abandonar una antigua concepción de la causalidad (basada en la certeza) y reemplazarla por una más cercana a la realidad (edificada sobre el concepto de probabilidad). La efectividad de la noción de causalidad utilizada por los Tribunales Supremos de Alemania y España en los mencionados casos, puede verse en la circunstancia de que, eliminado el consumo de Contergan y aceite de Colza desnaturalizado, la aparición del específico tipo de lesiones que originó los aludidos procesos, cesó por completo» –Reyes Alvarado, Yesid, «Causalidad y explicación del resultado», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Jorge Barreiro, Agustín (coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 891–.

⁹³⁶ *Vid. supra*, apartado 2.4 del presente capítulo de nuestra obra.

probatoria, permitiendo determinar la proporción del daño respecto del cual se entiende acreditado el nexo de causalidad material⁹³⁷; de otro, posibilita la determinación del *quantum* indemnizatorio, cuyo montante se calcula aplicando al valor total de los daños corporales sufridos por el paciente de resultados de la actuación médica el porcentaje equivalente a la probabilidad de que la hubiera rechazado de ser su consentimiento informado debidamente solicitado⁹³⁸.

A. Atención particular a los supuestos de causalidad adelantada: solución en los PETL

Continuando con nuestra exposición, imaginemos ahora que, tras aplicar la versión adaptada de la *condicio sine qua non*, se logra acreditar con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que la omisión del consentimiento informado es causa material de los daños corporales derivados de la actuación médica, pues el paciente habría rechazado la intervención o tratamiento de haberse requerido su consentimiento informado. En tal situación, nos planteamos qué ocurre cuando estos mismos daños los habría sufrido el paciente *a posteriori*, por motivo de su propia patología, de haber rechazado la actuación médica necesaria para su tratamiento.

Se trata el descrito de un supuesto de causalidad adelantada, en el que se distingue una causa real del daño y una causa de reserva, hipotética o virtual, de suerte que no se puede determinar la causalidad con arreglo a la *condicio sine qua non*, pues, de no haberse omitido el consentimiento informado (causa real), si bien el daño no se habría producido en ese momento, pues el paciente hubiera rechazado el procedimiento médico, se habría ocasionado *a posteriori* por acción de la propia enfermedad que sufre el paciente (causa hipotética)⁹³⁹.

⁹³⁷ Postula Medin a Alcoz : «el «juicio dentro del juicio» no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*» (Medin a Alcoz , Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, p. 53).

⁹³⁸ Gascón Abellán , Marina y Medin a Alcoz, Luis, «¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 6, 2009, p. 194.

⁹³⁹ Al respecto, sostiene Inf ante Ruiz que, en estos casos, «si se suprime *in mente* el proceso causal que ha tenido lugar realmente y se sustituye por uno hipotético, se llega a la conclusión de que el resultado se habría producido en todo caso» (Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 143). En sentido opuesto se pronuncia Luzón Peña al entender que el fracaso de la *condicio sine qua non* en los supuestos de causalidad hipotética es meramente aparente, habida cuenta de que lo que dicha regla exige al objeto de determinar la causalidad es que se elimine *in mente* un determinado curso causal (la causa real), pero no que se añada otro (el hipotético o de reserva): «En cuanto a la «fórmula hipotética», su fracaso ante los «cursos causales hipotéticos» es sólo aparente. Pues para dicha fórmula la única modi-

De esta suerte, la omisión del consentimiento informado lo que hace es adelantar el momento en que el resultado dañoso tiene lugar.

Estas situaciones, que no encuentran una respuesta expresa en nuestro ordenamiento jurídico, son reguladas explícitamente por el artículo 3:104 (1) PETL, en virtud del cual:

«Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.»

Así, podemos concluir que, con arreglo a la solución propuesta por los PETL, únicamente se considera causa fáctica del daño corporal derivado de la actuación médica la omisión del consentimiento informado del paciente, no presentando la patología sufrida por éste relevancia alguna a efectos causales.

3.1.2.2 *Aplicación de la condicio sine qua non al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente*

Por lo que respecta al análisis de la existencia de vínculo de causalidad material entre la omisión del consentimiento informado del paciente y el daño moral sufrido por vulneración de su derecho a decidir, entendemos que la cuestión ha de resolverse de un modo categórico: siempre que se realice una actuación médica sin el consentimiento del paciente se lesiona su derecho a la autonomía, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado de haberse solicitado su consentimiento informado y de si del procedimiento médico se deriva un daño corporal para el paciente. Nuestro razonamiento lo resumimos con magistral destreza Reglero Campos y Medina Alcoz, quienes postulan que:

«la falta de información sobre los riesgos aparejados a una intervención o tratamiento genera un daño moral sustanciado en la lesión del derecho del pa-

ficación que hay que efectuar en la realidad es la suposición (hipótesis) de que la acción no se hubiera producido, para ver si así (si suprimida mentalmente la acción) desaparece o no el resultado; *pero aparte de la supresión mental de la acción real no se debe añadir una segunda modificación hipotética de la realidad consistente en otra hipotética actuación alternativa*, pues la fórmula dice exclusivamente que una acción es causa si, suprimida mentalmente, desaparece también el resultado, pero no dice que sea causa cuando desaparece el resultado si suprimimos mentalmente esa acción y si además añadimos otra actuación distinta (propia o ajena). Por consiguiente, en los «cursos causales hipotéticos» hay relación causal incluso siguiendo la fórmula hipotética de la teoría de la condición, ya que, si suprimimos mentalmente la acción ejecutada: [...] como no hay que añadir nada más (no hay que sustituir la acción real suprimida por una hipotética acción concreta propia o por una acción dolosa ajena), lo que nos quedaría es una situación modificada en que desaparecería el resultado» (Luzón Peña, Diego Manuel, Voz «Causalidad», en AA. VV., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I. Civitas, Madrid, 1995, p. 982).

ciente a autodeterminarse; y si resulta, además, que es posible que el paciente hubiera rechazado el tratamiento en que esos riesgos se desencadenaron efectivamente, procedería reparar también (total o parcialmente, según se supere el umbral máximo de certeza o el mínimo de seriedad) las lesiones físicas producidas. Así las cosas, la reparación del atentado al derecho de defensa del particular o a su capacidad de autodeterminación no debería encauzarse a través de la teoría de la pérdida de oportunidad ni implica la validez parcial de las teorías ontológicas⁹⁴⁰.»

Asimismo, parece ser éste el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de abril de 2000⁹⁴¹ y 13 de mayo de 2011⁹⁴², donde admite la indemnización del daño moral en supuestos de deficiente información asistencial, sin ni siquiera aludir a la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente de haber sido debidamente informado⁹⁴³.

En suma, entendemos que la expuesta es la única conclusión que puede inferirse de la aplicación al supuesto planteado de la versión adaptada de la *condicio sine qua non*, pues el daño moral sufrido por el paciente sólo desparecería al añadir *in mente* la conducta debida por el profesional sanitario

⁹⁴⁰ Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexo...» *op. cit.*, p. 850. Este mismo posicionamiento es adoptado por García Rubio quien, tras identificar la ausencia de criterios de valoración del daño moral por omisión del consentimiento informado como uno de los problemas que conlleva su indemnización como daño autónomo, sostiene que «[n]i siquiera el recurso a la hipotética probabilidad de aceptación o rechazo al tratamiento por parte del paciente en caso de haber conocido el riesgo resulta una pauta adecuada [para tal valoración], pues desde el punto de vista de la autonomía del paciente el hecho de que éste hubiera consentido a pesar de haber sido informado debería ser irrelevante; su derecho ha sido violado por el hecho de la omisión o defecto de información, lo que en último término conduciría a afirmar que el paciente debería ser compensado igualmente, incluso si su eventual decisión hubiera sido idéntica» (García Rubio, María Paz, «Incumplimiento del...» *op. cit.*, p. 827).

⁹⁴¹ RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁹⁴² RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁹⁴³ Sobre el particular, señala Domínguez Luelmo: «la simple ausencia de constancia del consentimiento informado, por regla general, cuando la intervención no provoca daños, no genera directamente la obligación de indemnizar. Sin embargo, podemos encontrarnos ante la situación contraria en los casos en que existan otras alternativas y no se informa adecuadamente al paciente. Es decir, cuando el paciente puede decidir someterse a la intervención, o cuando existen tratamientos alternativos, con riesgos distintos del finalmente hecho realidad. En esos casos, la falta de información pasa a tener influencia causal en la producción del resultado, puesto que, si el paciente hubiese conocido los riesgos, habría estado en su mano eludirlos, evitando el tratamiento o sometiéndose a otro alternativo» (Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario... op. cit.*, p. 322). Del extracto reproducido, si bien parece colegirse que sólo cuando existan alternativas terapéuticas a la actuación médica realizada la omisión del consentimiento informado del paciente presenta relevancia causal, la alusión a las situaciones en que «el paciente puede decidir someterse o no someterse a la intervención» enturbia dicha conclusión. No obstante, parece que la interpretación más coherente con el tenor literal de las palabras empleadas por Domínguez Luelmo apunta a que el autor declina la posibilidad de que la omisión del consentimiento informado cause al paciente daño alguno cuando no tenía la opción de rechazar el procedimiento médico prescrito ante la inexistencia de alternativas terapéuticas, aunque, en nuestra opinión, el paciente siempre dispone de la posibilidad de rechazar la actuación médica, incluso cuando no exista ninguna otra intervención o tratamiento alternativo al que recurrir.

(*id est*, la obtención del consentimiento informado), al margen de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente.

3.2 Imputación objetiva

Hemos identificado en nuestra exposición como una de las dificultades que plantea la regla de la *condicio sine qua non* la sobredeterminación causal, conduciendo a una delimitación excesiva del ámbito de la responsabilidad (*regressus ad infinitum*). Sobre la base del aludido reproche se construye la teoría de la imputación objetiva, al objeto de limitar el alcance de la responsabilidad establecido conforme a las leyes de la experiencia científica. Así, la teoría de la imputación objetiva se compone de un sistema de criterios cuya función es «evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa»⁹⁴⁴; dicho en otros términos, los criterios de imputación objetiva «sirven principalmente al objetivo de proporcionar al juez argumentos para justificar la exoneración de responsabilidad de algunos de los agentes que han intervenido en la causación del daño»⁹⁴⁵. De esta suerte, todo análisis de la relación de causalidad debe partir inexcusablemente de la distinción entre la causalidad material (concepción nomológico-funcional de la causalidad), de un lado, y la imputación objetiva, de otro, entendiendo la doctrina mayoritaria que la causalidad es una cuestión puramente fáctica (*id est*, de causalidad material), y no de imputación objetiva, razón por la que se estima incorrecto el empleo de la expresión causalidad jurídica para denominar a esta última. Esta tesis la expone con envidiable precisión Pantaleón Prieto:

«Es equivocado buscar un concepto específico de «causalidad jurídica». El Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada «concepción nomológico-funcional» de la causalidad. Los operadores jurídicos no son «productores», sino «consumidores» de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una «cuestión de hecho», libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva —la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su con-

⁹⁴⁴ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1563.

⁹⁴⁵ Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 79. Con referencia a la teoría de la imputación objetiva, postula van Dam que, «with a limitless causation approach one may need to go back to Adam and Eve's sin in paradise» (Van Dam, Cees, *European Tort... op. cit.*, p. 310).

ducta es causa— es una cuestión claramente *jurídica*, un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad. No es correcto, por tanto, considerar las que verdaderamente son teorías de la imputación objetiva —entre ellas la mal llamada teoría de la «causalidad adecuada»— como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad. Incorrección que puede llevar aparejado el grave error de calificar como simple «cuestión de hecho», sólo excepcionalmente controlable en casación, el problema claramente jurídico de la determinación, en cada caso concreto, de los límites objetivos de la obligación de indemnizar: el problema de la imputación objetiva de los daños causados⁹⁴⁶.»

A modo de conclusión, podemos afirmar que la imputación objetiva no busca identificar las causas del daño, sino esclarecer cuándo éste puede atribuirse objetivamente a cada una de las conductas ligadas al resultado dañoso con arreglo a las leyes de la naturaleza⁹⁴⁷. Este enfoque de la relación de causalidad, introducido en el ámbito civil español por de Cossío y Corral, al postular en 1966 que lo relevante no es tanto «que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad»⁹⁴⁸, se halla hoy plenamente consolidado en nuestra jurisprudencia⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ Pant aleón Prieto , Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1563. *Vid.* también de Ángel Yagüez , Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 788; Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad...* *op. cit.*, pp. 149-150; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de... op. cit.*, pp. 193-194; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2017, pp. 214-215; Pérez Velázquez , Juan Pablo, *La indemnización...* *op. cit.*, pp. 375-376; Prieto Moline -ro , Ramiro José, «Causalidad o...» *op. cit.*, pp. 23-24.

⁹⁴⁷ Pant aleón Prieto , Ángel Fernando, *Del concepto...* *op. cit.*, p. 40.

⁹⁴⁸ De Cossío y Corral, Alfonso, «La causalidad...» *op. cit.*, p. 528.

⁹⁴⁹ Así, son cuantiosos los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo declara que «la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado». Por todas, SSTS de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000\9263; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 10 de noviembre de 2003 (RJ 2004\1770; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 3 de marzo de 2005 (RJ 2005\4112; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 14 de abril de 2005 (RJ 2005\4355; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\6692; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6831; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7336; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 26 de octubre de 2005 (RJ 2006\1543; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 10 de octubre de 2006 (RJ 2006\7705; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\3598; Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar); 10 de diciembre de 2007 (RJ 2008\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 18 de febrero de 2010 (RJ 2010\3500; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 2 de junio de 2010 (RJ 2010\6175; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 26 de abril de 2012 (RJ 2012\11374; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 7 de febrero de 2013 (RJ 2013\8381; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 18 de julio de 2013 (RJ 2013\6773; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) y 21 de junio de 2017 (JUR 2017\176412; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo

Tras contextualizar y sentar las bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, analizamos a continuación dos criterios de imputación que presentan destacada relevancia en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente, a saber, los criterios del incremento del riesgo y de la causalidad adecuada.

3.2.1 Criterio del incremento del riesgo

Del criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo (*Risikoerhöhung*) se han formulado dos versiones distintas: la teoría de la elevación del riesgo y la teoría del nexo. La primera de ellas, formulada por Roxin en 1970⁹⁵⁰, excluye la imputación objetiva del resultado dañoso cuando la conducta realizada por el demandado e infractora de la norma de cuidado no ha incrementado de forma mensurable el riesgo de producción del daño que entrañaba la conducta diligente alternativa; explicado a la inversa, la teoría de la elevación del riesgo sólo admite la imputación objetiva del daño a la conducta culposa o dolosa del demandado cuando ésta haya aumentado considerablemente el riesgo de que se produjera el resultado dañoso respecto del peligro que implicaba la conducta alternativa diligente, con independencia de que exista certeza o una probabilidad cualificada de que el daño se hubiera producido también de haber actuado el demandado con la diligencia debida. De este modo, postula Roxin, se soslaya la problemática probatoria que plantean los cursos causales hipotéticos, pues, si bien resulta de extrema dificultad acreditar qué hubiera ocurrido en la hipótesis de haber actuado el sujeto con la diligencia debida, mucho más asequible resulta la prueba, con base en informes periciales, de la probabilidad de que el resultado dañoso se hubiera producido de haber actuado el sujeto tanto diligente como culposamente y, en consecuencia, decidir si se ha producido el correspondiente incremento del riesgo⁹⁵¹.

Gómez de la Torre). *Vid.* también AATS de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006\178178; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín); 20 de noviembre de 2008 (JUR 2009\87791; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez); 11 de febrero de 2010 (JUR 2010\82290; Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); 28 de octubre de 2010 (JUR 2010\396229; Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz); 29 de enero de 2015 (JUR 2015\74927; Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro) y 26 de febrero de 2015 (JUR 2015\105914; Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez).

⁹⁵⁰ Roxin, Claus, «Gedanken zur Problematic der Zurechnung im Strafrecht», en AA. VV., *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1980. Dargebracht von Freunden un Kollegen*, Göttingen, Schwartz, 1970, pp. 133 y ss.

⁹⁵¹ En sentido similar, indica Montealegre Lynett : «Si la infracción al deber objetivo de cuidado elevó considerablemente el riesgo de producción del resultado, le es imputable al médico, aunque probablemente también se hubiera producido con una actuación reglamentaria» (Montealegre Lynett ,

Por su parte, el criterio del incremento del riesgo, en su formulación como teoría del nexo, admite la imputación objetiva del daño cuando se cumpla un doble requisito: de un lado, que la conducta negligente haya elevado el riesgo de producción del resultado dañoso que implicaba la conducta alternativa diligente y, de otro, que el daño no se habría producido de haber actuado el demandado en cumplimiento de los deberes de cuidado que le impone el ordenamiento jurídico. De esta suerte, la teoría del nexo no admite la imputación objetiva del daño cuando, pese a que la conducta negligente ha incrementado el riesgo de acaecimiento del daño, resulta acreditado con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que éste se habría producido igualmente de haber actuado el sujeto con la diligencia debida. En favor de esta tesis se postula Pantaleón Prieto, según el cual:

«no habrá existido tal incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado, cuando se constate con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también, de haber obrado el dañante diligentemente⁹⁵².»

En resumen, ambas interpretaciones exigen, para que pueda imputarse objetivamente el daño, que el incumplimiento de la norma de cuidado haya incrementado la probabilidad de producción del resultado dañoso, pero única-

Eduardo, «La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado», *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, n. 2/3, 1987, p. 310).

⁹⁵² Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Causalidad e...» *op. cit.*, p. 1578. Vid. también Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del...* *op. cit.*, p. 786; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, pp. 521-522; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de...* *op. cit.*, p. 195; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, p. 218; Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización...* *op. cit.*, p. 221; Luna Yerga, Álvaro, *La prueba...* *op. cit.*, p. 380; Navarro Mendizábal, Iñigo Alfonso, «Consecuencias prácticas de los factores de atribución de la responsabilidad civil: obligaciones de actividad y de resultado y criterios objetivos de imputación», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 249; Barrera, Jorge, «Teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Derecho*, n. 12, Año VI (2007), p. 18; Prieto Molinero, Ramiro José, «Causalidad o...» *op. cit.*, pp. 21-22; Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, p. 324; Grisetti, Ricardo Alberto, «Nuevas perspectivas de la relación de causalidad. Los criterios de imputación objetiva. Su aplicabilidad en la responsabilidad médica», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 13, n. 7, 2011, pp. 38-39. Partiendo de una concepción del criterio del incremento del riesgo coherente con la teoría del riesgo, postula Infante Ruiz dos ideas fundamentales para su entendimiento: «1.º El resultado (daño) causado por el agente sólo le es imputable (objetivamente) si la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por un riesgo no permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. 2.º Si el resultado (daño) se presenta como realización de un peligro creado por el agente, por regla general es imputable (objetivamente). Pero excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance de la norma no abarca la evitación de tales peligros y repercusiones. Se plantea así una interesante conexión entre este criterio del «incremento del riesgo» y el [...] del «ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad» (Infante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 170).

mente la teoría del nexo requiere, adicionalmente, la prueba de que el daño no se hubiera producido si la norma de cuidado hubiera sido respetada; dicho de otro modo, sólo la teoría del nexo exige que el resultado dañoso se haya producido de resultas de la materialización de la probabilidad del riesgo creada por encima del nivel permitido por la norma de cuidado. De hecho, es éste el principal reproche que merece la teoría de la elevación del riesgo, pues la misma posibilita situaciones en las que se imputa el resultado dañoso a una conducta culposa aun cuando el resultado dañoso se habría producido igualmente de haber el sujeto actuado de modo diligente, de suerte que, en puridad, se está imputando al demandado un daño que se ha producido de resultas de la materialización de un riesgo permitido por la norma.

No obstante, tampoco la teoría del nexo está exenta de críticas doctrinales. Así, argumenta Montealegre Lynett que esta interpretación del criterio del incremento de riesgo permitiría «institucionalizar el comportamiento descuidado», ilustrando su reproche con el siguiente ejemplo:

«el facultativo podría actuar negligentemente, porque siempre contaría con la *franja de incertidumbre* que va ínsita en esta actividad riesgosa. Nunca se sabe si el tratamiento indicado por la *lex-artis* va a tener efectividad sobre el enfermo⁹⁵³.»

Asimismo, como advierte Roxin en su citado escrito de 1970, la necesidad de trabajar con cursos causales hipotéticos plantea ingentes dificultades probatorias y obliga a fundamentar la imputación objetiva en conjeturas y probabilidades sobre lo que habría ocurrido si el demandado hubiera actuado con respeto de la norma de cuidado⁹⁵⁴.

No obstante, desde nuestra perspectiva, las dos críticas fundamentales que se esgrimen contra la teoría del nexo pueden enfrentarse aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad, estructurándose nuestro razonamiento en dos ideas básicas⁹⁵⁵. En primer lugar, si es posible resolver la hipótesis causal

⁹⁵³ Montealegre Lynett, Eduardo, «La culpa...» *op. cit.*, pp. 277-278.

⁹⁵⁴ Al respecto, sostiene Montealegre Lynett que «cualquier duda (v.gr., cuando el perito afirma que *probablemente* la actuación correcta lo hubiera evitado [el daño]) tendría que resolverse en favor del procesado y absolver (in dubio pro libertate)» (Montealegre Lynett, Eduardo, «La culpa...» *op. cit.*, p. 277).

⁹⁵⁵ A nuestro modo de entender, la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta aplicable en sede de imputación objetiva, pese a que, en principio, la finalidad a la responden ambas instituciones parecen opuestas. Así, indica Medina Alcoz que «el sentido institucional de la teoría de la oportunidad perdida se opone diametralmente a la teoría de la imputación objetiva. Esta última introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño» (Medina Alcoz, Luis, «Hacia una...» *op. cit.*, p. 69). No obstante, opinamos que carecería de sentido alguno admitir la causalidad fáctica mediante la aplicación de la teoría

planteada, podemos excluir la imputación objetiva si se acredita con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que el daño no se habría producido de haber el demandado cumplido con sus deberes de cuidado; en caso contrario, esto es, cuando se pruebe que el daño se habría producido también en caso de actuación diligente, debe excluirse la imputación del daño a la conducta del demandado. En segundo lugar, si no puede acreditarse con certeza o con un grado de probabilidad cualificada qué habría ocurrido de haberse respetado la norma de cuidado, la teoría de la pérdida de oportunidad excluye la imputación objetiva del resultado dañoso en aquella proporción que se corresponda con la probabilidad de que el daño se hubiera producido en caso de actuación diligente del demandado. Bajo nuestro punto de vista, es éste el modo como ha de interpretarse el criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo y, en consecuencia, procedemos de seguido a aplicar las conclusiones expuestas a las situaciones de omisión del consentimiento informado del paciente.

3.2.1.1 *Aplicación del criterio del incremento del riesgo a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente*

La solución a la problemática sugerida en el presente apartado exige dar respuesta a dos interrogantes sucesivos, a saber, si la omisión del consentimiento informado del paciente ha incrementado el riesgo de que se produzca el resultado dañoso, de un lado, y, en caso de ser éste respondido afirmativamente, si el daño se habría producido de haber actuado el profesional sanitario cumpliendo diligentemente con su deber de recabar el consentimiento informado del paciente antes de actuar, de otro.

A nuestro juicio, la primera de las cuestiones planteadas debe responderse en sentido negativo, pues la omisión del consentimiento informado (verbi-gracia, por una deficiente información asistencial) eleva la probabilidad de que el paciente consienta la realización del acto médico, pero ello no entraña un incremento proporcional de la probabilidad de que se produzca un daño derivado de dicha actuación sanitaria cuando el facultativo ha respetado en su realización las exigencias de la *lex artis ad hoc*. En conclusión, el criterio del incremento del riesgo impone excluir la imputación objetiva de los daños cor-

de la pérdida de oportunidad si, *a posteriori*, tuviéramos que excluir la imputación objetiva conforme al criterio del incremento del riesgo (entendido como teoría del nexo) al no poderse esclarecer con certeza absoluta o con un grado de probabilidad cualificado lo que habría ocurrido de haber sido diligente la conducta del demandado.

porales derivados del procedimiento médico no consentido, habida cuenta de que tal omisión no aumenta la probabilidad de acaecimiento del resultado dañoso respecto de la conducta alternativa diligente.

3.2.1.2 *Aplicación del criterio del incremento del riesgo al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente*

Finalmente, por lo que respecta al daño moral por lesión del derecho del paciente a la autodeterminación en el ámbito sanitario, el criterio del incremento del riesgo exige su imputación a la omisión del consentimiento informado del paciente, pues, con su conducta omisiva, el profesional sanitario, no es que incremente, sino que crea *ex novo* el riesgo de daño moral al paciente, daño que, por razones obvias, no se habría producido en caso de haberse solicitado su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de la actuación médica.

3.2.2 Criterio de la causalidad adecuada

La teoría de la causalidad adecuada (*Adäquanztheorie*) es enunciada originariamente por el fisiólogo alemán von Kries, sobre la base de la formulación de los «cursos causales regulares» de von Bar, como una teoría causal individualizadora⁹⁵⁶, en virtud de la cual no toda condición del resultado dañoso ha de entenderse causa de éste, sino únicamente aquéllas que, conforme a un juicio de probabilidad, producen normalmente un resultado según las leyes de la experiencia⁹⁵⁷. Como podemos comprobar, así concebida la causalidad adecuada plantea una dificultad esencial, pues excluye el carácter causal de acciones u omisiones que sí pueden ser vinculadas materialmente al resultado

⁹⁵⁶ Para un análisis en profundidad del origen de la teoría de la causalidad adecuada, *vid.* Hart , Herbert Lionel Adolphus y Honoré, Tony, *Causation in...* *op. cit.*, pp. 467 y ss.

⁹⁵⁷ Montealegre Lynett , Eduardo, «La culpa...» *op. cit.*, p. 263. Abundando en esta línea, señala García Amado: «Yo puedo lanzar una piedra contra el cristal de la ventana de mi vecino, sea a propósito o porque estoy jugando descuidadamente, pero yo en modo alguno puedo prever (si no tengo información adicional) que esa piedra no sólo rompa el cristal y entre en el recinto, sino que caiga sobre una botella de gasolina que hay en el suelo cerca de una llama, que la gasolina se prenda, que la casa entera se incendie, que el incendio se extienda a los inmuebles colindantes, que entre éstos esté un polvorín que por el fuego estalla y que se destruya media ciudad por la explosión, con cientos de muertos. Digamos que no estaba a mi alcance y con la información que yo tenía el provocar tal desastre con sólo tirar descuidadamente una piedra contra la ventana: *semejante cúmulo de casualidades no se me pueden imputar a mí asociándolas a mi indudable causalidad*» (García Amado, Juan Antonio, «Sobre algunos...» *op. cit.*, p. 109).

dañoso con arreglo a las leyes de la naturaleza, razón por la cual la doctrina propone un nuevo entendimiento de la causalidad adecuada como criterio de imputación objetiva⁹⁵⁸, si bien no existe una opinión unánime con relación al momento en el que debe aplicarse⁹⁵⁹. Por tanto, entendida la causalidad adecuada como «antecedente»⁹⁶⁰ de la teoría de la imputación objetiva y criterio integrador de la misma, podemos describir su *modus operandi*, parafraseando a Pantaleón Prieto, como sigue:

«no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se

⁹⁵⁸ Coincidimos con Mir Puig en la necesidad de separar nítidamente la causalidad adecuada de las teorías causales: «la teoría de la adecuación no puede considerarse una teoría de la *causalidad*, sino una teoría de la *imputación objetiva*, es decir, de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad. Porque lógicamente no cabe negar que es causa toda condición sin la cual el resultado no se hubiera producido (como sostiene la fórmula de la *condicio sine qua non*): por muy inadecuada que *a priori* pueda parecer, *a posteriori* habrá resultado causal. la teoría de la adecuación no puede negar esto, sino que ha de reducir su papel a selección de causas que jurídicamente permiten la imputación objetiva del resultado a las mismas. No basta que naturalísticamente se haya causado la muerte, es preciso además que jurídicamente pueda decirse que se ha «matado»: es precisa una interpretación del verbo típico desde el punto de vista de la *finalidad de protección del Derecho penal*, que sólo debe tender a evitar conductas que aparezcan como suficientemente peligrosas en el momento de su realización» (Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal... op. cit.*, p. 258). *Vid.* también Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización... op. cit.*, pp. 72-73, nota al pie n. 71; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, ed. digital, p. 220.

⁹⁵⁹ No existe unanimidad en la doctrina con relación al momento en que debe aplicarse el criterio de la causalidad adecuada, pues, mientras que un sector estima que el mismo constituye una «cláusula de cierre» a la que se ha de recurrir en los supuestos que sean insolubles con arreglo al resto de criterios de imputación objetiva (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...*, p. 518; Fernández Crende, Antonio, «Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2.ª, 26.9.2005», *InDret*, n. 1, 2006, pp. 5; Xiol Ríos, Juan Antonio, «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, n. 2, 2010, ed. digital), otros autores, como Inf ante Ruiz, la consideran «el primer filtro por el que se debe pasar la imputación de un evento dañoso a la conducta del posible responsable» –Inf ante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 193; Inf ante Ruiz, Francisco José, «Causa del daño e imputación objetiva. Responsabilidad ex art. 1903.4 e imputación subjetiva. Indemnización en forma de renta. Comentario a la Sentencia del TS de 3 de julio 1998 (RJ 1998, 5411)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 2, 1999, p. 275–. En coherencia con la tesis defendida por Inf ante Ruiz, los tribunales alemanes examinan la adecuación de la causalidad en un segundo momento, una vez determinada la causalidad natural conforme a la regla de la *condicio sine qua non*, pero antes de la aplicación de diversas *policy considerations* (fin de protección de la norma, incremento del riesgo...) que permiten paliar las imprecisiones de que adolece la teoría de la causalidad adecuada –Spier, Jaap (ed.), *Unification of... op. cit.*, pp. 64-66–. De esta manera procede el BGH en su temprana decisión de 11 de mayo de 1951 (*IZR 106/50*), en la que «made it clear that the *conditio sine qua non* test, and the equivalence of all causes which it presupposes (Äquivalenztheorie), requires the addition of a screen which is provided by the adequate cause theory and, above all, by considerations focusing on the scope and purpose of protection» (Winiger, Bénédicte *et al.*, *Digest of... op. cit.*, p. 15).

⁹⁶⁰ Xiol Ríos, Juan Antonio, «La imputación...» *op. cit.*

dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata [...]»⁹⁶¹.

Por tanto, la causalidad adecuada sustenta la imputación objetiva del resultado dañoso a la conducta (activa u omisiva) del causante del daño en la realización de un doble juicio de previsibilidad («verosimilitud del nexo causal») ⁹⁶², de suerte que el daño sea previsible para un observador experimentado en atención a los saberes que razonablemente se le presumen (previsibilidad objetiva) y a los conocimientos especiales que pueda ostentar el dañante (previsibilidad subjetiva), pero no a los desconocimientos que éste muestre y que no sean propios de un hombre prudente ⁹⁶³. Asimismo, estima-

⁹⁶¹ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «Comentario al artículo 1.902 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, p. 1987. *Vid.* también Infante Ruiz, Francisco José, *La responsabilidad...* *op. cit.*, p. 194; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* *op. cit.*, pp. 513-514; Montealegre Lynett, Eduardo, «La culpa...» *op. cit.*, pp. 264-265; Fernández Crende, Antonio, «Imputación objetiva...» *op. cit.*, p. 5; Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización...* *op. cit.*, pp. 72-73, nota al pie n. 71; Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, «Comentario a la STS de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7519)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 65, 2004, p. 794; Prieto Molinero, Ramiro José, «Causalidad o...» *op. cit.*, p. 22; Múrtula Lafuente, Virginia, «Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil», *InDret*, n. 2, 2006, p. 20; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tomo II, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 328.

⁹⁶² Uno de los principales reproches que la doctrina vierte contra la teoría de la causalidad adecuada se basa en la pretendida confusión de las nociones de causa y culpa a la que conduce la introducción en sede de imputación objetiva del concepto de previsibilidad. Por todos, Atarés López, Joaquín, *Los médicos...* *op. cit.*, pp. 338-339; Prieto Molinero, Ramiro José, «Causalidad o...» *op. cit.*, p. 14. Obviamente, esta argumentación se fundamenta en la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que estima la previsibilidad del daño como un requisito esencial para generar la culpa. Así, declara la STS de 2 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8789; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) que «el requisito de la previsibilidad es esencial para generar la culpa extracontractual, porque la existencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser». *Vid.* también STS de 13 de julio de 1987 (RJ 1987\5488; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 18 de marzo de 1996 (RJ 1997\1720; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 24 de julio de 2008 (RJ 2008\6904; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Gil de la Cuesta); 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3518; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015\4791; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). No obstante, coincidimos con Montealegre Lynett al advertir que el juicio de previsibilidad requerido por la causalidad adecuada no debe confundirse con la noción de culpa, habida cuenta de que ésta, si bien exige la previsibilidad del resultado dañoso, impone también que el agente, con su conducta, infrinja la norma de cuidado (Montealegre Lynett, Eduardo, «La culpa...» *op. cit.*, p. 265). En todo caso, al objeto de reducir los problemas interpretativos que se puedan plantear, propone Díaz-Regañón García-Alcalá reemplazar en sede de imputación objetiva el término previsibilidad por otro o por otra expresión que ponga el énfasis en la probabilidad (Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, «Relación de...» *op. cit.*, pp. 9-10; Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pp. 24-25).

⁹⁶³ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal...* *op. cit.*, p. 258. Un juicio de previsibilidad puramente objetivo parece ser el contemplado por el artículo 3:201 PETL en su apartado a), en virtud del cual: «Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este Capítulo, la cuestión de si puede ser imputada

mos de relevancia remarcar que el aludido juicio (doble) de previsibilidad se debe realizar desde una perspectiva *ex ante*, es decir, tomando en consideración las circunstancias concurrentes y los conocimientos científicos disponibles al tiempo de realizarse la conducta causante del resultado dañoso (pronosis posterior o póstuma)⁹⁶⁴.

En conclusión, la causalidad adecuada permite excluir la imputación objetiva de aquellos daños que resulten imprevisibles (por atípicos o extraordinariamente improbables⁹⁶⁵) para un observador experimentado con los especiales conocimientos del dañante, debiendo referirse tal juicio de previsibilidad al momento inmediatamente anterior al de realización de la conducta dañosa. Al análisis del modo de aplicación del criterio de la causalidad adecuada a los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente nos dedicamos de seguido.

3.2.2.1 *Aplicación del criterio de la causalidad adecuada a los daños derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente*

Concebida del modo expuesto la causalidad adecuada, hemos de concluir que, con arreglo a dicha teoría, se ha de excluir la imputación objetiva de los daños corporales derivados de la actuación médica a la omisión del consentimiento informado del paciente en la que incurre el profesional sanitario, pues, si bien éste puede prever que su conducta omisiva causa una lesión al derecho a la autonomía del paciente al privarle de la posibilidad de adoptar una decisión informada en el ámbito de su salud, no resulta razonable, a nuestro pare-

a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes: a) la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad».

⁹⁶⁴ Sobre el particular, postula Cavanillas Múgica que las decisiones de jueces y peritos en demandas por mala praxis médica están afectadas por el denominado «sesgo retrospectivo», en virtud del cual, cuando se conoce el resultado de una determinada conducta, existe una propensión intuitiva a pensar que dicho resultado era previsible en el momento en que el demandado adoptó la decisión sobre el curso de la acción a seguir. *Vid.* [http://www.diariomedico.com/2017/06/07/area-profesional/normativa/ria-fi-ma-del-consentimiento-informado-es-mas-intuitiva-que-racionalr-](http://www.diariomedico.com/2017/06/07/area-profesional/normativa/ria-fi-ma-del-consentimiento-informado-es-mas-intuitiva-que-racionalr/) (última consulta el 10.1.2018).

⁹⁶⁵ Pese a la relevancia de la cuestión, no existe en la doctrina un acuerdo con relación al grado de probabilidad (entre el cero y el uno) que se estima suficiente para considerar el daño previsible y, por consiguiente, legitimar la imputación objetiva de éste a la conducta que lo causa materialmente –Salvador Coderch, Pablo y Fernández Crende, Antonio, «Causalidad y responsabilidad (Tercera edición)», *InDret*, n. 1, 2006, p. 8–.

cer, extender tal previsibilidad a los daños que puedan derivarse de la ejecución diligente de una actuación médica⁹⁶⁶.

De este modo, podemos concluir que, aunque los daños corporales derivados de la intervención o tratamiento se vinculan materialmente con la omisión del consentimiento informado cuando pueda presumirse que el paciente hubiera consentido el procedimiento médico de haber sido su consentimiento debidamente solicitado, tales daños no pueden imputarse objetivamente a la conducta omisiva del profesional sanitario con arreglo ni al criterio del incremento del riesgo ni de la causalidad adecuada⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Distinta es la solución si la conducta a la que se pretenden imputar los daños corporales es la realización del procedimiento médico (y no la omisión del consentimiento informado). En tal caso, el tratamiento de la cuestión exige separar los daños en atención a la tipicidad del riesgo por causa de cuya materialización se producen. De esta suerte, si el riesgo es típico de la actuación médica (y, consiguientemente, previsible), puede el daño corporal imputarse a la realización del procedimiento, habida cuenta de que la tipicidad del riesgo determina la previsibilidad del resultado dañoso. Ahora bien, si, por el contrario, el daño es resultado de la materialización de un riesgo atípico del procedimiento médico, debe excluirse la imputación objetiva del mismo con arreglo al criterio de la causalidad adecuada, puesto que el daño no resulta previsible para el profesional sanitario ante la atipicidad del riesgo de cuya materialización es fruto. Éste parece ser el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández), al declarar: «los motivos –tercero y cuarto– no pueden ser acogidos porque la intervención quirúrgica del médico demandado está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica. Es por ello que no cabe hacer al Dr. Carlos Manuel ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, pero incluso se debe decir que falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica –criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado–. Evidentemente hay causalidad física o material –«*quaestio facti*» para la casación–, porque el *queloide* se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel. Pero no hay causalidad jurídica –juicio perteneciente a la «*quaestio iuris*»–, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del «riesgo general de la vida», bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina –riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza–) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, «el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con unos especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta». Y en ello encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aún [sic] cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del art. 1105), aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo).»

⁹⁶⁷ En este sentido se han de interpretar los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo declara la inexistencia de relación de causalidad entre la omisión del consentimiento informado del paciente (con frecuencia por una deficiente información asistencial) y el resultado dañoso derivado de la actuación médica. Por todas, SSTS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7868; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 2 de octubre de 2012 (RJ 2012\9270; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

3.2.2.2 *Aplicación del criterio de la causalidad adecuada al daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente*

Por último, resolvemos muy someramente, ante la obviedad de la solución, que el daño moral por vulneración del derecho a la autonomía del paciente resulta imputable objetivamente a la omisión del consentimiento informado con arreglo al criterio de la causalidad adecuada, puesto que el profesional sanitario puede prever que tal omisión priva al paciente de la posibilidad de adoptar una decisión informada causándole, consiguientemente, un daño moral por lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente de haberse solicitado su consentimiento informado con carácter previo al inicio la intervención o tratamiento.

4. CONDUCTA CULPOSA O NEGLIGENTE

Como último de los presupuestos de la responsabilidad civil, analizamos en este epígrafe la culpa o negligencia, partiendo de la premisa, reiterada hasta la saciedad por nuestra jurisprudencia, de que la responsabilidad médica es de naturaleza subjetiva o por culpa, quedando descartada, como regla general, la responsabilidad objetiva de los profesionales sanitarios y la inversión de la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad⁹⁶⁸. De esta suerte, para que surja la responsabilidad del profesional sanitario no se exige única-

⁹⁶⁸ Por todas, SSTS de 28 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4663; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Bonet Ramón); 13 de julio de 1987 (RJ 1987\5488; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 12 de julio de 1988 (RJ 1988\5991; Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso); 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8528; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 2 de febrero de 1993 (RJ 1993\793; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo); 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9096; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7313; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6720; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 31 de julio de 1996 (RJ 1996\6084; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 22 de junio de 2000 (RJ 2000\4431; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 25 de junio de 2003 (RJ 2003\4261; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 23 de mayo de 2006 (RJ 2006\3535; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 24 de enero de 2007 (RJ 2007\977; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 18 de mayo de 2012 (RJ 2012\6356; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 18 de junio de 2013 (RJ 2013\4376; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Para un análisis

mente que cause al paciente un daño objetivamente imputable a su acción u omisión, sino que, además, debe el paciente acreditar el carácter negligente o doloso de tal conducta⁹⁶⁹, quedando a salvo los supuestos en los que, por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado (o clamoroso), pueda presumirse *iuris tantum* la culpabilidad del profesional sanitario⁹⁷⁰.

en profundidad del régimen de la culpa en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, *vid. infra*, apartado 2 del capítulo sexto de nuestra obra.

⁹⁶⁹ Se opone López y López a la existencia de una supuesta *actio doli* con sustantividad y autonomía propias y apreciable de oficio por el tribunal: «En el sistema del Derecho civil moderno, y por supuesto en el del Código Civil, no cabe atribuir consecuencia alguna que no sea resarcitoria ni al incumplimiento contractual, ni al daño extracontractual. Consiguientemente, un mero desvalor de la conducta, aún oprobiosa, si no es delito, no es *per se* fuente de responsabilidad civil: comportará el agravamiento de la responsabilidad, no una pretensión autónoma. Ese es el preciso dato normativo del artículo 1107 CC, aplicable a todas las obligaciones. Y es que, como explicará brillantemente Alfonso de Cossío, la evolución histórica ha consistido en gran medida, en el tránsito del dolo como *delictum*, a elemento cualificado, no autónomo, de los *delicta*, penales o civiles. Su opinión ha de ser tenida muy en cuenta, porque es el defensor de un concepto unitario de dolo, que funda una acción autónoma, pero sólo en el sentido de distinta de la de la culpa, y siempre dentro del marco normativo de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, nunca como algo distinto de ellas. Con lo que de paso, nos resuelve el problema de su apreciación de oficio, como algo autónomo, imposible en cuanto elemento cualificador de la conducta en que se funda la acción, sea de responsabilidad contractual, sea de responsabilidad extracontractual. Imposible apreciación de oficio, y no deja de ser útil recordar que la acción de nulidad (*rectius*: anulabilidad) por dolo, no puede ser apreciada de tal modo» (López y López, Ángel Manuel, «Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y *mutatio libelli*. Sustantividad y autonomía de una supuesta *actio doli*», *Diario La Ley*, n. 8132, 2013). Sobre la imputación subjetiva por dolo en sede de responsabilidad civil extracontractual postula Reglero Campos: «El artículo 1902 no menciona el dolo, pero es tan obvia la imputación por esta causa que no merece la pena insistir sobre las razones de la omisión (que se encuentran en los artículos 1089, 1092 y 1093). Según la concepción del Código, las conductas dolosas dan lugar a responsabilidad por actos ilícitos, cuya solución civil se remite al orden penal. El civil se ocupa sólo de las culpables» –Reglero Campos, Luis Fernando, «Los sistemas de responsabilidad civil», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, p. 296–. Abundando en esta línea, Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón Ballesteros: «La opinión común es que en el artículo 1.902 también se comprende el daño causado a otro por dolo, no sólo por culpa o negligencia, en los supuestos, más bien excepcionales, en que no se esté ante una responsabilidad penal por delito o falta» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de... op. cit.*, p. 331). Por lo que respecta a la definición del dolo, nos parece adecuada la propuesta por Rodríguez López, conforme al cual: «El dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos» (Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas... op. cit.*, pp. 40-41). En igual sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de... op. cit.*, p. 331.

⁹⁷⁰ La doctrina del daño desproporcionado constituye una de las configuraciones que puede adoptar la regla *res ipsa loquitur* (*the thing speaks for itself*), en cuya aplicación es pionera la *Exchequer Court* en el caso inglés *Byrne v. Boadle*, 159. Eng. Rep. 299 (*Exchequer Court*, 25.11.1863), en el que el demandante es golpeado en la cabeza por un barril de harina caído por la ventana de un almacén; el Tribunal estima que, si no es mediando negligencia, no caen barriles de harina por las ventanas. Tras este asunto, la *res ipsa loquitur* es aplicada en múltiples ocasiones por el *case law* norteamericano en supuestos de responsabilidad sanitaria, pudiendo citarse como exponentes los pronunciamientos en *Walter G. Timbrell et al., Respondents, v. Suburban Hospital, Inc. (a Corporation), et al., Appellants*, 4 Cal. 2d 68, 47 P.2d 737 (*Supreme Court of California*, 1.7.1935); *Joseph Roman Ybarra, Appellant, v. Lawrence C. Spangard et al., Respondents*, 25 Cal. 2d 486 (*Supreme Court of California*, 27.12.1944); *Henry Cavero, Respondent, v.*

Franklin General Benevolent Society (a Corporation), Appellant, 36 Cal. 2d 301, 223 P.2d 471 (Supreme Court of California, 31.10.1950); *Joseph H. Costa, Appellant, v. Regents of the University of California et al., Respondents*, 116 Cal. App. 2d. 445, 254 P.2d 85 (California Court of Appeal, 3.3.1953); *Howard W. Bowers, Appellant, v. Isaac Y. Olch, M. D., et al., Respondents*, 120 Cal. App. 2d 108, 260 P.2d 997 (California Court of Appeal, 8.9.1953); *Frank Bauer, Appellant, v. Marie Otis et al., Respondents*, 133 Cal. App. 2d 439 (California Court of Appeal, 7.6.1955) y *Sam Bruce Tangora, a Minor, etc., et al., Plaintiffs and Appellants, v. Seymour R. Matanky, M D., Defendant and Respondent*, 231 Cal. App. 2d 468 (California Court of Appeal, 24.12.1964). Para un análisis en profundidad de la regla *res ipsa loquitur*, vid. Nava -rro Michel , Mónica, «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, n. 3, 2003, pp. 1197-1230; Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 173-182; Llamas Pombo, Eugenio, «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 2, Herrera Campos, Ramón (coord.), Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 921-922; Llamas Pombo, Eugenio, «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en AA. VV., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 208-311. Centrándonos en la doctrina del daño desproporcionado, es definida como sigue en la STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana): «El daño desproporcionado [...] es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* «de la relación de causalidad y la presunción de culpa [...], sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico [sic]», «sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)» [...].» Así, son tres los requisitos cuya concurrencia se exige para entender aplicable la teoría del daño desproporcionado: un evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia del demandado; el control exclusivo por el demandado de los medios materiales o personales causantes del daño, y que la propia víctima no haya contribuido a la causación del daño (Galán Cortés , Julio César, «Cuestiones actuales...» *op. cit.*, p. 615). Por tanto, como podemos comprobar, no se va a estimar a estos efectos como desproporcionado al «daño muy grave, significat vo o catastrófico», sino al «resultado anormal conforme a lo que es usual» (Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *Responsabilidad objetiva... op. cit.*, p. 120). En todo caso, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado no determina la objetivación de la responsabilidad ni la inversión de la carga de la prueba de la negligencia, sino que permite, como manifestación del principio de facilidad probatoria (Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, 2010, p. 60), presumir *ius tantum* la relación de causalidad y la culpabilidad del profesional sanitario cuando el daño, «por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia, revele la penuria de los medios empleados por el profesional» (de Angel Yagüez, Ricardo, «El complejo...» *op. cit.*, p. 197). No obstante, tal presunción puede desvirtuarse si, pese a la desproporción del daño, acredita el facultativo, bien que ha cumplido en su proceder con la diligencia que le era exigible –González Carrasco , M.ª Carmen, «Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica: STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 240/2016, de 12 de abril (RJ 2016\1334)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 17, 2016, p. 268–, bien un origen del resultado dañoso distinto de su actuación negligente (*facta refutanda*). Esto último ocurre, a título meramente ejemplificat vo, en las SSTs de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003\3890; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) (analizada en Lun a Yerga, Álvaro, «Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario a la STS, 1.ª, 8.5.2003. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz», *Indret*, n. 4, 2003, pp. 1-4); 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 30 de abril de 2007 (RJ 2007\2397; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\7308; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\3071; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789; Ponente: Exc-

La culpa o negligencia la define, en sentido negativo, el artículo 1104 CC:

«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia⁹⁷¹.»

mo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\166; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). De esta manera, como muy acertadamente defiende Marín Castán en su voto particular a la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\646; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz), para que resulte de aplicación la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado se requiere que el resultado sufrido «no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada»; por consiguiente, no puede estimarse desproporcionado a estos efectos el daño «indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada». La jurisprudencia española aplica esta doctrina en innumerables ocasiones, pudiendo citarse las SSTs de 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10404; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 31 de enero de 2003 (RJ 2003\646; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 7 de octubre de 2004 (RJ 2004\6229; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo); 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 12 de noviembre de 2012 (RJ 2013\135; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 6 de junio de 2014 (RJ 2014\3395; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). La teoría del daño desproporcionado no es objeto de examen detallado en nuestra obra, habida cuenta de que la misma permite presumir *iuris tantum* la culpa del profesional sanitario en la realización del acto médico, pero no en la obtención del consentimiento informado. Al respecto, postula Galán Cortés : «Si la responsabilidad del médico procede de la falta de información de ese riesgo típico que se ha materializado tras una adecuada intervención quirúrgica, la condena del facultativo no podrá fundarse en la teoría del daño desproporcionado, puesto que el daño no es desproporcionado en el sentido antes expuesto, sino que deberá sustentarse en la omisión de ese componente fundamental de la *lex artis* que es el consentimiento informado» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 359). Para un análisis en profundidad de la doctrina del daño desproporcionado, *vid.* Villanueva Lupión, Carmen, «El alivio de la carga de la prueba al paciente: contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo, María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 131-181; Bello Janeiro, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 54-61.

⁹⁷¹ El artículo 4:101 PETL define la culpa como «la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible», estándar definido con carácter general en el artículo 4:102 (1) PETL: «El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.» Como podemos comprobar, los PETL presentan una terminología moderna, lo que se observa claramente en el empleo de la expresión «persona razonable» (en lugar de la obsoleta «buen padre de familia» que encontramos en nuestro CC), «traslación a los tiempos actuales de lo que en Derecho Romano era el *bonus pater familias* que se puede considerar como alguien que no persigue sus propios objetivos sin mirar a su alrededor, sino que toma en consideración los intereses de otras personas» (Salas Carceller, Antonio, «Principios de...» *op. cit.*, p. 13). Asimismo, debe destacarse que el estándar de diligencia contemplado por los PETL es de carácter objetivo, habida cuenta de que su cumplimiento debe valorarse, no en atención a la personalidad individual del sujeto responsable, sino a la categoría profesional que el mismo representa, de suerte que «el estándar

De este modo, podemos definir la culpa o negligencia como la omisión de la diligencia debida en atención a las circunstancias concurrentes, no presentando relevancia alguna en sede de responsabilidad civil el grado de la culpa en que incurre el deudor⁹⁷². Así, se estima culposa toda aquella conducta en cuya realización no respete el deudor el concreto estándar de diligencia exigido por la obligación comprometida o, en su defecto, aquella conducta que no se adecúe a la que correspondería a un buen padre de familia⁹⁷³.

puede ser distinto para un médico generalista «razonable» que para un especialista «razonable»» –Gómez Calle, Esther, «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en AA. VV., *Política y derecho: retos para el siglo XXI*, Guzmán Mendoza, Carlos Enrique e Insignares Cera, Silvana (edits.), Ediciones Uninorte, Barranquilla, 2010, disponible en <https://www.uninorte.edu.co/documents/72553/aca48249-dd65-4200-b3b3-a906a025eb0e> (última consulta el 10.1.2018), p. 78–. Finalmente, resulta necesario destacar la relevancia los criterios propuestos por los PETL para la delimitación del estándar de conducta, al declarar el Tribunal Supremo que los PETL «pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» como a «la que correspondería a un buen padre de familia» para, así, configurar un modelo de conducta diligente árido para la mayoría de los casos» –SSTS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/4895; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009/144; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 5 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5672; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Calvo Cabello)–.

⁹⁷² Al respecto, sostiene Ataz López: «la graduación de la culpa sólo tendría sentido en el Derecho penal, donde se explica el intento de buscar un juicio de reproche al autor, y donde tiene interés para la determinación de la sanción el grado de culpa del autor. Pero no es así en la responsabilidad civil, cuya finalidad es resarcitoria y no sancionadora. Cuando como consecuencia de un acto médico un paciente ha muerto, o su salud se ha visto seriamente desmejorada, lo que interesa al Derecho civil, en orden a la responsabilidad del mismo nombre, es determinar si hubo o no culpa, sin que importe el grado de ésta» (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 293). En Francia, mientras que la jurisprudencia civil exige tradicionalmente la prueba de la *faute simple* (culpa leve) para que surja la responsabilidad de la clínica privada, con independencia de la naturaleza del acto en el curso del cual se produce el daño, la jurisprudencia administrativa, a partir de los *arrêts Dame Vion y Dame Philipponneau (Conseil d'État, requête número 31999)*, de 8 de noviembre de 1935, exige la *faute lourde* (culpa grave) para comprometer la responsabilidad de la Administración sanitaria cuando el daño se deriva de un acto médico, definido éste por las decisiones de referencia, desde una perspectiva orgánica, como aquél realizado por el personal propiamente médico (facultativos y cirujanos). Dos décadas más tarde, en el *arrêt Rouzet*, de 26 de junio de 1959, el *Conseil d'État* adopta un criterio material para la distinción de los actos médicos y no médicos, estableciendo que lo relevante a tal efecto no es la autoría del acto sino su naturaleza y dificultad, estimándose no médicos los actos banales, salvo que su dificultad aconseje un cambio en su calificación. Finalmente, ante la situación de desigualdad en la que se encuentran los pacientes de las clínicas privadas y establecimientos públicos hospitalarios, el *Conseil d'État*, en el *arrêt Epoux V. (requête número 79027)*, de 10 de abril de 1992, suprime la distinción *faute lourde-faute simple* hasta entonces existente en sede de responsabilidad sanitaria en el ámbito público, siendo suficiente para condenar a la Administración la prueba de la falta leve, con independencia de la naturaleza del acto realizado, de modo que «[l]a responsabilité des établissements publics de santé ne peut être engagée que pour faute simple» (Castelletta, Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2004, p. 266).

⁹⁷³ Indica Blas Orbán: «Podemos decir que la culpa consiste en la inobservancia de una norma de conducta, ya sea ésta impuesta por la autoridad (inobservancia de ley, reglamento o disciplina), ya sea sugerida por la experiencia común (negligencia, imprudencia) o bien de la ciencia de la técnica relativa a una determinada profesión (impericia)» (Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 119). Por su parte, Ataz López define la culpa médica como la «infracción por parte del médico o del

4.1 Estándar de diligencia del profesional sanitario

Por lo que respecta al profesional sanitario, la jurisprudencia declara en incontables ocasiones que la medida de su culpabilidad no reside en la común del individuo profano en la materia sino en el cumplimiento de los deberes médicos o *lex artis ad hoc*, definida ésta por el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 2010⁹⁷⁴, como el

«módulo o criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida⁹⁷⁵.»

cirujano, de algún deber propio de su profesión, y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; así, «[l]a llamada culpa médica es una culpa común acaecida en un acto médico» (At az López, Joaquín, *Los médicos...* op. cit., p. 290).

⁹⁷⁴ RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁹⁷⁵ Vid. también SSTS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 29 de junio de 1990 (RJ 1990\4945; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2545; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 31 de julio de 1996 (RJ 1996\6084; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6458; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 2 de octubre de 1997 (RJ 1997\7405; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 26 de marzo de 2004 (RJ 2004\1668; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán); 17 de enero de 2005 (RJ 2005\113; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares); 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); 18 de enero de 2006 (RJ 2006\253; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 23 de mayo de 2006 (RJ 2006\3535; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9172; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 16 de abril de 2007 (RJ 2007\3552; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\7309; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 16 de enero de 2008 (RJ 2008\4; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 24 de octubre de 2008 (RJ 2008\5793; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 29 de enero de 2010 (RJ 2010\418; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En sede doctrinal, son numerosas las definiciones de *lex artis* propuestas por nuestros autores. Por todos, Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad médica...» op. cit., p. 288; Rivas López, Antonio Luis, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, pp. 91-92; Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 168-169; Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas... op. cit.*, pp. 50-51; Panes Corbelle, Luis Alberto, «Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmedo, Alberto y Canteiro Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 82 y ss.; De Mont al vo Jääskeläinen, Federico et al., *La Medicina... op. cit.*, pp. 20-21; Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 139; Llamas Pombo, Eugenio, «Doctrina general de la culpa médica», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 42-43; de las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 514; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 153; Blas Orbán, Carmen, *El equilibrio en la relación médico-paciente*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 35; López y García de la Serrana, Javier, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Ponencias XI Congreso Nacional (Córdoba, Mayo 2011), sobre responsabilidad civil en general*, López y García de

En definitiva, la jurisprudencia utiliza la *lex artis* (equivalente al concepto de *peritia artis* referido por Ulpiano⁹⁷⁶) como criterio «delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria»⁹⁷⁷, cuyo contenido, crecientemente plasmado en protocolos médicos⁹⁷⁸, debe definirse para cada caso particular tras realizarse una valoración *ex ante* de las circunstancias concurrentes, configurándose así la denominada *lex artis ad hoc*⁹⁷⁹. En consecuencia, la *lex artis ad*

la Serrana, Javier y Cid Luque, Andrés (coords.), Sepin, Madrid, 2011, p. 348; Barahona Migueláñez, María y González García, María Concepción, «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 49; Burza co Samper, María, «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y estándares generales del servicio: perspectiva jurisprudencial», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 143-144; Martín León, Antonio, «Lex artis y protocolos médicos», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 470; Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, p. 121; Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 58; Carro González, Francisco Javier, *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, tesis doctoral dirigida por Bello Janeiro, Domingo, Universidade da Coruña, 2013, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11799> (última consulta el 10.1.2018), p. 29. La aplicación al profesional sanitario de un estándar de diligencia cualificado se infiere también del artículo 4:102 (1) PETL y, concretamente, de su alusión a la «pericia exigible a la persona» que actúa, «lo que supone una clara referencia al nivel de diligencia superior que es exigible al especialista frente al lego, y que se extiende también a quien sin tener los conocimientos especializados se muestra ante los demás como experto y acomete tareas para las que no está capacitado (la llamada Übernahmenschulden de la doctrina germánica)» (Martín Casals, Miquel, «Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil»», *InDret*, n. 2, 2005, p. 13).

⁹⁷⁶ Alonso Pérez, Mariano, «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la «lex artis»)», en AA. VV., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, p. 33.

⁹⁷⁷ STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4879; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez).

⁹⁷⁸ Castellano Arroyo, María y de Ángel Yagüez, Ricardo, «Medical responsibility and liability in Spain», en AA. VV., *Malpractice and medical liability. European State of the Art Guidelines*, Ferrara, Santo Davide *et al.* (eds.), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, ed. digital, 2013, p. 164. Con relación a los protocolos médicos, postula Martín León: «en ningún caso pueden [...] ser automáticamente equiparados con la lex artis correcta. Aunque los protocolos constituyen una importantísima referencia a la hora de fijar el contenido de la lex artis, debe quedar meridianamente claro que la determinación de la lex artis correcta y adecuada al caso que se enjuicia se verificará mediante los informes periciales médicos. Podríamos decir que los protocolos constituyen una muy autorizada aproximación al contenido de la lex artis ad hoc, siempre que la prueba pericial no lleve al juez a la convicción de que las características del concreto paciente examinado exijan por parte del médico proceder adicionales o distintos de los preestablecidos en el protocolo» (Martín León, Antonio, «Lex artis...» *op. cit.*, p. 481).

⁹⁷⁹ Debe advertirse que el contenido de la *lex artis* es estrictamente jurídico, de suerte que sólo se integran en ella los deberes éticos y deontológicos que deben guiar la conducta del profesional sanitario cuando su incumplimiento genere de modo paralelo la infracción de algún deber jurídico –Corco y Bidasolo, Mirentxu, Voz «Lex artis (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 1043–. No obstante, como muy acertadamente declara el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007\232; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), dichas exigencias éticas resultan de utilidad para definir el contenido de los deberes profesionales que han de cumplirse en el ámbito sanitario: «Que tales reglas, por su contenido ético o moral, carezcan en sí mismas de fuerza coactiva no significa que no sirvan para configurar principios jurídicos que descansan sobre determinados valores o concepciones éticas, que inciden en la praxis médica y sirven para definir el contenido de los deberes profesionales que deben cumplirse en

hoc constituye la concreción del contenido de la *lex artis* con relación a un determinado supuesto⁹⁸⁰, de suerte que las exigencias de la *lex artis* son siempre las mismas, pero se han de valorar con relación a cada caso en concreto («para cada acto una ley»⁹⁸¹)⁹⁸².

4.2 Profesional sanitario: ¿obligación de medios o de resultado?

Como sabemos, la responsabilidad en el ámbito sanitario es subjetiva, de suerte que el paciente, como regla general, debe acreditar el incumplimiento por el facultativo de las exigencias de la *lex artis ad hoc* para que surja su responsabilidad civil. Ahora bien, ¿exige la *lex artis* al profesional sanitario la sanación del paciente para estimar su conducta diligente?

Para abordar la cuestión planteada hemos de partir de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como categorías propias de las obligaciones de hacer, distinción que, si bien parece encontrar su origen en el Dere-

la actividad sanitaria. De este modo, las normas de deontología profesional y los estatutos de los colegios profesionales sirven de guía, y de modo decisivo, no sólo para fijar los protocolos de actuación médica, sino especialmente para valorar la conducta del facultativo y su adecuación a la diligencia de un buen profesional, a los dictados, en suma de la *lex artis ad hoc*. No puede desconocerse que el sistema de responsabilidad por culpa descansa en un concepto ontológico o ético, cual es el de la diligencia, y que desde la Ley General de Sanidad [...] y, más recientemente, desde la Ley 41/2002, de 14 de noviembre [...], del Paciente, se aboga por la integración de tales principios morales en el conjunto de reglas que regulan la actividad médica y, por ende, por su integración en el contenido obligatorio propio de ella.»

⁹⁸⁰ En este sentido, Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 25; Corco y Bida-solo, Mirentxu, Voz «Lex artis...» *op. cit.*, p. 1043.

⁹⁸¹ Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, p. 121.

⁹⁸² Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 52. Este razonamiento es resumido por Sardinero García del modo que sigue: «para juzgar la labor de cualquier facultativo, incluida la labor asistencial de informar, se debe tener en cuenta que las decisiones son tomadas en un momento y lugar determinado, en atención a unas circunstancias y conocimientos que se tienen en dicho momento y que únicamente pueden y deber ser valorados desde la perspectiva del médico o enfermero interviniente en esa situación, por lo que el juez o tribunal se deben colocar, para una adecuada valoración, en el lugar del sujeto, en el momento del comienzo de la acción, y tener en cuenta únicamente las circunstancias del caso concreto conocidas en ese inicio, no las que se saben después. Esto es: se han de tener en cuenta las circunstancias concretas de lugar y tiempo en el que se llevan a cabo la asistencia sanitaria pues no rigen las mismas exigencias –derivadas de la *lex artis*– de cuidado debido para el médico especialista que desarrolla su actividad dentro de una clínica universitaria o en un gran centro sanitario de la ciudad, que para el médico que desempeñe su profesión en una zona rural o pueblo remoto» (Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa... op. cit.*, p. 54). La exigencia de valorar *ad hoc* la ejecución de toda actuación sanitaria la recoge el artículo 4 del Convenio de Oviedo, en virtud del cual: «Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso.» Por su parte, postula Romeo Casabon a que la expresión *lex artis ad hoc* es tautológica, puesto que la *lex artis* siempre se ha de individualizar *ad hoc* en aras de acomodar la libertad de método o procedimiento del facultativo a la indicación médica en cada caso (Romeo Casabon a, Carlos María, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 79).

cho romano⁹⁸³, es objeto de un prolijo estudio por Demogue en la primera mitad de la pasada centuria, quien atribuye tales denominaciones a sendas categorías⁹⁸⁴ y las asienta en la teoría general de la obligación para determinar la carga de la prueba en sede de responsabilidad contractual⁹⁸⁵. La diferencia entre ambas categorías de obligaciones la resume con maestría el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 1997⁹⁸⁶:

«El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal y como ha reiterado esta Sala en múltiples Sentencias, como la de 29 de julio 1994 (RJ 1994\6937) que dice: «una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independientemente de los resultados que con ello se obtengan...»⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 37-38. Sobre el origen de la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado, *vid.* Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 13-17.

⁹⁸⁴ De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 506.

⁹⁸⁵ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, I, Tomo 5, Rosseau, París, 1925, pp. 538-545.

⁹⁸⁶ RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁹⁸⁷ En la doctrina, *vid.* de Ángel Yagüez, Ricardo, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 18; Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento... op. cit.*, p. 174; Marín Velarde, Asunción, «Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 53-54; Jordano Fraiga, Francisco, «Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n. 1, 1991, p. 7; Lobato Gómez, Jesús Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n. 2, 1992, pp. 652-653; Fernández Hierro,

Podemos comprobar cómo la diferencia entre ambas categorías radica en el contenido de la obligación asumida por el deudor⁹⁸⁸. Así, en las obligaciones de medios, el deudor se compromete a desplegar una conducta diligente encaminada a la consecución del resultado perseguido por el acreedor (*id est*, de la satisfacción de su interés primario), mientras que, en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete, precisamente, a la consecución de ese concreto resultado (*opus*). Por tanto, el deudor cumple con su obligación de medios si desarrolla una actuación diligente, aun cuando no consiga la materialización del resultado buscado; sin embargo, en las obligaciones de resultado, el acreedor únicamente queda satisfecho y, consecuentemente, la obligación cumplida, si el deudor alcanza el resultado comprometido⁹⁸⁹. Esta distinción, en absoluto baladí, despliega relevantes consecuencias en el ámbito

José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, 5.ª ed., Comares, Granada, 2007, p. 36; Pérez Vallejo, Ana María, «Presupuestos de...» *op. cit.*, p. 556.

⁹⁸⁸ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de... op. cit.*, pp. 126-127; Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 36-37. Entiende Serrano Gil que «la caracterización de una obligación como de medio o de resultado afectará prioritariamente a las obligaciones de hacer, originándose la determinación respecto de si el deudor se obliga a obtener un concreto resultado o al desarrollo de una actividad diligente. De ahí que el ámbito de aplicación de dicha distinción entre obligaciones de medio o de resultado quede circunscrita al ámbito contractual, debido primordialmente al hecho de que dicha clasificación tiene como presupuesto la existencia de una obligación previa, lo que no tiene lugar en el plano extracontractual, puesto que la obligación contractual del facultativo no debe confundirse con el deber general de no originar daño a otro, derivado ello del principio *alterum non laedere*»; de esta suerte, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, «donde no existe relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor, mal se puede considerar que se hayan frustrado las expectativas de aquel y, por tanto, que pueda calificarse la obligación del segundo como una obligación de medios o de resultado, estimándose como más acertado frente a esta eventualidad, proceder a valorar si ha existido o no negligencia del agente dañoso en el caso concreto» (Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 62-64).

⁹⁸⁹ Jordano Fra ga, Francisco, «Obligaciones de...», *op. cit.*, pp. 21-23; de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 421; Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 19 y 213; de las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico... op. cit.*, p. 506; de Verda y Beaumont, José Ramón, «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 36, 2015, ed. digital; Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones... op. cit.*, pp. 29-31. Postula este último autor que la distinción entre ambos tipos de obligaciones «determina una diversa distribución, entre el deudor y el acreedor, del riesgo por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor», de manera que «cuando la obligación es de actividad, el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras que si la obligación es de resultado, el riesgo recae sobre el deudor. Así, por ejemplo, el médico promete utilizar los medios de que dispone, de acuerdo con el estado de la ciencia médica, para lograr la curación del enfermo, pero no puede garantizarla. Por tanto, el acreedor, es decir, el enfermo, soporta el riesgo de que el médico no logre su curación, debido al carácter aleatorio de este resultado, que constituye el interés primario del acreedor. El médico sólo puede llevar a cabo los cuidados útiles o necesarios para promover la curación del enfermo, pero el éxito de la curación exige además la presencia de otros elementos, que el médico no puede controlar. [...] Cuando la obligación es de resultado la distribución del riesgo es diversa. Así, por ejemplo, el transportista no se obliga solamente a una actividad de transporte de personas [sic] o cosas, sino que está obligado a obtener el resultado deseado por el acreedor, o sea, a que las personas o las cosas transportadas lleguen a su destino en la fecha fijada, sin que sufran ningún tipo de daño» (Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones... op. cit.*, pp. 30-31).

procesal, puesto que, si bien en las obligaciones de medios es el acreedor el que debe probar la negligencia del deudor al objeto de determinar su responsabilidad civil, en las obligaciones de resultado el acreedor debe demostrar únicamente el incumplimiento (o defectuoso cumplimiento) del resultado comprometido, recayendo sobre el deudor la carga de probar la concurrencia de alguna de las causas que excluyen su responsabilidad, a saber, que el incumplimiento del resultado comprometido resulta imputable a fuerza mayor o caso fortuito, o bien a la intervención de un tercero o a la culpa exclusiva de la víctima⁹⁹⁰. Tras estas notas preliminares e inexcusables para contextualizar la problemática, nos interrogamos sobre la naturaleza de la obligación asumida por el profesional sanitario, cuestión que exige partir de la distinción entre medicina curativa y satisfactiva⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Vid. SSTS de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8964; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) y 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2711; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz). En la doctrina, vid. Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil...* op. cit., p. 141; Fernández Martínez, Silvia et al., *Responsabilidad profesional del fisioterapeuta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, p. 248; Marín Velarde, Asunción, «Obligación de...» op. cit., p. 54; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional...* op. cit., p. 55 y 256; Lobato Gómez, Jesús Miguel, «Contribución al...» op. cit., pp. 725 y ss; de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» op. cit., p. 421; Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad...* op. cit., p. 47. Con relación a las obligaciones de resultado, postula García Garnica, con cita de las SSTS de 19 de febrero de 1998 y 28 de junio de 1999, que «la mera no consecución del mismo revela la existencia de un incumplimiento y determina la presunción de culpa y de la relación de causalidad entre el actuar del deudor y el acaecimiento del resultado dañoso», de suerte que al acreedor «le basta con acreditar la no consecución del resultado esperado, sin asumir la carga probatoria de la culpa y el nexa causal» (García Garnica, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 39). Quien escribe, por el contrario, entiende que, en las obligaciones de resultado, el incumplimiento del mismo no permite presumir ni la culpabilidad del deudor ni el nexa causal entre dicho incumplimiento y el daño sufrido por el acreedor, sino que, en puridad, en tales supuestos resulta indiferente el elemento culpabilístico, siendo lo relevante que el incumplimiento por el deudor del resultado comprometido cause un daño al acreedor, relación de causalidad cuya prueba recae sobre éste. Finalmente, debemos advertir, como bien hace Yzquierdo Tolsada, que no debe mezclarse el incumplimiento del contrato, que implica la pérdida por el deudor del derecho a percibir los honorarios, con la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor de resultados del incumplimiento, no teniendo el deudor que hacer frente a tales daños cuando el contrato es incumplido por una causa a él ajena. Este razonamiento lo ilustra Yzquierdo Tolsada como sigue: «Si el analista clínico no cumple con la obligación de dar al paciente el resultado del análisis de hemoglobina glicosilada que se le solicita, o lo hace mal, por lo pronto ello exime de pagar los honorarios al profesional. Pero los daños que de ello se deriven (así, un diagnóstico equivocado de diabetes mellitus que se basa en la interpretación dada por el endocrino a los análisis clínicos mal hechos) serán imputables al analista salvo que demuestre la causa ajena (por ejemplo, que un extraño cambió las muestras sanguíneas o que una extraña contaminación provocó la alteración de las mismas)» (Yzquierdo Tolsada, Mariano, «La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia», *DS: Derecho y Salud*, vol. 9, n. 1, 2001, p. 39).

⁹⁹¹ Antes de proseguir con nuestra exposición, debemos llamar la atención sobre la interesante advertencia que hace Yzquierdo Tolsada con relación al momento en que la referida distinción entre obligaciones de medios y resultado cobra sentido: «Cierto es que cuando la obligación sea de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión

4.2.1 Naturaleza jurídica de la obligación del profesional sanitario en medicina curativa

En medicina terapéutica o curativa, la jurisprudencia declara con insistencia que al profesional sanitario compete una obligación (contractual o extracontractual) de medios, no comprometiéndose, en consecuencia, a la sanación del paciente (resultado)⁹⁹². La razón, muy simple: la Medicina «es la ciencia inexacta por excelencia»⁹⁹³, dependiendo la sanación de una multiplicidad de factores endógenos y exógenos al paciente que, por resultar ajenos a la actividad del facultativo, escapan a su esfera de control: el factor reaccional del paciente ante la actuación médica realizada, la naturaleza mortal del hombre, el estado de los conocimientos científicos... De estimarse la obligación del profesional sanitario de resultado, parafraseando a Gitrama González, «se haría imposible el ejercicio de la medicina, pues, que [sic] siempre podrían ser demandados de responsabilidad los médicos por el fallecimiento de sus clientes o el fracaso de un tratamiento», de manera que «[e]l facultativo no se atrevería a emprender terapéutica alguna»⁹⁹⁴. Así, en aquellos supuestos en que la relación asistencial tiene carácter contractual, el contrato suscrito entre médico y paciente responde a la naturaleza jurídica del arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*), y no de obra (*locatio conductio operis*). Este

en un litigio en el que el *Leistungsprogramm* consistía en un resultado determinado exigible. Pero no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligación nos encontramos. Ni siquiera en lo que «desde fuera» pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso *teórico* que da el demandante con su material probatorio. Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero que todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al mismo tiempo insatisfacción del interés primario. La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de «etiquetar» la obligación *ab initio* (cosa siempre difícil para una persona ajena a la esfera técnica a la que pertenecen las actividades médicas y en general, a la que pertenecen muchas de las actividades que deben enjuiciarse cuando el litigio ha de consistir precisamente en una evaluación de la corrección técnica de las mismas) sino en el tramo final del litigio, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación. Es siempre un juicio a posteriori el que permite decir constantemente al Tribunal Supremo que la obligación del médico no es la de obtener la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios» (Yzquierdo Tolsada, Mariano, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 38).

⁹⁹² El propio Demogue destaca como obligación de medios, precisamente, la del médico, el cual «ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins» (Demogue, René, *Traité des... op. cit.*, pp. 539-540).

⁹⁹³ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 135.

⁹⁹⁴ Gitrama González, Manuel, «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, n. 2, 1977, p. 310.

razonamiento lo expone con gran precisión el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de septiembre de 1994⁹⁹⁵:

«Es, asimismo, doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar inexcusablemente al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente (o de sus familiares) la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse necesariamente el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad médica cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso⁹⁹⁶.»

⁹⁹⁵ RJ 1994\7313; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales.

⁹⁹⁶ *Vid.* también SSTs de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986\2824; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 13 de julio de 1987 (RJ 1987\5488; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 12 de julio de 1988 (RJ 1988\5991; Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso); 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\677; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López); 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8528; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 8 de mayo de 1991 (RJ 1991\3618; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 20 de febrero de 1992 (RJ 1992\1326; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 13 de octubre de 1992 (RJ 1992\7547; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 2 de febrero de 1993 (RJ 1993\793; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo); 7 de julio de 1993 (RJ 1993\6112; Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipse); 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9096; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 12 de julio de 1994 (RJ 1994\6730; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández); 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6720; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 14 de abril de 1999 (RJ 1999\2615; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 4 de febrero de 2002 (RJ 2002\1593; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 25 de junio de 2003 (RJ 2003\4261; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 26 de marzo de 2004 (RJ 2004\1668; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán); 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5890; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 24 de enero de 2007 (RJ 2007\977; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 5 de diciembre de 2007 (RJ 2008\469; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Sevilla de 28 de noviembre de 2011 (JUR 2012\330926; Ponente: Illmo. Sr. D. Joaquín Pablo Maroto Márquez) y SAP Cádiz de 2 de junio de 2015 (JUR 2015\222784; Ponente: Illma. Sra. Carmen González Castrillón). En la doctrina, *vid.* Jordano Fra ga, Francisco, «Obligaciones de...» *op. cit.*, p. 9; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, pp. 53-54; Blas Orbán, Carmen, *El equilibrio... op. cit.*, p. 55; González Morán, Luis, «La falta...» *op. cit.*, p. 660; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 135.

Asimismo, esta obligación de medios la predica una nutrida jurisprudencia respecto de la sanidad pública, declarando que:

«los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades⁹⁹⁷.»

⁹⁹⁷ STS de 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\2530; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto). *Vid.* también SSTS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2006\4135; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 28 de marzo de 2007 (RJ 2007\3680; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 7 de julio de 2008 (RJ 2008\6872; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco); 23 de febrero de 2009 (RJ 2009\1147; Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco); 18 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2913; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso); 25 de mayo de 2010 (RJ 2010\5227; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 25 de junio de 2010 (RJ 2010\5895; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso); 3 de noviembre de 2010 (RJ 2010\7883; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 3 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8887; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso); 16 de febrero de 2011 (RJ 2011\1490; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de marzo de 2011 (RJ 2011\1993; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\2139; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 4 de abril de 2011 (RJ 2011\3405; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 19 de abril de 2011 (RJ 2011\3643; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6037; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1034; Ponente: Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\7671; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1943; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 16 de enero de 2012 (RJ 2012\488; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 23 de enero de 2012 (RJ 2012\342; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 19 de junio de 2012 (RJ 2012\8064; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 10 de julio de 2012 (RJ 2012\8287; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9798; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho); 16 de marzo de 2016 (RJ 2016\1428; Ponente: Excma. Sra. Pilar Teso Gamella); 8 de julio de 2016 (RJ 2016\4323; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Toledano Cantero) y 18 de julio de 2016 (RJ 2016\3618; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas). En la jurisprudencia menor, *vid.* STSJ Madrid de 4 de marzo de 2013 (JUR 2013\194151; Ponente: Illma. Sra. M.^a del Camino Vázquez Castellanos); SSJCA n. 11 de Barcelona de 3 de octubre de 2014 (JUR 2014\273933; Ponente: Illmo. Pedro Luis García Muñoz) y 23 de julio de 2014 (JUR 2014\254706; Ponente: Illmo. Pedro Luis García Muñoz) y SSTSJ Extremadura de 23 de marzo de 2017 (JUR 2017\120636; Ponente: Illmo. Sr. D. Daniel Ruiz Ballesteros) y 20 de abril de 2017 (JUR 2017\111675; Ponente: Illmo. Sr. D. Daniel Ruiz Ballesteros). En igual dirección apunta el Consejo Consultivo de Andalucía, pudiendo citarse, como exponentes, sus Dictámenes nn. 260/2002, de 3 de octubre de 2002; 227/2004, de 15 de julio de 2004; 243/2004, de 26 de julio de 2004; 350/2004, de 25 de noviembre de 2004; 089/2005, de 17 de marzo de 2005; 210/2005, de 16 de junio de 2005; 365/2005, de 13 de octubre de 2005; 473/2005, de 28 de diciembre de 2005; 093/2006, de 22 de marzo de 2006; 246/2006, de 26 de junio de 2006; 409/2006, de 27 de septiembre de 2006; 427/2006, de 3 de octubre de 2006; 431/2006, de 3 de octubre de 2006; 012/2007, de 17 de enero de 2007; 113/2007, de 7 de marzo de 2007; 123/2007, de 12 de marzo de 2007; 310/2007, de 13 de junio de 2007; 547/2007, de 10 de octubre de 2007; 067/2008, de 30 de enero de 2008; 349/2008, de 17 de junio de 2008; 463/2008, de 9 de septiembre de 2008; 498/2008, de 17 de septiembre de 2008; 592/2008, de 29 de octubre de 2008; 733/2008, de 17 de diciembre de 2008; 755/2008, de 29 de diciembre de 2008; 128/2009, de 25 de febrero de 2009; 229/2009, de 1 de abril de 2009; 361/2009, de 27 de mayo de 2009; 407/2009, 16 de junio de 2009; 450/2009, de 1 de julio de 2009; 650/2009, de 30 de septiembre de 2009; 720/2009, de 20 de octubre de 2009; 756/2009, de 11 de noviembre de 2009; 0023/2010, de 20 de enero de 2010; 0112/2010, de 4 de marzo de 2010; 0213/2010, de 14 de abril de 2010; 0273/2010, de 4 de mayo de 2010; 0316/2010, de 20 de mayo de 2010; 0358/2010, de 8 de junio de 2010; 0393/2010, de 23 de junio de 2010; 0506/2010, de

En suma, puede comprobarse cómo nuestros tribunales se postulan pacíficamente en favor del entendimiento de la obligación asumida por el profesional sanitario en medicina terapéutica como una obligación de medios. De esta suerte, no se compromete el facultativo a la curación del paciente, sino a desplegar una actuación respetuosa con las exigencias de la *lex artis ad hoc*, no pudiendo confundir el paciente su derecho a la salud (constitucionalmente reconocido en el artículo 43 CE) con un pretendido derecho a la curación⁹⁹⁸.

4.2.2 Naturaleza jurídica de la obligación del profesional sanitario en medicina activa

En medicina voluntaria, sin embargo, se observa una ostensible evolución de nuestra jurisprudencia en su consideración sobre la naturaleza jurídica de la obligación que compete al profesional sanitario, pudiendo distinguirse cuatro etapas esenciales.

16 de septiembre de 2010; 0708/2010, de 15 de diciembre de 2010; 0868/2010, de 29 de diciembre de 2010; 0872/2010, de 29 de diciembre de 2010; 0076/2011, de 2 de febrero de 2011; 0150/2011, de 8 de marzo de 2011; 0271/2011, de 28 de abril de 2011; 0300/2011, de 9 de mayo de 2011; 0349/2011, de 25 de mayo de 2011; 0389/2011, de 8 de junio de 2011; 0410/2011, de 15 de junio de 2011; 0499/2011, de 19 de julio de 2011; 0518/2011, de 28 de julio de 2011; 0528/2011, de 28 de julio de 2011; 0616/2011, de 27 de septiembre de 2011; 0705/2011, de 27 de octubre de 2011; 0770/2011, de 29 de noviembre de 2011; 0806/2011, de 21 de diciembre de 2011; 0156/2012, de 6 de marzo de 2012; 0296/2012, de 25 de abril de 2012; 0365/2012, de 9 de mayo de 2012; 0463/2012, de 12 de junio de 2012; 0502/2012, de 19 de junio de 2012; 0534/2012, de 27 de junio de 2012; 0643/2012, de 26 de julio de 2012; 0647/2012, de 26 de julio de 2012; 0710/2012, de 18 de septiembre de 2012; 0878/2012, de 31 de octubre de 2012; 0953/2012, de 15 de noviembre de 2012; 0169/2013, de 6 de marzo de 2013; 0384/2013, de 28 de mayo de 2013; 0480/2013, de 3 de julio de 2013; 0638/2013, de 24 de septiembre de 2013; 0753/2013, de 6 de noviembre de 2013; 0824/2013, de 4 de diciembre de 2013; 0108/2014, de 18 de febrero de 2014; 0184/2014, de 12 de marzo de 2014; 0327/2014, de 6 de mayo de 2014; 0346/2014, de 21 de mayo de 2014; 0399/2014, de 4 de junio de 2014; 0505/2014, de 9 de julio de 2014; 0573/2014, de 9 de septiembre de 2014; 0574/2014, de 9 de septiembre de 2014; 0666/2014, de 14 de octubre de 2014; 0667/2014, de 14 de octubre de 2014; 0669/2014, de 14 de octubre de 2014; 0675/2014, de 14 de octubre de 2014; 0699/2014, de 21 de octubre de 2014; 0748/2014, de 12 de noviembre de 2014; 0750/2014, de 12 de noviembre de 2014; 0773/2014, de 19 de noviembre de 2014; 0777/2014, de 19 de noviembre de 2014; 0779/2014, de 19 de noviembre de 2014; 0287/2015, de 22 de abril de 2015; 0315/2015, de 29 de abril de 2015; 0440/2015, de 17 de junio de 2015; 0518/2015, de 8 de julio de 2015; 0668/2015, de 13 de octubre de 2015; 0736/2015, de 10 de noviembre de 2015; 0766/2015, de 18 de noviembre de 2015; 0817/2015, de 2 de diciembre de 2015; 0023/2016, de 11 de enero de 2016; 0124/2016, de 16 de febrero de 2016; 0426/2016, de 22 de junio de 2016; 0462/2016, de 7 de julio de 2016; 0504/2016, de 28 de julio de 2016; 0505/2016, de 28 de julio de 2016; 0659/2016, de 18 de octubre de 2016; 0702/2016, de 9 de noviembre de 2016; 0755/2016, de 23 de noviembre de 2016; 0015/2017, de 17 de enero de 2017; 0124/2017, de 8 de marzo de 2017; 0157/2017, de 16 de marzo de 2017; 0246/2017, de 25 de abril de 2017; 0322/2017, de 24 de mayo de 2017; 0350/2017, de 31 de mayo de 2017; 0391/2017, de 20 de junio de 2017; 0417/2017, de 28 de junio de 2017; 0489/2017, de 12 de septiembre de 2017; 0520/2017, de 20 de septiembre de 2017; 0546/2017, de 27 de septiembre de 2017; 0614/2017, de 25 de octubre de 2017; 0634/2017, de 8 de noviembre de 2017; 0028/2018, de 24 de enero de 2018 y 0052/2018, de 31 de enero de 2018.

⁹⁹⁸ Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 155.

Nuestro análisis debe partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950⁹⁹⁹ que, con motivo de unos daños sufridos por un sujeto de resultas de una operación de cirugía estética, se pronuncia por primera vez con relación a la cuestión sugerida en el presente apartado, abogando por la necesidad de examinar la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil también en los supuestos de medicina satisfactiva y descartando, por consiguiente, la existencia de una obligación de resultado en dicho ámbito¹⁰⁰⁰. De esta suerte, sostiene el Tribunal que:

«según se sienta en el considerando tercero de [la] sentencia [recurrida] la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados, de lo que resulta evidente que la sentencia no infringe en forma alguna los artículos que se citan en este motivo, y encaja el caso de autos en el artículo 1105 del Código Civil aunque no le mencione, pues no puede admitirse la teoría del recurrente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto la responsabilidad ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este supuesto no es imputable a los médicos¹⁰⁰¹.»

En un segundo momento, ya en la década de los noventa de la pasada centuria, la jurisprudencia estima que el contrato suscrito entre médico y cliente en medicina voluntaria responde a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de obra (y no de arrendamiento de servicios) y que, en virtud del mismo, el facultativo se compromete, no sólo a actuar de modo diligente, sino a la consecución del resultado perseguido por el cliente. Esta calificación del deber atinente profesional sanitario como de resultado en medicina satisfactiva, reputada por Galán Cortés como «un craso error, tanto desde el punto de vista médico como jurídico»¹⁰⁰², es la acogida por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de diciembre de 1997¹⁰⁰³, al declarar que:

«La naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontológica, vasecto-

⁹⁹⁹ RJ 1950\394; Ponente: Excmo. Sr. Acacio Charrín y Martín Veña.

¹⁰⁰⁰ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁰¹ Vid. también STS de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991\8907; Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres).

¹⁰⁰² Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 154.

¹⁰⁰³ RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

mía), como si deriva de una relación extracontractual, es *obligación de actividad (o de medios), no de resultado* [...] ¹⁰⁰⁴.»

Especial atención merece la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990 ¹⁰⁰⁵, a tenor de la cual el objeto de la relación jurídica médico-enfermo

«en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influido por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad del profesional médico, y en realidad significativos de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole [...] ¹⁰⁰⁶.»

¹⁰⁰⁴ Vid. también SSTS de 31 de julio de 1996 (RJ 1996\6084; Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 2 diciembre 1997 (RJ 1997\8964; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 19 de febrero de 1998 (RJ 1998\634; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 28 de junio de 1999 (RJ 1999\4894; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\541; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2711; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 4 de febrero de 2002 (RJ 2002\1593; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7218; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 23 de marzo de 2006 (RJ 2006\1823; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela) y 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). En la doctrina, califican de resultado la obligación que incumbe al médico en medicina satisfactiva (y, consiguientemente, de obra el contrato suscrito, en su caso, entre médico y paciente), Bello Janeiro, Domingo, *La responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 2015, pp. 15 y 33-34; Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, *La carga...* op. cit., p. 33; Fernández Martínez, Silvia et al., *Responsabilidad profesional...* op. cit., p. 245; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» op. cit., p. 1074; Ramírez-Escudero de la Miyar, Rafael, «Responsabilidad civil de los seguros médicos privados: hacia una mayor corresponsabilidad», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 67; Arenas Alegría, Cristina, «El consentimiento...» op. cit., p. 136; Guerrero Zaplan, José, *El consentimiento...* op. cit., p. 174; Herrera Campos, Ramón, «Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 497; Corbella i Duch, Josep, *La responsabilidad...* op. cit., p. 33; López Carmona, Virginia, «Responsabilidad civil...» op. cit., pp. 183-184. Respecto de la cirugía puramente estética, postula Fernández Hierro que, «al no tratar de evitar unas graves deformidades o unos sufrimientos psíquicos, no es puramente curativa y por tanto quien la emprende debe dar una garantía de su intervención que no puede exigirse a las demás ramas de la medicina: todo ello, a salvo de las convenciones específicas que existan entre médico y paciente, que en este caso, dada su trascendencia especial, sería conveniente que constaran por escrito» (Fernández Hierro, José Manuel, *Sistema de...* op. cit., p. 51).

¹⁰⁰⁵ RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

¹⁰⁰⁶ En este sentido, señala Gitrama González que, pese a que la obligación del profesional sanitario es de medios como regla general, en ciertas hipótesis excepcionales el contrato suscrito (en su caso) entre médico y paciente puede invocarse como de obra y, consiguientemente, calificarse la obligación del

A nuestro modo de entender, la implantación de prótesis, del tipo que sea (mamaria, dentaria, ósea...), exige distinguir las siguientes dos obligaciones esenciales que surgen para el profesional sanitario. De un lado, una obligación de dar, esto es, de suministrar al paciente (o cliente) una prótesis que satisfaga sus necesidades terapéuticas o estéticas; tal obligación, calificable de medios¹⁰⁰⁷, es independiente de la de resultado que incumbe al fabricante del producto¹⁰⁰⁸. De otro, una obligación de hacer, es decir, de colocar la referida prótesis; en este caso, la obligación asumida por el profesional sanitario comparte la naturaleza jurídica de las obligaciones de medios, con independencia del carácter terapéutico (prótesis de cadera...) o voluntario (implante mamario, dentario...) que la intervención tenga para el paciente o cliente¹⁰⁰⁹, salvo, como vemos más adelante en nuestra exposición, que el profesional sanitario haya asegurado el buen fin de la intervención¹⁰¹⁰. Este mismo razonamiento

médico de resultado, lo que ocurre, por ejemplo, en los supuestos de «colocación de aparatos ortopédicos» y «en la prótesis dental» (Gitrama González, Manuel, «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho Público y Privado. Ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 355).

¹⁰⁰⁷ Declara la STS de 17 de abril de 1998 (RJ 1998\2055; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros), en un supuesto en el que, de resultados de un defecto de fabricación, se produce la rotura de la jeringa con la que se está extrayendo el cerumen del oído de la paciente: «se revela que el defecto de la jeringa no era detectable antes de su uso; es durante el mismo cuando sobreviene el accidente por defecto de fabricación. Por ello no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos.» Bajo nuestro punto de vista, la doctrina sostenida por el Alto Tribunal en el extracto reproducido es aplicable a los supuestos en que es una prótesis implantada al paciente la que adolece de algún defecto de fabricación.

¹⁰⁰⁸ Para un análisis en profundidad, *vid.* Gil Membrado, Cristina, *La responsabilidad civil por implante mamario: Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pp. 122-186.

¹⁰⁰⁹ Gil Membrado, Cristina, *La responsabilidad...* *op. cit.*, pp. 10-13.

¹⁰¹⁰ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, pp. 441-444; Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de...* *op. cit.*, pp. 137-140; Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad...* *op. cit.*, pp. 203-206. En este sentido se pronuncia la *Cour de cassation* francesa en su decisión de 29 de octubre de 1985 (83-17.091). En el asunto enjuiciado, M. X..., cirujano dentista, coloca a Mme Y... un implante dental confeccionado por él mismo. Una vez colocado, el implante se rompe accidentalmente, sin mediar culpa alguna del profesional en la implantación de la prótesis. La *Cour de cassation* resuelve que, si bien el cirujano-dentista tiene una obligación de medios en lo que a los actos de cuidado que proporciona al paciente se refiere, su obligación es de resultado en lo relativo al suministro de la prótesis dental, surgiendo su responsabilidad si implanta al paciente una prótesis defectuosa, aunque no haya mediado negligencia alguna en su colocación: «attendu que si M. X était tenu à une simple obligation de moyens non seulement quant aux soins proprement dits par lui prodigués à Mme Y... mais aussi en ce qui concerne les améliorations de son état que celle-ci pouvait espérer grâce à l'acquisition et à la pose d'un bridge sans défaut, il n'en reste pas moins qu'en tant que fournisseur de la prothèse, il devait délivrer un appareil apte à rendre le service que sa patiente pouvait légitimement en attendre, c'est-à-dire un appareil sans défaut, et qu'il doit dès lors réparer le préjudice dû à la défectuosité de celui qu'il a posé puisque, selon l'arrêt attaqué, «sans qu'il soit allégué que Mme. Y... ait fait un usage normal de son bridge ni que celui-ci ait été

resulta aplicable a los métodos de detección de enfermedades, debiendo distinguirse, a efectos de determinar su naturaleza jurídica, la obligación de proporcionar un test que no presente defectos de fabricación, de un lado, y la obligación de aplicar debidamente tales métodos al paciente, de otro.

En una tercera etapa, nuestros tribunales postulan que, en medicina satisfactiva, el contrato que sustenta la relación asistencial, sin perder su naturaleza de arrendamiento de servicios, se aproxima al de arrendamiento de obra. De esta suerte, se exige al profesional sanitario una mayor garantía en la consecución del resultado perseguido por el cliente, lo que se traduce en una intensificación de sus deberes informativos previos a la prestación del consentimiento («obligación de medios acentuada»¹⁰¹¹). En esta línea, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de abril de 1994¹⁰¹², que, en los supuestos

«en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente –que no paciente–, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la

endommagé par une cause extérieure, il est constant qu'il a présenté une fracture dès le 5 février 1979, alors qu'il avait été posé fin mai 1978» [...].» Esta misma doctrina la aplica la jurisprudencia francesa a los centros de transfusión sanguínea, a los que se le impone una obligación de resultado en el suministro de productos sanguíneos no contaminados por virus alguno. Por todas, las decisiones de la *Cour de cassation* de 12 de abril de 1995 (92-11.975) y del *Conseil d'État* de 26 de mayo de 1995 (*requêtes numéros 143238, 151798 y 143673*). Finalmente, en su decisión de 9 de noviembre de 1999 (98-10.010), la *Cour de cassation* atribuye al médico una obligación de resultado con relación al buen estado de los materiales que utilice en la ejecución de todo acto terapéutico o de investigación: «attendu, d'abord, que s'il est exact que le contrat formé entre la patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins [...]»

¹⁰¹¹ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 150; Galán Cortés, Julio César, «1922 Sentencia...» *op. cit.*, p. 1443.

¹⁰¹² RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López.

obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención ¹⁰¹³.»

Por último, se observa en nuestra jurisprudencia más reciente una inclinación a estimar que, en medicina voluntaria, la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre médico y paciente es de arrendamiento de servicios (y, consiguientemente, la obligación por aquél asumida de medios), sin incluir referencia alguna a una pretendida aproximación al contrato de arrendamiento de obra ni a la asunción por el facultativo de una mayor garantía en la consecución del resultado buscado por el cliente, si bien es cierto que la jurisprudencia se reitera en la intensificación de los deberes informativos que incumben al profesional sanitario en medicina satisfactiva ¹⁰¹⁴. Éste es el razonamiento postulado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2009 ¹⁰¹⁵, dictada con ocasión de la demanda de responsabilidad civil interpuesta por la representación procesal de Dña. Gregoria por los daños sufridos de resultas de un tratamiento de fertilidad al que es sometida en el Servicio de Ginecología y Obstetricia de la Clínica Quirós de San Sebastián. Declara el Tribunal Supremo:

«La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el

¹⁰¹³ Con relación al pronunciamiento de referencia, coincidimos con de Ángel Yagüez en que «no lleva su razonamiento (el de que el contrato que tiene por objeto la práctica de una vasectomía *se aproxima de manera notoria al de arrendamiento de obra*) más allá de lo que, a mi entender, puede llevarse; esto es, a que en la llamada *medicina voluntaria* se intensifica el deber de información del médico. No hay ninguna alusión a una supuesta inversión de la carga de la prueba» (de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 447). *Vid.* también SSTs de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\940; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 27 de junio de 1997 (RJ 1997\5758; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 28 de junio de 1997 (RJ 1997\5151; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 26 de abril de 2007 (RJ 2007\3176; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) y 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4667; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). En la doctrina, *vid.* Laren a Beldarrain, Javier, «El proceso por responsabilidad civil médica: consideración en materia probatoria», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 306-307; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía...» *op. cit.*, p. 266.

¹⁰¹⁴ *Vid. supra*, apartado 4.1.4 del capítulo segundo de nuestra obra. Sobre el particular, considera Reynal Reillo que «este avance jurisprudencial supone que la obligación del médico en la cirugía estética y en los tratamientos estéticos es de medios, salvo que medie pacto de resultado entre médico y paciente; y esta obligación de medios se intensifica tanto en la información previa al consentimiento del paciente, como la realización en los cuidados precisos que permitan el éxito de la intervención» (Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado... op. cit.*, p. 89).

¹⁰¹⁵ RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre las personas, con o sin alteraciones en la salud, y la intervención está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual¹⁰¹⁶.»

Bajo nuestro punto de vista, es éste el posicionamiento que impone la lógica, pues, si en medicina curativa se excluye la obligación de resultado del profesional sanitario sobre la base del componente de aleatoriedad (*aleas*) consustancial a la ciencia médica, este mismo argumento conduce a excluir también las obligaciones de resultado en la medicina satisfactiva, habida cuenta de que, si bien es cierto que en tal ámbito existe una mayor libertad del cliente para decidir su sometimiento o rechazo a una determinada intervención o tratamiento, igualmente cierto es que, consentido el mismo, su resultado depende de múltiples factores que escapan al control del profesional sanitario¹⁰¹⁷. Éste es el posicionamiento adoptado por el Consejo Consultivo de An-

¹⁰¹⁶ En idéntico sentido, SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\3778; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 7 de mayo de 2014 (RJ 2014\2477; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 13 de abril de 2016 (RJ 2016\1495; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). *Vid.* también SSAP Valencia de 25 de marzo de 2015 (AC 2015\816; Ponente: Illma. Sra. Pilar Cerdán Villalba) y 26 de febrero de 2016 (JUR 2017\105642; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana) y SAP Zaragoza de 12 de enero de 2017 (JUR 2017\27580; Ponente: Illmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García). En la doctrina, *vid.* de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 441; Andreu Ten a, Eduardo *et al.*, «Estudio jurisprudencial...» *op. cit.*, p. 164.

¹⁰¹⁷ Indica la STS de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro) lo que sigue sobre el alea inherente a la Medicina: «por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente. Porque ese sistema termodinámicamente abierto y portador de información (ADN) que –prescindiendo de otros aspectos que no hacen al caso en este momento– es todo organismo vivo (también, por tanto, el viviente humano) es un agregado de un gran número de procesos ordenados de tal manera que le permiten persistir, crecer, desarrollarse, reproducirse, etc. Procesos que el

dalucía en su Dictamen de 13 de enero de 2010¹⁰¹⁸, motivado por la reclamación interpuesta por Dña. M. C. R. C. tras el nacimiento de un hijo después de haber sido sometida a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas. Declara el Consejo en el Dictamen de referencia:

«En reiteradas ocasiones ha subrayado este Consejo Consultivo que, con carácter general, la responsabilidad médica es una responsabilidad de medios, con ajuste a la *lex artis*, y no de resultados, al incidir sobre éstos la propia naturaleza humana. Así, en el supuesto de análisis, es de reseñar que, estadísticamente, la ligadura de trompas no puede garantizar una seguridad total de esterilización en el 100 por 100 de los casos, pues la naturaleza humana tiende a restablecer la normalidad funcional de los órganos ligados, bien mediante recanalizaciones espontáneas, bien por fistulizaciones de las trompas, que dejan libre la comunicación de éstas con el ovario¹⁰¹⁹.»

En definitiva, podemos concluir que, conforme a la jurisprudencia más moderna, la distinción entre medicina terapéutica y satisfactiva carece de sentido alguno al objeto de determinar la naturaleza jurídica de la obligación asumida por el profesional sanitario, pues, en ambos casos, éste se compromete, no a la consecución de un resultado, sino la realización diligente de la actividad asistencial¹⁰²⁰.

estado de la ciencia permite definir hoy mediante fórmulas químicas, ecuaciones matemáticas y Leyes de la naturaleza; un sistema que es abierto porque intercambia materia con el medio circundante, que importa y exporta componentes materiales que se constituyen y se degradan y que, porque es portador de esa información que constituye su programa vital está llamado a culminar un proceso de morfogénesis. En los tratados de Biología se enseña, en efecto, que «el máximo de los problemas biológicos, lejos de toda teoría exacta, es el de la morfogénesis, el proceso misterioso merced al cual una diminuta gota de protoplasma casi indiferenciado, el óvulo fertilizado, acaba por transformarse en esa maravillosa arquitectura del organismo multicelular». Y por eso, el organismo humano, en cuanto viviente, es, en sí mismo, un proceso que desde su iniciación en el seno materno, donde ese ser humano va formándose, ha de ir superando diversas etapas (del cigoto al feto); un proceso que continúa luego de producirse el hecho del nacimiento, pues el neonato se hará niño, adolescente luego, joven después, más tarde adulto y finalmente anciano.

¹⁰¹⁸ Dictamen n. 0007/2010.

¹⁰¹⁹ En idéntico sentido, Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nn. 259/2003, de 26 de junio de 2003; 260/2003, de 26 de junio de 2003; 035/2005, de 17 de febrero de 2005; 213/2005, de 16 de junio de 2005; 409/2005, de 8 de noviembre de 2005; 087/2006, de 15 de marzo de 2006; 107/2006, de 27 de marzo de 2006; 271/2006, de 4 de julio de 2006; 311/2006, de 18 de julio de 2006; 337/2006, de 26 de julio de 2006; 349/2006, de 11 de septiembre de 2006; 344/2007, de 26 de junio de 2007 y 034/2009, de 20 de enero de 2009.

¹⁰²⁰ En el DCFR, el artículo IV. C.-8:104 (1), al regular el contrato de servicios médicos (*treatment contract*), impone al prestador del servicio una obligación de medios: «The treatment provider's obligation of skill and care requires in particular the treatment provider to provide the patient with the care and skill which a reasonable treatment provider exercising and professing care and skill would demonstrate under the given circumstances.» Esta obligación de medios se reconoce al prestador del servicio con carácter general, es decir, sin establecer distinción alguna entre las actuaciones de medicina terapéutica y satisfactiva, si bien, con relación a estas últimas, el artículo IV. C.-8:106 DCFR refuerza los deberes informativos que incumben al prestador del servicio respecto de los deberes básicos establecidos en el artículo precedente para los actos de medicina curativa. Sin embargo, pese a que la obligación del prestador del servicio es de medios, como

4.2.3 Supuestos p articulares: aseguramiento del resul tado y a ctu aciones médicas no alea torias

El principio general en lo que a la responsabilidad civil en el ámbito sanitario se refiere es el expuesto en los apartados precedentes, a saber, la responsabilidad subjetiva del profesional sanitario y su consiguiente obligación de medios. Sin embargo, existen dos excepciones a esta regla, dos supuestos en los que el facultativo asume frente al paciente o cliente una obligación de resultado.

El primero de ellos, cuando el profesional sanitario se compromete expresamente a la obtención del resultado esperado por el paciente, aseguramiento que, por definición, sólo puede producirse cuando la relación médico-paciente es de naturaleza contractual¹⁰²¹. En tal supuesto, cobra sentido la

regla general, existen determinados supuestos en los que éste puede quedar compelido a alcanzar un cierto resultado, posibilidad permitida, al resultar beneficiosa para el paciente, por el artículo IV. C.8:106 (3) DCFR, en virtud del cual: «The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.» Así, asume el prestador del servicio una obligación de resultado cuando concurre alguno de los supuestos contemplados en el artículo IV. C.-2:106 (1) DCFR: «The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.» Como podemos comprobar, el artículo IV. C.-2:106 (1) DCFR proporciona los criterios para dilucidar cuándo el prestador del servicio se compromete a la obtención de un resultado, de suerte que «el resultado sólo será exigible al deudor, si ha sido declarado expresa o tácitamente en el contrato; no obstante, si el contrato de servicios no dice nada al respecto, el deudor deberá alcanzar aquel resultado que le quepa razonablemente esperar a un acreedor medio, de acuerdo con las informaciones y advertencias suministradas por el prestador del servicio» (Crespo Mora, María del Carmen, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *Indret*, n. 2, 2013, p. 39).

¹⁰²¹ Al respecto, indica At az López: «Tanto médico como paciente pretenden la curación pero médico no puede asegurarla y por ello se compromete (salvo aseguramiento expreso del resultado) a intentar la curación» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 168). Este posicionamiento, de defensa de la asunción por el profesional sanitario de una obligación de resultado en supuestos de garantía del éxito de la intervención o tratamiento médico, es el adoptado por la doctrina mayoritaria. Por todos, de Ángel Yagüez, Ricardo, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 19; Laren a Beldarrain, Javier, «La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 217-218; Llamas Pombo, Eugenio, «Doctrina general...» *op. cit.*, p. 31; Fernández Hierro, José Manuel, *Sistema de... op. cit.*, p. 40. Así, coincidimos con Cabanillas Sánchez en que, en el ámbito contractual, «el criterio decisivo para precisar cuando [sic] una obligación es de actividad o de resultado deber ser el de la voluntad de las partes»; consiguientemente, «no debe concederse prioridad a ninguna de estas dos categorías de obligaciones, por lo que no es acertado sostener que en el ámbito contractual el régimen general es el de la obligación de resultado. No puede afirmarse en nuestro Derecho una presunción en favor de uno u otro tipo de obligaciones» (Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones... op. cit.*, p. 38). Abundando en esta línea, sostiene de Verda y Beamonte: «no existen obligaciones de medios u obligaciones de resultado, *por naturaleza*, sino que el objeto de la prestación es determinado por las partes, bien por los pactos expresos contenidos en el contrato, bien por las presuposiciones de ambas partes incorporadas tácitamente a la causa del mismo: me refiero a propósi-

distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el ejercicio de la actividad médica¹⁰²², no existiendo en la doctrina avenencia en torno a la posibilidad para el deudor de exonerarse de responsabilidad acreditando que el incumplimiento del resultado comprometido resulta imputable a fuerza mayor o caso fortuito¹⁰²³. Esta garantía de éxito de la intervención o tratamiento puede asumirla el profesional sanitario tanto en medicina curativa como satisfactiva, si bien, en este último caso, no puede deducirse un aseguramiento del resultado del simple carácter voluntario de la actuación médica, pues, como hemos ya señalado, actualmente la jurisprudencia estima que también en medicina voluntaria la obligación asumida por el profesional sanitario, salvo supuestos de aseguramiento del resultado, es de medios. En la

tos comunes a ambos contratantes o a uno de ellos (el acreedor), conocidos o debidos conocer por el otro (el deudor) en el momento de la celebración del contrato. Obviamente, parto aquí de una concepción moderna de la causa, entendida, no ya en sentido abstracto, como función económico-social del tipo contractual, sino como la finalidad práctica perseguida por ambas partes con la celebración del negocio, diferenciada de los puros motivos subjetivos o internos de una de ellas no exteriorizados o manifestados de manera reconocible por la otra. [...] En defecto de pacto o de incorporación tácita de un propósito práctico a la causa del contrato, habrá que acudir a lo que es común en el tráfico jurídico en el mismo tipo de contratos, lo que normalmente estará en función del grado de control que el deudor pueda tener sobre la posibilidad de ejecutar la prestación: es evidente que el abogado o el médico no tienen el mismo grado de control sobre el éxito de su actividad, que el que tiene un contratista sobre la posibilidad de ejecutar correctamente la obra que se le encarga; dicho de otro modo, en el primer caso, existe un evidente componente aleatorio, que no existe en el segundo» (de Verda y Beamonte, José Ramón, «La responsabilidad...» *op. cit.*).

¹⁰²² Vid. SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010\5155; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁰²³ Sobre el particular, postula Arbesú González que, en tales supuestos, no puede alegarse la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, pues, «teniendo presente el componente aleatorio de la naturaleza humana que confiere al fin u objetivo de la curación o del resultado en una intervención sobre el propio cuerpo, el carácter obligatoriamente incierto, en mayor o menor medida o porcentaje, el médico que asuma el compromiso contractual de obtener un resultado, asume todos los riesgos, ya que éstos serán precisamente la materialización de aquellas circunstancias imprevisibles de reacción del cuerpo humano, con lo cual, si el médico que promete un resultado, puede exonerarse a su vez de responsabilidad, por no conseguir dicho resultado debido a las precitadas circunstancias ajenas a su actuar, tal promesa carece de contenido. Nos encontraríamos en realidad, ante una promesa de medios» (Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 103). El parecer opuesto defiende Sánchez Gómez, para quien el pacto en virtud del cual el médico garantiza el resultado no conlleva, además, la asunción del caso fortuito, «pues ello requiere un pacto expreso al respecto, que no cabe deducir por el hecho de que se haya asumido una obligación de resultado»; continúa la autora: «Igualmente, cuando el profesional de la medicina se compromete a obtener una obligación de resultado, el riesgo del *aleas* propio de toda actuación médica se traslada a la esfera del [sic] éste, cuando, de otro modo, debería soportarlo el paciente. Ahora bien, ello no debe llevar a extender ese riesgo hasta la asunción por el deudor, del derivado de la producción del caso fortuito, salvo que así se haya pactado expresamente. De otra parte, desde un punto de vista práctico, resulta difícil aceptar que si el médico se obliga a la obtención del resultado de la curación, poco probable en la realidad sanitaria, asuma, además del riesgo normal, el derivado de la producción del caso fortuito, pues ello supone tanto como comprometer su responsabilidad con plenitud, algo a lo que, raramente, estará dispuesto» (Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, pp. 134-135). En este sentido, Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 100.

dirección apuntada, declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de noviembre de 2007 ¹⁰²⁴:

«Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida», aseguramiento que «no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética ¹⁰²⁵.»

Este aseguramiento del resultado lo aprecia el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 2008 ¹⁰²⁶:

«En el caso, la relación jurídica entre demandante y demandado se produjo a partir de un contrato entre paciente y médico, consistente en subsanar la defi-

¹⁰²⁴ RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁰²⁵ *Vid.* también SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4667; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la jurisprudencia menor, *vid.* SSAP Valencia de 25 de marzo de 2015 (AC 2015\816; Ponente: Illma. Sra. Pilar Cerdán Villalba) y 26 de febrero de 2016 (JUR 2017\105642; Ponente: Illmo. Sr. D. Manuel José López Orellana) y SAP Zaragoza de 12 de enero de 2017 (JUR 2017\27580; Ponente: Illmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García). Éste parece ser el parecer sostenido por Blas Orbán, quien estima que la separación entre las obligaciones de medios y de resultado «la viene proporcionando la voluntad de las partes, nacida en el preciso momento en que se dio origen al contrato motivo de duda, si bien es cierto que, como en todo contrato, se pueden admitir cambios, respetando siempre la decisión de conformidad con las normas en vigor. [...] si bien es cierto que la actuación médica que se encamine a curar a un enfermo, actuando directamente sobre su cuerpo, encaja perfectamente como una obligación de medios, no significa que siempre se puedan encajar como obligaciones de resultado aquellas actividades médicas que persiguen fines distintos a la curación, en las que no siempre se trata de arrendamiento de obra. Es preciso interpretar la voluntad de las partes al respecto. Y sólo se puede alcanzar este calificativo si así se deduce de las circunstancias en las que nació la relación» (Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, pp. 108-109). Por su parte, indica Galán Cortés: «En nuestro criterio, la obligación del cirujano estético que haya informado e ilustrado correctamente y exhaustivamente a su paciente, incluso de la eventualidad de un mal resultado con la posibilidad de empeoramiento, en su caso, del aspecto estético, debe calificarse como obligación de medios acentuada, reforzada o especialmente cualificada –en base a la rigurosa información que le es exigida–, sin perjuicio de que en aquellos casos en que haya habido un «aseguramiento» del resultado o en que la información no se haya ofrecido en los términos expuestos su obligación se califique como propia de resultado, pero tal circunstancia vendrá motivada en tales supuestos, respectivamente, por haber asegurado el resultado o por una información inadecuada en ese caso concreto, y no por las peculiaridades del acto quirúrgico *per se*» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 174). Bajo nuestro punto de vista, y en oposición al parecer postulado por Galán Cortés en el extracto reproducido, el incumplimiento por el profesional sanitario del deber informativo cualificado que le impone la jurisprudencia en medicina satisfactiva no implica la asunción por su parte de una obligación de resultado; por el contrario, entendemos que, en tal caso, la responsabilidad del profesional sanitario continúa siendo de índole subjetiva y que el incumplimiento de sus deberes informativos determina el carácter culposos de su conducta y, consiguientemente, el incumplimiento de la obligación de medios que le compete.

¹⁰²⁶ RJ 2008\4045; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

ciencia restante en el maxilar superior izquierdo mediante la técnica de implantes óseo-integrados, con intervención quirúrgica bajo anestesia general, que tiene la naturaleza de contrato de obra, según define el artículo 1544 del Código Civil [...], como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente, iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilidad al acultativo del daño.»

Asimismo, hemos de advertir que la publicidad desempeña un papel protagonista para dirimir si existe garantía del resultado¹⁰²⁷. Tal conclusión se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006¹⁰²⁸, dictada con motivo de una demanda por responsabilidad civil interpuesta por la representación procesal de D. Carlos por los daños sufridos de resultados de un tratamiento para la implantación capilar artificial. En el asunto de referencia, declara el Alto Tribunal que:

«los hechos de la sentencia [recurrida] refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria «capaz de inducir a error al consumidor o usuario (artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios [...]) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales». Y ello supone no sólo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética [...], y no los medios que se

¹⁰²⁷ Rodríguez Marín, Concepción, «Medicina satisfactoria»... *op. cit.*, p. 448.

¹⁰²⁸ RJ 2006\6428; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad¹⁰²⁹.»

En suma, como consecuencia de la integración de la publicidad en el contrato por exigencia del artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁰³⁰, es posible inferir la garantía del buen éxito de la intervención o tratamiento de las campañas a través de las cuáles éste se publicita¹⁰³¹. De esta

¹⁰²⁹ Abunda en esta línea la SAP Barcelona de 18 de enero de 2016 (JUR 2016\47531; Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa), que deduce de la publicidad con la que se anuncia una intervención de elevación de pecho (mastopexia) el aseguramiento de su resultado tanto por la clínica donde se lleva a cabo la operación como por la cirujana que la practica: «En [el documento 7 de los acompañados con el escrito de demanda] se contienen diversas webs publicitarias de las clínicas «Dorsia», en las que puede leerse, por ejemplo: «Aumento de pecho. Sé tú misma. La mejor cirugía es la que no se nota». «Elevación de pecho. La elevación de senos consiste en proporcionar a la mujer pechos más elevados, firmes... Los resultados obtenidos son muy buenos y los riesgos quirúrgicos mínimos». «Se realiza a través de una incisión que, aunque visible, se diseña para que apenas se aprecie a simple vista». En cuanto a las posibles complicaciones, únicamente se indica que «es muy importante que las pacientes fumadoras abandonen este hábito... y que en las primeras semanas algunas mujeres sienten alterada la sensibilidad de sus pezones». «Después de la cirugía...» «Primer año: en clínicas «Dorsia» nuestros cirujanos plásticos continúan realizando revisiones de las cirugías hasta un año después de la intervención...» «Hacemos realidad tus sueños». «En «Dorsia» estamos seguros que cumpliremos tus expectativas, debido al sistema único que utilizamos... Este sistema comprende tres fases, mediante las que nos aseguramos que tendrás los resultados que deseas y además los podrás mantener fácilmente. [...] Todos estos textos van acompañados de fotografías sugestivas, algunas recurriendo al ya clásico antes y después. Así las cosas, hay que concluir que con independencia de que en líneas generales la facultativa no hubiese omitido la diligencia exigible según las circunstancias de la paciente, así como la básica derivada de la especialización de sus conocimientos, lo cierto es que tanto la clínica como la cirujana se habían comprometido a un resultado que ni de lejos se ha producido; todo lo contrario». A la conclusión contraria llega la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia de 22 de julio de 2011 (AC 2011\2105; Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán), en virtud de la cual: «Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, no habiéndose asegurado en el ámbito contractual que vinculaba a las partes la consecución de un resultado, no puede establecerse de forma automática una responsabilidad del médico interviniente por la no obtención del resultado pretendido, en ausencia de cualquier tipo de negligencia o infracción de la *lex artis* profesional; máxime cuando tampoco la intervención se vio precedida de ningún tipo de publicidad que, aún de modo sugestivo, hubiera presentado el resultado satisfactorio como el habitual de tal tipo de operaciones quirúrgicas».

¹⁰³⁰ BOE n. 287, de 20.11.2007. Dice el aludido precepto, en su apartado segundo: «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.»

¹⁰³¹ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 448; de Ángel Yagüez, Ricardo, «El complejo...» *op. cit.*, p. 204; Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad médica:...» *op. cit.*, pp. 299-302. Por su parte, postula Ataz López: «Cuando no es el médico quien promete, sino una clínica la que se anuncia, asegurando o prometiendo resultados concretos, parece que aunque el anuncio sea impersonal, sin que se pueda atribuir la promesa a un médico determinado, la solución ha de ser la misma, ya que cuando el facultativo al servicio de dicha clínica examina al paciente que fue llevado por los anuncios publicitarios, tiene el deber de informarle correctamente, y si no lo hace podría pensarse que en definitiva está asumiendo personalmente la promesa de resultado hecha en su día por la clínica» (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 174).

suerte, parafraseando a Montalvo Rebuerta, «la supuesta publicidad engañosa sobre el beneficio de un resultado hace que sea exigible el mismo, a pesar de que por el profesional se acredite la adecuación del acto»¹⁰³².

En segundo lugar, también asume el profesional sanitario una obligación de resultado cuando se compromete a entregar al paciente una determinada cosa corporal, como puede ser un informe, una radiografía o unos análisis¹⁰³³. Ahora bien, en tales situaciones la obligación de resultado abarca únicamente el acto de entrega de la cosa, respondiendo el profesional sanitario de los daños que se deriven de un «defectuoso dar» (entrega por error a un paciente de los análisis correspondientes a otra persona...); en estos supuestos, la atribución al profesional sanitario de una obligación de resultado cobra pleno sentido, puesto que la actuación que se compromete a realizar no queda afectada por el alea consustancial al ejercicio de la Medicina. Sin embargo, continúa siendo de medios la obligación del profesional sanitario en el desarrollo del «hacer» necesario para producir la cosa que se ha de entregar al paciente (ejecución del acto de extracción de sangre para su posterior análisis...), en cuya realización sí que cobran protagonismo factores externos a la actuación del profesional sanitario que determinan que su resultado escape a la esfera de control de éste¹⁰³⁴.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el binomio «obligación de medios-obligación de resultado» únicamente surte efectos cuando el profesional sanitario garantiza de manera expresa al paciente el buen éxito de la intervención o tratamiento o cuando la actuación por aquél comprometida consista en la entrega de una cosa corporal. En los restantes supuestos, la obligación asumida por el profesional sanitario es siempre de medios (y, consiguientemente, el de servicios médicos un contrato de arrendamiento de servicios¹⁰³⁵),

¹⁰³² Montalvo Rebuerta, Pablo, «Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 204.

¹⁰³³ Señala Fernández Costales: «las especialidades cuya finalidad en el caso concreto se refiera a la emisión de un informe relativo a la constatación de un hecho de tipo médico, pero no a efectos de valoración como medio de diagnóstico, estimamos que tales supuestos pueden considerarse también como generadores de un contrato de obra, independientemente que la especialidad en sí misma considerada tenga por finalidad la curación de un enfermo y el tipo de contrato que se establezca con carácter general sea el contrato de servicios. Dentro de estas hipótesis consideramos incluidas fundamentalmente las especialidades de Medicina legal y forense, la de Anatomía Patológica y la Microbiología y Parasitología» (Fernández Costales, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 93).

¹⁰³⁴ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 441; de Ángel Yagüez, Ricardo, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 19; de Ángel Yagüez, Ricardo, «El complejo...» *op. cit.*, pp. 203-204; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 147; Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 171; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 54 y 97-98; Llamas Pombo, Eugenio, «Doctrina general...» *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁰³⁵ Con relación a la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, postula Mosset Iturrasu su consideración como «contrato multiforme»: «prima la locación de servicios en las hipótesis

con independencia de la finalidad terapéutica o satisfactiva perseguida con la realización del acto médico.

4.3 Omisión del consentimiento informado: ¿conducta culposa del profesional sanitario?

De lo expuesto hasta el momento podemos extraer una conclusión fundamental, a saber, la responsabilidad médica es de índole subjetiva, de suerte que la condena al profesional sanitario exige la previa acreditación del carácter culposo de su conducta. Por tanto, únicamente puede declararse la responsabilidad civil del profesional sanitario cuando se pruebe su actuación contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc* y, consiguientemente, el incumplimiento de la obligación de medios que le compete. Llegados a este extremo, la pregunta deviene evidente: ¿actúa negligentemente el profesional sanitario cuando, pese a ejecutar con diligencia la intervención o tratamiento médico, no solicita el previo consentimiento informado del paciente? O, dicho de un modo aún más directo, ¿participa el consentimiento informado del contenido de la *lex artis*? Sobre el particular, se pronuncia una nutrida jurisprudencia en virtud de la cual el deber de recabar el consentimiento informado del paciente integra la *lex artis* y su omisión, en consecuencia, constituye un supuesto de mala praxis, ya se trate de una omisión «completa» o de «descuidos parciales» (como la ausencia de información asistencial)¹⁰³⁶. De esta suerte, la *lex artis ad hoc* impone al facul-

corrientes de la medicina clínica y quirúrgica, en las que el médico puede asegurar un resultado mediano o definitivo. Prima la locación de obra en hipótesis como la de cirugía no de urgencia o estética, en las que no existe una necesidad absoluta de intervenir, y el médico asegura un resultado final. Prima el contrato de trabajo, cuando la relación exhibe las notas de subordinación jurídica y económica, y las de estabilidad o permanencia» (Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 104-105). Sin embargo, Ataz López estima desacertada la expresión «contrato multiforme» para calificar el contrato de servicios médicos, pues, si bien es cierto que el mismo puede adoptar diversas «formas» en atención a las circunstancias concurrentes, «en cada caso concreto sería uno u otro, pero nunca hay un sólo contrato con muchas formas» (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 143). Quien escribe entiende que, aunque la denominación «contrato multiforme» no resulta precisa, habida cuenta de que el contrato adopta en cada caso una única forma, «es plausible que el arrendamiento de servicios, generador de una obligación de medios a cargo del facultativo, incorpore concretas y parciales obligaciones de resultado, sin perder por ello su carácter inicial» (Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, p. 34).

¹⁰³⁶ Por todas, SSTs de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 26 de febrero de 2004 (RJ 2004\3889; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de febrero de 2005 (RJ 2005\5216; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de abril de 2005 (RJ 2005\4312; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 22 de junio de 2005 (RJ 2005\5323; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503; Ponente: Excmo. Sr.

Santiago Martínez-Vares García); 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7531; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8428; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\5481; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 2 de julio de 2010 (RJ 2010\2641; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8291; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 8 de marzo de 2011 (RJ 2011\2022; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\2512; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\5778; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\166; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3102; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho); 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\4641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 9 de mayo de 2014 (RJ 2014\2716; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 26 de mayo de 2015 (RJ 2015\3132; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas); 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 23 de octubre de 2015 (RJ 2015\4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 27 de junio de 2017 (JUR 2017\176620; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez). *Vid.* también Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nn. 092/2007, de 27 de febrero de 2007; 591/2007, de 7 de noviembre de 2007; 203/2008, de 2 de abril de 2008; 432/2008, de 23 de julio de 2008; 591/2008, de 29 de octubre de 2008; 607/2008, de 5 de noviembre de 2008; 580/2009, de 15 de septiembre de 2009; 645/2009, de 30 de septiembre de 2009; 817/2009, de 1 de diciembre de 2009; 0778/2013, de 20 de noviembre de 2013; 0371/2014, de 28 de mayo de 2014; 0826/2014, de 4 de diciembre de 2014; 0509/2015, de 8 de julio de 2015; 0427/2016, de 22 de junio de 2016; 0776/2016, de 30 de noviembre de 2016 y 0634/2017, de 8 de noviembre de 2017. En la doctrina, *vid.* Rubio Torrano, Enrique, «Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, n. 3, 2012, p. 54; Guerrero Zaplan, José, «Responsabilidad y consentimiento informado», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 163; Rivas López, Antonio Luis, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, p. 124; González Morán, Luis, «La falta...» *op. cit.*, p. 654; Llamas Pombo, Eugenio, «Doctrina general...» *op. cit.*, p. 124; Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad civil médico sanitaria», en AA. VV., *Supuestos de responsabilidad civil (médico-sanitaria, transporte de viajeros y mercancías, y leyes especiales)*, O'Callaghan Muñoz, Xavier (coord.), La Ley, Madrid, 2010, p. 202; Viguri Perea, Agustín, «El consentimiento...» *op. cit.*, p. 1116; Sánchez Rubio, María Aquilina, *Marco jurídico...*

tativo el deber de actuar, no sólo de modo técnicamente correcto, sino también de cumplir con las obligaciones que le incumben en sede de información y consentimiento, tesis congruente con la previsión del artículo 2.6 LAP, que impone a todo profesional que intervenga en la actividad asistencial tanto «la correcta prestación de sus técnicas» como el «cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y [el] respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente»¹⁰³⁷. Ciertamente es que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994¹⁰³⁸ no incluye expresamente entre los deberes que integran la obligación de medios del profesional sanitario el de recabar el consentimiento informado del paciente. Sin embargo, sí que alude de modo explícito al deber de informar al paciente (o, en su caso, a los familiares) del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, de los riesgos de su tratamiento «y, finalmente, y en el caso de

op. cit., p. 207; Sáinz-C antero Caparrós , José Eduardo, «Intervención médica...» *op. cit.*, p. 67; Arcos Vieira , María Luisa, *Responsabilidad sanitaria...* *op. cit.*, p. 19; Sal vat Puig , Juan, «¿Cómo debe...?» *op. cit.*, p. 13; Martínez Gallego , Eva María, «Contenido y...» *op. cit.*, p. 25; Mesa Sánchez de Capuchino , Ángela, «Responsabilidad médica. Exigencias del consentimiento informado en la medicina voluntaria. Consentimiento defectuoso, casuística. Dolo desproporcionado», *Práctica de Derecho de Daños*, n. 131, 2017, laleydigital360 (La Ley 3731/2017), p. 1; Blanco Pérez-Rubio , Lourdes, «El consentimiento...» *op. cit.*; Galán Cortés , Julio César, «Consentimiento informado:...» *op. cit.*, p. 181.

¹⁰³⁷ La opinión contraria postula Berrocal Lanzarot , según la cual resulta cuestionable que el deber de información previa al consentimiento se incluya como parte integrante de la *lex artis*, «pues, precisamente, la operatividad de la misma tiene lugar cuando la actuación médica se está llevando a cabo, por ejemplo, la realización de una intervención, y es en ese momento donde se determina si el proceder del médico es conforme o no con la *lex artis*, no en un momento anterior, como puede ser el de prestar la información previa al consentimiento. No debe olvidarse que el consentimiento es la condición o presupuesto que confiere licitud y operatividad a las intervenciones que, estando indicadas, pretenda realizar el profesional. Por tal motivo, esta información en sí misma, como el consentimiento, no deberían formar parte de la *lex artis* profesional, salvo que se solapen en todo o en parte con la intervención en sí misma, con la actuación médica» (Berrocal Lanzarot , Ana Isabel, «El valor...» *op. cit.*, p. 87). Abunda en esta línea Sánchez Gómez: «no encontramos justificación a la calificación jurisprudencial de la obligación de información como un elemento esencial de la *lex artis*, ni como un deber incluido en la prestación principal de asistencia o cuidados médicos. Con tal proceder, se cae en una concepción muy amplia de dicha obligación y de la propia *lex artis*, igual que ocurriría, si, por ejemplo, incluimos en tal concepto la revelación de datos de salud del paciente amparados por el secreto profesional. Es cierto que no informar al paciente debidamente, o revelar sus datos de salud sin justificación alguna comporta denota [sic] una mala praxis médica en sentido amplio. Pero verdad es, también, que la independencia y precisión con que se regula la información en la actualidad, así como su vinculación con el derecho a la autonomía decisoria del paciente en caso de cumplimiento correcto de la misma, avalan, a nuestro entender, la tesis de su consideración como una obligación distinta a la que integra la *lex artis*, *stricto sensu* e independiente de la principal de asistencia. Buena muestra de ello, es la posibilidad de cumplir ésta y la de incumplir, por el contrario, la de información» (Sánchez Gómez, Amelia, «La información...» *op. cit.*). *Vid.* también Romeo Casabon a, Carlos María, «El consentimiento...» *op. cit.*, pp. 83-84; Romeo Casabon a, Carlos María *et al.*, *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 49; Blas Orbán , Carmen, *El equi-*

¹⁰³⁸ RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López.

que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado»¹⁰³⁹. Desde nuestra perspectiva, pese a que el pronunciamiento de referencia omita la alusión explícita al deber de recabar consentimiento informado como aspecto integrante de la obligación de medios atinente al profesional sanitario, dicha inclusión debe admitirse, habida cuenta de que el propósito perseguido con la información al paciente no es sólo que pueda optar entre someterse a la intervención o tratamiento en uno u otro centro, sino también, y con carácter muy destacado, que pueda decidir si autoriza o rechaza el procedimiento médico, esto es, que pueda prestar su consentimiento informado. Por tanto, la lógica impone que si la información integra la obligación de medios que compete al profesional sanitario, igualmente lo haga la obtención del consentimiento informado, al ser éste la finalidad perseguida con la información al paciente.

4.4 Carga de la prueba de la omisión del consentimiento informado

Todo análisis del *onus probandi* en el ámbito de la responsabilidad civil debe partir, inexorablemente, de la máxima latina *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat* (recogida en el vigente artículo 217.2 LEC¹⁰⁴⁰), de la que se colige que corresponde al paciente acreditar que concurren los presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad del profesional sanitario, a saber, daño, relación de causalidad y actuación culposa o negligente¹⁰⁴¹. No obstante, la referida regla procesal no tiene un valor absoluto¹⁰⁴², quebrándose en aquellas situaciones en que el profesional sanitario asume frente al paciente una

¹⁰³⁹ Vid. también STS de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\940; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

¹⁰⁴⁰ Dice el precepto: «Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.»

¹⁰⁴¹ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 1089; Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad civil médica», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, p. 365; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁴² En este sentido, SSTS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991\2200; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\3327; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 27 de junio de 2011 (RJ 2011\5835; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7823; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

obligación de resultado¹⁰⁴³ o cuando resultan de aplicación las doctrinas del daño desproporcionado¹⁰⁴⁴ o de la facilidad probatoria.

La doctrina de la facilidad probatoria (o distribución dinámica de la prueba), plasmada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 217.7 LEC¹⁰⁴⁵, constituye un mecanismo de flexibilización del *onus probandi*, en virtud del cual la carga de la prueba «pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla»¹⁰⁴⁶ y, por consiguiente, le suponga un menor coste la presentación de las pruebas al proceso (*cheapest information provider*¹⁰⁴⁷). Esta teoría encuentra en la responsabilidad médica caldo de cultivo para su aplicación, habida cuenta de que los profesionales y centros sanitarios disponen de una posición mucho más ventajosa para acceder a los medios de prueba¹⁰⁴⁸.

Esta regla procesal presenta una relevancia excepcional para acreditar la culpabilidad del profesional sanitario en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente, pues, aunque en algunas sentencias de los noventa del siglo pasado el Tribunal Supremo atribuye al paciente la carga de acreditar que el profesional sanitario no recabó su consentimiento informado antes de realizar la actuación médica¹⁰⁴⁹, actualmente se haya por completo asentada la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, como ma-

¹⁰⁴³ En tales supuestos, recae sobre el paciente la carga de probar que el profesional sanitario no ha alcanzado el resultado comprometido y el nexo de causalidad entre tal incumplimiento y el daño sufrido. Acreditadas tales circunstancias, no está obligado el paciente a probar la culpa del facultativo en su actuación por resultar irrelevante, pudiendo el médico eximirse de responsabilidad sólo si acredita que el incumplimiento del resultado es imputable a fuerza mayor o caso fortuito, o bien a la intervención de un tercero o a la culpa exclusiva de la víctima. *Vid.* SSTS de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8964; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz) y 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2711; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz). En la doctrina, *vid.* de Ángel Yagüez, Ricardo, «El «resultado»...» *op. cit.*, p. 421; Marín Velarde, Asunción, «Obligación de...» *op. cit.*, p. 54; Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional... op. cit.*, p. 55 y 256; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, pp. 1070-1071; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴⁴ La doctrina del daño desproporcionado permite presumir *iuris tantum* la relación de causalidad y la culpabilidad del profesional sanitario cuando la manifiesta disonancia del daño producido con las consecuencias que usualmente se derivan de la actuación médica realizada no parece encontrar otra explicación que la conducta culposa del profesional sanitario. *Vid. supra*, nota al pie n. 970.

¹⁰⁴⁵ Dice el precepto: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.»

¹⁰⁴⁶ Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 243. En igual sentido, Pérez Vallejo, Ana María, «Presupuestos de...» *op. cit.*, p. 572.

¹⁰⁴⁷ Lun a Yerga, Álvaro, «Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1.ª, 29.11.2002. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, *Indret*, n. 2, 2003, p. 4.

¹⁰⁴⁸ Laren a Beldarrain, Javier, «La carga...» *op. cit.*, p. 217; López y López, Ángel Manuel y Valpuest a Fernández, Rosario (edits.), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 92 y 135-136.

¹⁰⁴⁹ SSTS de 12 de julio de 1994 (RJ 1994\6730; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granzo Fernández) y 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8690; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

nifestación de la regla de la facilidad probatoria, recae sobre los profesionales y centros sanitarios la carga de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones en sede de información y consentimiento del paciente¹⁰⁵⁰, evitando así la imposición a éste de una manifiesta *probatio diabolica* causante de la indefensión proscrita por el artículo 24.1 CE¹⁰⁵¹. Por esta razón, entendemos intrascendente la inversión de la carga de la prueba de la existencia del consentimiento informado que nuestros tribunales predicen cuando el profesional sanitario incumple la exigencia de escritura prevista en el artículo 8.2 LAP (también por aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria)¹⁰⁵²,

¹⁰⁵⁰ Por todas, SSTS de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998\7565; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 19 de abril de 1999 (RJ 1999\2588; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 27 de abril de 2001 (RJ 2001\6891; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\3916; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2608; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7218; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\4724; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8620; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano). En la jurisprudencia menor, *vid.* STSJ Andalucía de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2017\21065; Ponente: Illmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral). Abundando en esta línea, declara el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 0734/2015, de 10 de noviembre de 2015, que «la carga de la prueba del consentimiento personalizado y preciso incumbe a la Administración, de manera que resulta aplicable la doctrina de este Consejo Consultivo que, en casos similares al presente y de conformidad con la jurisprudencia, considera procedente la indemnización de la falta o defecto del consentimiento informado, como daño autónomo, aun cuando la intervención médica se haya realizado correctamente.» En la doctrina, *vid.* Sánchez Gómez, Amelia, «2 de diciembre de 1996. Responsabilidad civil médica. Carga de la prueba. Presunción de culpa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 43, 1997, pp. 349-350.

¹⁰⁵¹ STS de 13 de abril de 1999 (RJ 1999\2583; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). Sobre la «redistribución» del *onus probandi* en las hipótesis de hechos negativos (concretamente, la inexistencia de culpa del profesional sanitario en la aplicación de un tratamiento ocular mediante láser argón), *vid.* STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8253; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela). En la doctrina, *vid.* Laren a Beldarrain, Javier, «La carga...» *op. cit.*, p. 220. En coherencia con el posicionamiento adoptado por nuestra jurisprudencia mayoritaria, indica de Ángel Yagüez: «Reviste interés, y a mi juicio acierto, la distinción, a efectos probatorios, entre hecho negativo y hecho positivo. En efecto, como tantas veces ocurre, una misma circunstancia puede ser objeto de doble perspectiva: una cosa es probar (se supone que en principio el médico) que hubo la información necesaria, y otra acreditar (se entiende que el actor) que no hubo esa información. Y en este punto, sin perjuicio de los matices que el principio pueda merecer, parece que lo razonable es no imputar al actor la prueba de un «hecho negativo»» (de Ángel Yagüez, Ricardo, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 187).

¹⁰⁵² En incontables ocasiones se pronuncia el Tribunal Supremo en favor del carácter meramente *ad probationem* del documento de consentimiento informado, si bien el incumplimiento de la forma escrita determina la inversión de la carga de la prueba de la existencia del consentimiento, habida cuenta de que el profesional sanitario (o la Administración, en su caso) hubiera podido fácilmente demostrar su existencia de haber exigido la escritura en su otorgamiento. Por todas, SSTS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 3 de octubre de 2000 (RJ 2000\7799; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 18 de junio de 2004 (RJ 2004\3859; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Siera Míguez); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 18 de enero de 2005 (RJ 2005\995; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernán-

pues la inversión del *onus probandi* de la información y el consentimiento del paciente encuentra un reconocimiento general en nuestra jurisprudencia, al margen de que se respete o no la escritura del consentimiento en aquellos casos en los que la ley la exige¹⁰⁵³.

dez); 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\4306; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 22 de junio de 2005 (RJ 2005\5323; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4254; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 26 de octubre de 2006 (RJ 2006\8020; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9567; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 6 de febrero de 2007 (RJ 2007\2771; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 2 de noviembre de 2007 (RJ 2008\731; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9154; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9034; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 9 de junio de 2009 (RJ 2009\6531; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 4 de mayo de 2010 (RJ 2010\4780; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6035; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\7671; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

¹⁰⁵³ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de junio de 2017 (JUR 2017\176620; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez), admite la prueba del consentimiento informado por presunciones: «Tal y como se ha expresado en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, la sentencia impugnada no desconoce que hubiera deficiencias formales en el documento de consentimiento informado pero entiende que, de hecho, la demandante siempre fue informada, que conocía los riesgos de los implantes mamarios, se refiere a las numerosas consultas previas, al largo tiempo de tratamiento e intervenciones precedentes de lo que deduce ese conocimiento y así –aun sin cita expresa– acude a la prueba mediante presunciones (artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero [...], de Enjuiciamiento Civil), a lo que añade la pertinencia de la opción quirúrgica empleada, y sin que haya prueba de una infracción de la *lex artis* en cuanto a la actuación propiamente médica.» *Vid.* también STS de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández). Abundando en esta línea, el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 0357/2010, de 8 de junio de 2010, fundamenta en presunciones la prueba de la información asistencial al paciente: «Respecto a la eventual carencia o deficiencia de consentimiento informado, consta en el expediente que el órgano instructor recibió la historia clínica de la reclamante, que obraba en el Hospital Universitario San Cecilio de Granada, y que, junto a tal documentación, iban incorporados documentos de consentimiento informado para legrado evacuador obstétrico, firmado el día 16 de mayo de 2007; para la anestesia, firmado en la misma fecha; para histerectomía y para laparatomía exploradora de fecha 30 de mayo de 2007. Parece, pues, difícil de mantener que una persona que firma su ingreso en

5. BREVE REFERENCIA A LA ANTIJURIDICIDAD

Cuestión harto discutida desde antiguo en el seno de la doctrina es la relativa a la consideración de la antijuridicidad de la conducta dañosa del agente como presupuesto de la responsabilidad civil; dicho de otro modo, ¿debe una conducta poderse calificar de ilícita, por causar un daño injusto a la víctima, para que pueda servir de base a la declaración de responsabilidad del agente? Como primera observación, hemos de advertir, siguiendo a de Ángel Yagüez, que la respuesta afirmativa al interrogante planteado exigiría la definición de lo que ha de entenderse por injusticia del daño, cuestión no exenta de dificultad. Así, la doctrina sugiere diversos criterios para dilucidar cuándo un daño puede ser calificado de injusto y, en consecuencia, resultar indemnizable, destacando aquéllos en virtud de los cuales la injusticia viene determinada por la violación de una norma imperativa o prohibitiva o por la lesión de un interés merecedor de tutela o de un derecho subjetivo de otro; sin embargo, cada uno de los referidos criterios presenta su propia problemática, respectivamente, la existencia de actos que generan la responsabilidad del agente pese a no existir un mandato específico del legislador que los prohíba, la imprecisión y vaguedad del término «interés» y la dificultad que implicaría la tipificación de los derechos subjetivos, unido a la existencia de conductas vulneradoras de valores materiales y personales no definibles como derechos subjetivos merecedoras de engendrar la responsabilidad del agente¹⁰⁵⁴.

Desde nuestro punto de vista, debe rechazarse la consideración de la antijuridicidad de la conducta dañosa del agente (y la consiguiente injusticia del daño sufrido por la víctima) como presupuestos de la responsabilidad civil, con base, fundamentalmente, en la propia literalidad del artículo 1902 CC, que impone en exclusiva el carácter culposo o negligente de la conducta dañosa del demandado para que surja su responsabilidad.

un Hospital, que firma y consiente que sea anestesiada y que firma que se le practique una histerectomía, afirme que no estaba informada. A lo anterior hay que añadir que la paciente fue diagnosticada, que se le propuso el tratamiento adecuado, como consta en los informes clínicos; que la paciente volvió a consulta donde se tramitó su ingreso y hospitalización y donde se anotó en su historial clínico todas y cada una de las circunstancias que tuvo, donde volvió a ser explorada informándosele de la posibilidad de no practicar otras vías alternativas. Por todo lo expuesto, y dado lo anterior, no cabe argumentar que la paciente no fuera informada oportuna y adecuadamente.» *Vid.* también los Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nn. 352/2006, de 11 de septiembre de 2006; 401/2006, de 27 de septiembre de 2006; 175/2008, de 13 de marzo de 2008; 496/2008, de 17 de septiembre de 2008 y 0289/2010, de 12 de mayo de 2010.

¹⁰⁵⁴ De Ángel Yagüez, Ricardo, «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 329-332. *Vid.* también García Amado, Juan Antonio, «Sobre algunos...» *op. cit.*, pp. 73 y ss.

6. PRESCRIPCIÓN: PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y *DIES A QUO*

En el presente epígrafe exponemos sucintamente el régimen de prescripción de las acciones de que dispone el paciente para exigir responsabilidad civil por omisión de su consentimiento informado en el ámbito sanitario, centrándonos en el estudio de dos cuestiones fundamentales, a saber, el plazo de prescripción de la acción, de un lado, y el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, de otro. Por lo que respecta a la primera de ellas, nuestro ordenamiento jurídico reconoce un plazo de prescripción distinto a las acciones en función del tipo de responsabilidad de que se trate, oscilando entre los cinco años de prescripción para las acciones de responsabilidad contractual (artículo 1964.2 CC¹⁰⁵⁵) y el año para reclamar la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1968.2 CC¹⁰⁵⁶) o exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (artículo 67.1 LPACAP¹⁰⁵⁷).

En segundo lugar, nuestro legislador también establece regímenes distintos con relación al *dies a quo* para las diversas modalidades de responsabilidad. Así, declara el artículo 1964 CC, aplicable a las acciones de responsabilidad civil contractual, que el plazo de prescripción comienza a computarse «desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación». Por su parte, el artículo 1968.2 del mismo cuerpo legal establece, para las acciones de responsabilidad civil extracontractual, el plazo de prescripción de un año «desde que lo supo el agraviado». En todo caso, ambas previsiones han de completarse con el criterio de la *actio nata*, cristalizado en el artículo 1969 CC al establecer que el plazo de prescripción de las acciones «se contará desde el día en que

¹⁰⁵⁵ Dice el precepto: «Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.»

¹⁰⁵⁶ Literalmente, establece el precepto: «Prescriben por el transcurso de un año: [...] 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.» Este precepto, pese a que únicamente menciona el artículo 1902 CC, resulta aplicable a todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, de suerte que también es de un año el plazo de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad con fundamento en los artículos 1903 a 1910 CC. En este sentido, Reglero Campos, Luis Fernando, «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto La go, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, p. 1243.

¹⁰⁵⁷ Dice el precepto aludido, en su primer párrafo: «Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.»

podieron ejercitarse»¹⁰⁵⁸. Finalmente, el artículo 67.1 LPACAP afirma que la acción para reclamar responsabilidad a la Administración Pública prescribe en el plazo de un año desde que se produce «el hecho o acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo» o, para el caso de daños de carácter físico o psíquico, «desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas». En sede de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta igualmente de aplicación la doctrina de la *actio nata*, aun no encontrando reflejo explícito en la legislación administrativa¹⁰⁵⁹.

En puridad, el *dies a quo* no plantea dificultad alguna cuando el paciente, al haberse omitido su consentimiento informado, ejercita una acción de responsabilidad, con independencia de su modalidad (civil contractual, civil extracontractual o patrimonial de la Administración Pública), por el daño moral sufrido de resultas de la vulneración de su derecho a la autonomía en el ámbito sanitario. En tales supuestos, resulta ostensible que el plazo de prescripción de la acción debe comenzar a computarse desde que el paciente conoce que ha sido sometido a una actuación médica sin su previo consentimiento informado, momento no coincidente en todas las situaciones. Así, por ejemplo, si el paciente se niega a someterse a una cierta intervención o tratamiento, el plazo de prescripción se inicia cuando conoce que el procedimiento se ha llevado a cabo aun en contra de su oposición o, en su caso, cuando la acción pueda ejercitarse (cuando recupere la movilidad...). Sin embargo, si el paciente autoriza un determinado procedimiento médico sin recibir previamente una adecuada información sobre sus riesgos (al margen de que se actualice o no alguno de ellos), el cómputo del plazo de prescripción comienza cuando el paciente conoce la deficiencia de la información asistencial recibida.

Por último, si la acción de responsabilidad la ejercita el paciente por los daños corporales sufridos de resultas de la actuación médica realizada sin su

¹⁰⁵⁸ Con relación a la responsabilidad extracontractual, afirma Llamas Pombo: «El cómputo «desde que lo supo el agraviado» debe entenderse: desde que la víctima conoció la existencia del daño y estuvo en condiciones de ejercitar la acción, y no lo está si se encuentra físicamente imposibilitado para hacerlo o, aunque lo esté físicamente, puede quedar psíquicamente imposibilitado» (Llamas Pombo, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 421).

¹⁰⁵⁹ Aplica el criterio de la *actio nata* en sede de responsabilidad de la Administración Pública una nutrida jurisprudencia. Por todas, SSTS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007\6878; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 15 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2254; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 20 de marzo de 2012 (RJ 2012\5076; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6229; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 8 de octubre de 2012 (RJ 2012\9630; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\10333; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4087; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina).

consentimiento informado, existe una consolidada doctrina jurisprudencial (compartida por las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) con relación al *dies a quo* del plazo de prescripción. Al respecto, declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de febrero de 2007 ¹⁰⁶⁰:

«El día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en el que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten ¹⁰⁶¹.»

En definitiva, por exigencia de la doctrina de la *actio nata*, es el momento de determinación de las secuelas (que no siempre, aunque sí en la mayoría de los casos ¹⁰⁶², coincide con el del alta hospitalaria) el que marca el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por los daños corporales derivados de la actuación médica realizada sin el consentimiento informado del paciente ¹⁰⁶³,

¹⁰⁶⁰ RJ 2007\3678; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto.

¹⁰⁶¹ *Vid.* también SSTS de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994\3750; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6500; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nose-te); 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9219; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8057; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 24 de junio de 2000 (RJ 2000\5304; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 13 de julio de 2000 (RJ 2000\6689; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 22 de enero de 2002 (RJ 2003\566; Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5851; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 4 de abril de 2006 (RJ 2006\2198; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8593; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 3 de octubre de 2006 (RJ 2006\5608; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 20 de mayo de 2009 (RJ 2009\2929; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 25 de mayo de 2010 (RJ 2010\5156; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 9 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8916; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\4080; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3522; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas); 22 de febrero de 2012 (RJ 2012\4211; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6229; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 8 de octubre de 2012 (RJ 2012\9630; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\10333; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5003; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 17 de junio de 2014 (RJ 2014\4372; Ponente: Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres) y 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4087; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina).

¹⁰⁶² Sánchez Gómez, Amelia, «12 de...» *op. cit.*, p. 486.

¹⁰⁶³ Lledó Yagüe, Francisco, «Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del «cirujano» en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 27.

ya sean tales lesiones continuadas¹⁰⁶⁴ o permanentes¹⁰⁶⁵. No obstante, si bien en esta última hipótesis el período de prescripción se inicia cuando se produce el daño (y el mismo es conocido por el paciente), pues es posible evaluar la lesión *ab initio*, en el caso de lesiones continuadas resulta necesario esperar a que cesen los efectos de la actuación dañosa para que pueda tomarse conocimiento del quebranto definitivo sufrido en la salud del paciente¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ Define el Tribunal Supremo los daños continuados como «aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo». Por todas, SSTS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007\6878; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 15 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2254; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 16 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8510; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8916; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de marzo de 2011 (RJ 2011\1993; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\4080; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1218; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 22 de febrero de 2012 (RJ 2012\4211; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 20 de marzo de 2012 (RJ 2012\5076; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6229; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 18 de julio de 2012 (RJ 2012\7917; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 23 de julio de 2012 (RJ 2012\8507; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 8 de octubre de 2012 (RJ 2012\9630; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\10333; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 17 de junio de 2014 (RJ 2014\4372; Ponente: Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres) y 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4087; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina).

¹⁰⁶⁵ El Tribunal Supremo define los daños permanentes como aquellos «en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo». Por todas, SSTS de 18 de julio de 2007 (RJ 2007\6878; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 15 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2254; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); 16 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8510; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8916; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de marzo de 2011 (RJ 2011\1993; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\4080; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1218; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 22 de febrero de 2012 (RJ 2012\4211; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 20 de marzo de 2012 (RJ 2012\5076; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6229; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 18 de julio de 2012 (RJ 2012\7917; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 23 de julio de 2012 (RJ 2012\8507; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 8 de octubre de 2012 (RJ 2012\9630; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\10333; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 17 de junio de 2014 (RJ 2014\4372; Ponente: Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres) y 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4087; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina).

¹⁰⁶⁶ Por todas, SSTS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2284; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 16 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8510; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8916; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de marzo de 2011 (RJ 2011\1993; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1218; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 22 de febrero de 2012 (RJ 2012\4211; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6229; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 18 de julio de 2012 (RJ 2012\7917; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo) y 23 de julio de 2012 (RJ 2012\8507; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

7. DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

El presente capítulo de nuestra obra lo finalizamos con un somero análisis de los criterios empleados por nuestra jurisprudencia para determinar la cuantía de la indemnización establecida a favor del paciente al objeto de resarcir el daño moral por lesión del derecho a la autonomía que le causa la omisión de su consentimiento informado. Sobre el particular, resulta muy clarificadora la citada sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000¹⁰⁶⁷, que dice como sigue:

«No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor (RCL 1995, 3046), a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. La cuantía aplicable para dicho concepto es la de 11.170.000 pesetas, que es la que, a falta de otras referencias, esta Sala toma como orientación acudiendo a un prudente criterio estimativo, con las observaciones siguientes:

a) Consideramos prudente aplicar la suma contemplada en el sistema de valoración en su grado máximo, habida cuenta de la grave importancia y riesgo

¹⁰⁶⁷ RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

notable (por su gravedad, aun cuando el grado de probabilidad sea bajo) de la operación, puesto de manifiesto por las secuelas padecidas, aunque este último resultado es indiferente para la fijación de la cuantía

b) Aplicamos la cuantía fijada en el sistema en el momento actual (con las pertinentes actualizaciones) aplicando el principio llamado de deuda de valor, en virtud del cual un sistema adecuado para actualizar el importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración es el fijar la cuantía con arreglo al momento en que se decide sobre ella.

c) Hemos tenido en cuenta los porcentajes del IPC correspondientes a los años transcurridos desde 1986, incluido éste, por no considerar vinculante ni posiblemente acertada la interpretación que la Dirección General de Seguros ha dado al anexo primero.10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor en el sentido de excluir la actualización correspondiente al año 1986.»

De esta suerte, el Tribunal Supremo recurre al baremo recogido en la normativa sobre circulación y vehículos a motor¹⁰⁶⁸, aplicando analógicamente las previsiones establecidas para los «daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad» y, sobre esta base, determina la concreta cuantía resarcitoria conforme a un «prudente criterio estimativo».

Distinto es el posicionamiento adoptado por el Alto Tribunal en su sentencia de 8 de septiembre de 2003¹⁰⁶⁹, donde prescinde del recurso al baremo de la normativa de circulación y vehículos a motor, estimando el *quantum* indemnizatorio con fundamento exclusivo en su prudente arbitrio:

«Asumido, por tanto, que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la primera intervención, no pueda imputarse a mal arte del cirujano, sólo debe ponderarse el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían; suma que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, ya explicitadas en la motivación de la sentencia, se cifra en seis mil quinientos euros (6.500 €), a cuyo pago se condena solidariamente a los demandados.»

Con esa segunda tendencia, indudablemente mayoritaria entre nuestros tribunales, se alinea el Tribunal Supremo en otras muchas sentencias, pudiendo citarse, como exponentes, la de 30 de junio de 2009¹⁰⁷⁰ –indemnización de veinte millones de pesetas (ciento veinte mil euros)–; 30 de septiembre 2009¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁸ En la actualidad, el aludido baremo se recoge en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 2004 (BOE n. 267, de 5.11.2004).

¹⁰⁶⁹ RJ 2003\6065; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

¹⁰⁷⁰ RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

¹⁰⁷¹ RJ 2009\5481; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

(indemnización de nueve mil euros); 4 de diciembre de 2009¹⁰⁷² (indemnización de treinta mil euros); 12 de noviembre de 2010¹⁰⁷³ (indemnización de treinta mil euros); 13 de mayo de 2011¹⁰⁷⁴ (indemnización de treinta mil euros); 30 de septiembre de 2011¹⁰⁷⁵ (indemnización de treinta mil cincuenta euros y sesenta y un céntimos); 2 de noviembre de 2011¹⁰⁷⁶ (indemnización de veinticuatro mil euros); 3 de enero de 2012¹⁰⁷⁷ (indemnización de doce mil euros); 3 de abril de 2012¹⁰⁷⁸ (indemnización de treinta y cinco mil euros); 2 de octubre de 2012¹⁰⁷⁹ (indemnización de diez mil euros) y 13 de noviembre de 2012¹⁰⁸⁰ (indemnización de sesenta mil euros).

Sobre la base de los referidos ejemplos, extraídos de la propia jurisprudencia, podemos afirmar que es el del prudente arbitrio el criterio empleado por el Tribunal Supremo para la fijación de la cuantía indemnizatoria con la que se ha de resarcir el daño moral sufrido por el paciente en las hipótesis de omisión de su consentimiento informado. Así, el Tribunal determina el *quantum respondatur* tras realizar una valoración discrecional y prudencial de todas las circunstancias concurrentes (edad del paciente, consecuencias de la intervención o tratamiento médico no consentido, gravedad de las secuelas y días de hospitalización...), lo que explica la palmaria disparidad existente entre las indemnizaciones establecidas en los distintos supuestos enjuiciados.

¹⁰⁷² RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso.

¹⁰⁷³ RJ 2010\8291; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

¹⁰⁷⁴ RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁰⁷⁵ RJ 2012\1034; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

¹⁰⁷⁶ RJ 2012\1727; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez.

¹⁰⁷⁷ RJ 2012\8; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

¹⁰⁷⁸ RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

¹⁰⁷⁹ RJ 2012\9270; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

¹⁰⁸⁰ RJ 2013\1659; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD: ESPECIALIDADES

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que la solución lógica sería la existencia de un único régimen jurídico aplicable a todas las hipótesis de responsabilidad (civil en general y sanitaria en particular), la propia configuración de nuestro ordenamiento jurídico impone la concurrencia de diversos sistemas, dependiendo la aplicación de uno u otro del carácter público o privado del centro sanitario donde se desarrolla la relación asistencial y de la suscripción o no por el paciente de un contrato de servicios médicos, sea con el propio establecimiento o con el profesional sanitario que lo asiste. Habida cuenta de esta disparidad de regímenes, dedicamos el presente epígrafe al examen separado de los concretos supuestos en que resulta aplicable cada uno de ellos y de las especialidades propias de cada sistema de responsabilidad, en la búsqueda, parafraseando a López y López, «de una solución para el caso concreto»¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸¹ Respecto de la existencia conjunta de la responsabilidad contractual y extracontractual, postula López y López que, «cuando en la realidad el daño materialmente considerado es idéntico y en consecuencia abonaría la existencia de un sólo tipo de responsabilidad (tal como sucede en gran medida en el derecho inglés y por extensión, en todos los países de la *Common Law*: decimos en gran medida porque dicho sistema no deja de distinguir los *unliquitaded damages* y los *liquitaded damages*, lo que no deja de ser una proyección, a la hora de fijar los daños, de la distinción entre *tort* y *contract*), provoca no pocos problemas que conviene tratar de una manera separada, no mezclando los unos con los otros, como hace

2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

2.1 Responsabilidad civil contractual

Estudiados los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil, el presente apartado lo dedicamos a la exposición de las especialidades aplicables en sede de responsabilidad civil contractual¹⁰⁸² (regulada en los artículos 1101 y siguientes CC¹⁰⁸³) en situaciones de omisión del consentimiento informado del paciente (o cliente)¹⁰⁸⁴, debiendo partir de modo inexcusable de la alusión a los supuestos en que la víctima ha de acudir a ella como mecanismo para el resarcimiento del daño sufrido¹⁰⁸⁵. Al respecto, es constante la doctrina jurisprudencial según la cual:

«la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo –el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1.258 del Código Civil (LEG 1889, 27)– y otro subjetivo –la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe–¹⁰⁸⁶».

en bastantes casos la doctrina y la jurisprudencia, tal vez en la plausible búsqueda de una solución para el caso concreto» (López y López, Ángel Manuel, «Tres cuestiones...» *op. cit.*).

¹⁰⁸² Frente a la tradicional denominación «responsabilidad civil contractual», postula Ataz López la de «responsabilidad civil obligacional», pues el artículo 1101 CC resulta aplicable, no sólo cuando la obligación incumplida dimana de un contrato, sino, igualmente, cuando nace de la ley o de los cuasi contratos, fuentes también de las obligaciones *ex* artículo 1089 CC (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 244-245). Dejamos a un lado los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, habida cuenta de que los artículos 1092 y 1093 CC remiten para tales supuestos a un régimen jurídico particular.

¹⁰⁸³ Dice el artículo 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.»

¹⁰⁸⁴ Aun cuando resulte obvia, debemos advertir la necesaria diferenciación entre el consentimiento prestado para la celebración del contrato de servicios médicos, de un lado, y el consentimiento informado legitimador de la actuación del profesional sanitario, de otro, no conllevando la nulidad de uno, *per se*, la invalidez del otro (Sánchez Gómez, Amelia, *Contrato de... op. cit.*, pp. 52-53).

¹⁰⁸⁵ Coincidimos con Pantaleón Prieto en la función «puramente indemnizatoria» (y no preventivo-punitiva) que cumple la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico, en coherencia con la función resarcitoria o compensatoria a la que responde la responsabilidad civil, frente al cometido sancionador desempeñado por el Derecho penal –Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho civil*, Tomo XLIV, Fascículo III, 1991, p. 1020–.

¹⁰⁸⁶ STS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007\6815; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). En el mismo sentido, SSTS de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 4 de marzo de 2009 (RJ 2009\1873; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 27

Del extracto reproducido se infiere que la responsabilidad civil contractual surge cuando el daño sufrido por la víctima es causado por el incumplimiento de las obligaciones que para el agente derivan del contrato, interpretado éste conforme a los términos del artículo 1258 CC¹⁰⁸⁷. De esta suerte, sólo cuando el paciente y el profesional sanitario encargado de recabar su consentimiento informado han suscrito un contrato de servicios médicos, puede aquél exigir a éste responsabilidad por la vía de los artículos 1101 y siguientes CC en caso de realizarse el procedimiento médico con omisión de su previo consentimiento informado. A estos efectos, debe establecerse una nítida separación entre el «contrato de servicios médicos», cuyo objeto es la prestación de servicios puramente médicos, y el «contrato de hospitalización» (también conocido como «contrato de clínica»), por el que el centro sanitario se compromete, por lo general, a prestar al paciente (o cliente) ciertos servicios paramédicos vinculados con los cuidados y atenciones hospitalarias¹⁰⁸⁸. Hecha la anterior diferenciación, resulta evidente que, puesto que el consentimiento informado del paciente debe preceder, *ex* artículo 8.1 LAP, toda actuación en el ámbito de su salud (*id est*, la prestación de cualquier servicio médico), es en principio el contrato de servicios médicos el que ha de tomarse como referencia a los efectos de dilucidar si la responsabilidad a la que se enfrentan el centro y los profesionales sanitarios por omisión del consentimiento informado del paciente presenta carácter contractual o, por el contrario, extracontractual. Sin embargo, a pesar de que la separación teórica entre las aludidas figuras contractuales no plantea problemas, en la práctica son frecuentes las situaciones en que el paciente suscribe con el establecimiento de salud un contrato de hospitalización que incluye las aportaciones a realizar por los profesionales sanitarios encargados de la asistencia, en cuyo caso el centro debe responder por los actos de sus dependientes con arreglo a los artículos 1101 y siguientes del CC.

Para declarar la responsabilidad contractual del facultativo por la omisión del consentimiento informado del paciente, debe quedar comprobada la existencia de vínculo contractual entre ambos y la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil analizados con detalle en el capítulo anterior de nuestra obra, a saber, daño, relación de causalidad y actuación negligente.

de mayo de 2009 (RJ 2009\3044; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 30 de mayo de 2014 (RJ 2014\4217; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo).

¹⁰⁸⁷ Dice el precepto: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

¹⁰⁸⁸ González Morán, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 231.

Ahora bien, en sede contractual, la imputación subjetiva del resultado dañoso al profesional sanitario exige, amén de la realización de una conducta vulneradora de la obligación de medios que le compete, la superación del denominado juicio de previsibilidad, que debe referirse y tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el instante inmediatamente anterior a la realización de la conducta dañosa (juicio *ex ante*)¹⁰⁸⁹. Así, parafraseando a Reglero Campos:

«Hay culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una determinada actividad, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana ordinaria debió prever el acaecimiento de un hecho o de un suceso dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias. No la hay en caso contrario¹⁰⁹⁰.»

Partiendo de la premisa según la cual la omisión del consentimiento informado del paciente entraña el incumplimiento por el profesional sanitario de la obligación de medios que le incumbe, nos preguntamos si resultan previsibles y, por tanto, se le pueden imputar subjetivamente, los daños causados por su conducta omisiva. Para dar respuesta a esta cuestión, debemos separar nuevamente los daños corporales sufridos por el paciente como consecuencia de la intervención o tratamiento y el daño moral derivado de la vulneración de su derecho a la autonomía.

Comenzamos por el último de tales daños por ser el que plantea una solución más evidente, pues resulta manifiesto que el profesional sanitario debe prever que la omisión del consentimiento informado del paciente priva a éste de la posibilidad de adoptar una decisión informada sobre su sometimiento o rechazo a la actuación médica y, consiguientemente, le causa un daño moral por vulneración de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario.

No obstante, la conclusión opuesta postulamos con relación a los daños corporales derivados de la actuación médica, pues, arguyendo el mismo razonamiento utilizado para excluir la imputación objetiva de tales daños a la omisión del consentimiento informado según el criterio de la causalidad adecuada, el profesional sanitario debe prever que, al omitir el consentimiento del paciente, vulnera su derecho a la autonomía, pero no resulta razonable, sin em-

¹⁰⁸⁹ Postula Cavanillas Múgica que las decisiones de jueces y peritos en demandas por mala praxis médica están afectadas por el denominado «sesgo retrospectivo», en virtud del cual, cuando se conoce el resultado de una determinada conducta, existe una propensión intuitiva a pensar que dicho resultado era previsible en el momento en que el demandado adoptó la decisión sobre el curso de la acción a seguir. *Vid.* <http://www.diariomedico.com/2017/06/07/area-profesional/normativa/rla-firma-del-consentimiento-informado-es-mas-intuitiva-que-racional/> (última consulta el 10.1.2018).

¹⁰⁹⁰ Reglero Campos, Luis Fernando, «Los sistemas...» *op. cit.*, pp. 301-302.

bargo, extender tal previsibilidad a los daños corporales que puedan derivarse del acto médico diligentemente ejecutado.

Declarada la responsabilidad contractual del profesional sanitario por actuar sobre el paciente sin su previo consentimiento informado, el juez se enfrenta a la ardua labor de determinar el *quantum respondatur*, debiendo tomar en consideración a tal efecto las previsiones contenidas en los artículos 1103 y 1107 CC, a cuyo examen dedicamos las líneas que siguen.

2.1.1 **Artículo 1107 del Código civil: relevancia de la forma de imputación subjetiva en la determinación del alcance del daño resarcible**

El análisis del artículo 1107 CC debe partir de su propia literalidad, cuyo tenor es el que sigue:

«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación ¹⁰⁹¹.»

Como podemos comprobar, el precepto transcrito nos remite a la determinación del *quantum respondatur*, estableciendo la extensión de los daños de los que el deudor debe responder según haya actuado de buena fe o, por el contrario, con dolo ¹⁰⁹². Así, al deudor de buena fe («ordinario» o «no

¹⁰⁹¹ El homólogo al precepto transcrito en los PECL lo hallamos en el artículo 9:503, en virtud del cual: «The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.» En sentido semejante, establece el artículo III.-3:703 DCFR: «The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.» Como se puede colegir de su lectura, los preceptos transcritos condicionan la determinación del alcance del daño indemnizable a su previo sometimiento a un doble juicio de previsibilidad, debiendo resarcir el deudor a la víctima por los daños que efectivamente previó (juicio subjetivo) o que razonablemente pudo prever (juicio objetivo). Para un análisis detallado del juicio de previsibilidad en el ordenamiento jurídico español, en el Derecho comparado y en los PECL, *vid.* Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, pp. 397-486.

¹⁰⁹² A los efectos del artículo 1107 CC, ha de considerarse deudor de buena fe a aquél que no incurre en dolo al incumplir contrato, entendido éste como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico –de Ángel Yagüez, Ricardo, «Comentario al artículo 1.107 del Código civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo II (arts. 1088-1258), Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, p. 60–. Por consiguiente, la expresión «buena fe» abarca todos los supuestos en que se aplique cualquier factor de atribución de la responsabilidad distinto del dolo, con inclusión (pero

doloso»¹⁰⁹³) se le aplica la excepción al principio general de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) prevista en el artículo 1107.1 CC, precepto que establece un juicio de previsibilidad que actúa como «cortafuegos»¹⁰⁹⁴ en la fijación de la suma indemnizatoria, limitando los daños y perjuicios de los que el deudor de buena fe debe responder a los «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», *id est*, a los daños que superen un juicio retrospectivo de previsibilidad y prospectivo de necesidad¹⁰⁹⁵. Como vemos, resulta innegable la estrecha imbricación existente entre la regla contenida en el artículo 1107.1 CC y el criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad»¹⁰⁹⁶, pues ambos nos conducen a excluir la responsabilidad del deudor por los daños no previsibles al tiempo de constituirse el contrato y, por consiguiente, cuyo resarcimiento no encuentra amparo en la norma fundamentadora de la responsabilidad que, en estos casos, es el propio documento contractual¹⁰⁹⁷.

En definitiva, de entre los daños causados por la actuación incumplidora del deudor de buena fe y objetivamente imputables a ella, sólo son resarcibles

no exclusividad) de la culpa. En este sentido, *vid.* Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Comentario al artículo 1.107 del Código civil», en AA. VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 851; Lacruz Berdejo, José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría general del contrato*, 5.ª ed. (revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Francisco), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 206-207; Carrasco Perera, Ángel, «Comentario al artículo 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. I, Albaladejo García, Manuel (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, ed. digital; Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, p. 1025; Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, pp. 421-422; Plaza Penadés, Javier, «Comentario al artículo 1107 del Código civil», en AA. VV., *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 140; Badosa Coll, Ferrán, «Comentario al artículo 1.103 del Código civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Art. 1088-1258), Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, p. 39; de Ángel Yagüez, Ricardo, «Comentario al...» *op. cit.*, pp. 54-57.

¹⁰⁹³ Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, p. 421.

¹⁰⁹⁴ Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, p. 470.

¹⁰⁹⁵ Carrasco Perera, Ángel, «Comentario al...» *op. cit.*; Plaza Penadés, Javier, «Comentario al artículo 1107...» *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁹⁶ Indica Múrtula Lafuente: «De acuerdo con este criterio, sólo serán indemnizables aquellos daños para cuya evitación, precisamente, se impone el deber infringido. La función inmediata del criterio del fin de protección de las normas (*Schutzzweck der Hartungsbegründenen Normen*) es determinar la finalidad concreta y típica del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe impedir o evitar. Así si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar por el establecimiento del deber, el autor está exento de responsabilidad» (Múrtula Lafuente, Virginia, «Causalidad alternativa...» *op. cit.*, p. 19).

¹⁰⁹⁷ Al respecto, postula Pantaleón Prieto: «La regla de proposición primera del artículo 1107.1 CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad», de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es *el contrato mismo*, ley entre las partes» (Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, p. 1026).

los que sean previsibles al tiempo de constituirse la obligación, ya se derive tal previsibilidad de los propios términos del contrato o de los conocimientos adquiridos por el deudor por cualquier otro medio¹⁰⁹⁸. Por tanto, reproduciendo a Pérez Velázquez, «en la determinación de los daños indemnizables en los supuestos de deudores ordinarios se requiere que los mismos sean: en primer lugar, objetivamente imputables; y en segundo, que puedan calificarse de previsibles»; así, «si un daño es imputable, pero no previsible, no será resarcido, y otro tanto sucederá si la concurrencia se produce a la inversa»¹⁰⁹⁹.

Es precisamente el momento al que debe referirse la previsibilidad el elemento que distingue el juicio establecido por el artículo 1107.1 CC y el que impone la causalidad adecuada como criterio de imputación objetiva del daño a la conducta incumplidora del deudor, pues, mientras que la previsibilidad en la causalidad adecuada se refiere al momento inmediatamente anterior a la realización de la conducta dañosa, en el artículo 1107.1 CC lo hace al de suscripción del contrato¹¹⁰⁰. Por consiguiente, el deudor de buena fe debe responder sólo de los daños que, amén de ser previsibles para un observador experimentado con sus especiales conocimientos al tiempo de realizarse la conducta dañosa, también lo sean al tiempo de constituirse la obligación. De este modo, como podemos fácilmente intuir, el test de previsibilidad introducido por el artículo 1107.1 CC presenta una relevancia excepcional en el ámbito sanitario, donde los vertiginosos avances de la tecnociencia favorecen el hallazgo constante de riesgos anejos a los procedimientos médicos, riesgos que, si bien pueden ser previsibles al realizarse la actuación asistencial, pueden no haberlo sido al celebrarse el contrato de servicios médicos.

¹⁰⁹⁸ Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, pp. 471-472.

¹⁰⁹⁹ Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, p. 474.

¹¹⁰⁰ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, p. 1031. Indica Pérez Velázquez que la referencia del test de previsibilidad del artículo 1107 CC al momento de celebrarse el contrato «es consecuencia lógica del fundamento de la previsibilidad. Si lo que se trata es de poder calcular los riesgos que la celebración del contrato conlleva para determinar así la distribución y asunción de los mismos, no existe otra posibilidad más que el momento de la conclusión del contrato, siendo el mismo decisivo para la determinación de la previsibilidad» (Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, p. 471). De este modo, «[t]odos aquellos daños que resulten ser una concreción de los riesgos no asumidos por el deudor quedarán fuera del paraguas de la previsibilidad, no siendo por tanto indemnizables, siempre en el entendimiento de que nos estamos refiriendo a un deudor ordinario» (Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, p. 455). Por su parte, sostiene Carrasco Perera que «el dies en que ha de realizarse el test [es] el del propio contrato; sólo así el deudor puede calcular el esfuerzo debido y puede calcular cuál es el correspondiente que ha de exigir por «encargarse del riesgo». El deudor no aumenta sin más su nivel de riesgo por el hecho de que después del contrato el acreedor le haga llegar nuevos datos sobre el riesgo a que se expone su interés contractual, pues, en su caso, el deudor podría contrarrestar afirmando que no entendía obligarse a tanto y que, de haberlo sabido, la contraprestación que hubiera exigido no hubiera sido la misma» (Carrasco Perera, Ángel, «Comentario al...» *op. cit.*).

Finalmente, no resulta aplicable el test de previsibilidad del daño al deudor doloso, quien debe responder, por imperativo del artículo 1107.2 CC, «de todos los [daños] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», y no únicamente de los que sean previsibles al tiempo de constituirse ésta. En consecuencia, «[e]l dolo supone la asunción por el sujeto de la máxima probabilidad del resultado, en cuanto que es deseado por él»¹¹⁰¹.

Como podemos comprobar, el artículo 1107.2 CC, a diferencia del apartado primero del mismo precepto, omite toda referencia a que el daño que se pone a cargo del deudor sea «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento de la obligación para él derivada del contrato, lo que, en una lectura literal, puede conducir a la conclusión «ciertamente absurda» de entender que el deudor doloso responde «de todas las consecuencias de las cuales el incumplimiento fuera una conditio sine qua non, con independencia del carácter adecuado o inadecuado de la consecuencia»¹¹⁰². Bajo nuestro punto de vista, tal conclusión resulta absolutamente inaceptable, habida cuenta de que el artículo 1107 CC se aplica en sede de determinación del *quantum respondatur*; es decir, una vez se comprueba el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil estudiados en el capítulo anterior (daño, relación de causalidad y actuación culposa) y, consiguientemente, tras declarar la responsabilidad del deudor. Por tanto, sólo los daños causados por el incumplimiento doloso del deudor que sean objetivamente imputables a su conducta resultan indemnizables *ex* artículo 1107.2 CC, con independencia de su previsibilidad al tiempo de constituirse la obligación¹¹⁰³.

¹¹⁰¹ Reglero Campos, Luis Fernando, «Los sistemas...» *op. cit.*, p. 304.

¹¹⁰² Carrasco Perera, Ángel, «Comentario al...» *op. cit.* *Vid.* también Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Comentario al...» *op. cit.*, p. 854.

¹¹⁰³ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, p. 1036; Plaza Penadés, Javier, «Comentario al artículo 1107...» *op. cit.*, p. 142; Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización...* *op. cit.*, p. 485; O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Código Civil...* *op. cit.*, p. 1136. En idéntica dirección, si bien con referencia a la responsabilidad civil extracontractual, postula de Ángel Yagüez que la aplicación del artículo 1107 CC «no quita, desde luego, para que el problema de la relación de causalidad subsista en toda su plenitud. Si no fuera así, se podría llegar a consecuencias desaforadas, como la de atribuir al autor del acto —cuando hubiera mediado dolo— absolutamente todas las consecuencias a que su acción inicial pudiera conducir, por muy alejadas que se hallasen respecto de ella. Piénsese, por ejemplo, en casos-límite como el siguiente: una persona propina a otra un empujón, en un raptó de mal humor; cuando la víctima es trasladada a una casa de socorro, para que allí se le practique la cura de la leve herida causada por el empujón, fallece a consecuencia de un desprendimiento de piedras que afecta al vehículo que ocupa. ¿Deberá el agresor responder de la muerte acaecida, por aquello de que sin el empujón no habría habido traslado en automóvil? Parece que se impone la contestación negativa, pues aunque con algún fundamento pudiera decirse que el resultado —la muerte— es un daño que «conocidamente se deriva» del acto ilícito inicial del agresor, no es menos cierto que el suceso que en último término causó la defunción —el desprendimiento de piedras— no está ligado con el empujón por una relación natural o «normal» de causalidad. Distinta sería nuestra conclusión si, por ejemplo, la muerte del levemente lesionado se hubiera

2.1.2 Artículo 1103 del Código civil: facultad de moderación de la suma indemnizatoria en supuestos de negligencia

Por último, determinada la extensión de los daños de los que el deudor debe responder conforme al artículo 1107 CC, en los casos de deudor culposo puede el juez hacer uso de la facultad de moderación del *quantum respondatur* que le atribuye el artículo 1103 CC, cuya literalidad es del siguiente tenor:

«La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.»

De esta suerte, el juez puede discrecionalmente reducir la suma indemnizatoria por razones de equidad cuando estime injusta, en atención a las circunstancias concurrentes, la imposición al deudor culposo del resarcimiento integral de los daños previsibles al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento¹¹⁰⁴. Tal facultad, como manifestación concreta de la equidad, puede ejercerla el juez discrecionalmente sobre la base del principio *iura novit curia* (consagrado éste legalmente en el artículo 1.7 CC), sin necesidad de petición expresa de las partes en tal sentido¹¹⁰⁵.

debido a un fallo cardíaco durante la cura de urgencia, por la impresión que ésta produjo a la víctima. En este caso, entre el empujón y el fallecimiento existe una relación que, aun siendo lejana, es natural, pues la cura es consecuencia necesaria de la leve lesión primitiva. Es claro que nos referimos, valga la reiteración, a un acto inicial doloso, pues la relación de causalidad jugaría con menos alcance si el empujón se hubiera producido por mero descuido o imprudencia del agente» (de Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, pp. 809-810).

¹¹⁰⁴ Coincidimos con Díaz Alabart en que, en los supuestos de concurrencia de culpas, no resulta de aplicación la facultad moderatoria del artículo 1103 CC, siendo el propio artículo 1101 del mismo cuerpo legal el que justifica en tales casos la reducción del *quantum* indemnizatorio: «Ni se está moderando nada, ni hace falta el empleo del artículo 1.103 del Código civil [siendo] en este caso el artículo del Código a utilizar [...] el que se ocupa de la culpa contractual, el artículo 1.101 del Código civil. Si solamente incumplió sus obligaciones uno de los contratantes, está claro que los daños y perjuicios causados al otro correrán de su cuenta. Pero si ambos contratantes incumplieron sus obligaciones, los daños y perjuicios producidos serán de cuenta de ambos en la proporción que se determine de acuerdo con lo que hayan incumplido. [...] Aunque en los supuestos de concurrencia de culpas contractual se hable de moderación, la realidad es que no está moderando nada, sino más bien determinando qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir a cada uno de los contratantes de acuerdo con su culpa» -Díaz Alabart, Silvia, «Comentario al artículo 1.103 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. I, Albaladejo García, Manuel (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, ed. digital-.

¹¹⁰⁵ Díaz Alabart, Silvia, «Comentario al...» *op. cit.*; Plaza Penadés, Javier, «Comentario al artículo 1103 del Código civil», en AA. VV., *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 112.

2.2 Responsabilidad civil extracontractual por hecho propio

2.2.1 Concepto y supuestos

Contempla el artículo 1902 CC el régimen de la responsabilidad civil extracontractual¹¹⁰⁶ por hecho propio, imponiendo a quien cause un daño a otro, sea por acción u omisión e interviniendo culpa o negligencia, la reparación del perjuicio causado¹¹⁰⁷. Cristaliza de este modo el mencionado precepto el principio general del Derecho de «no dañar a nadie» («alterum non laedere» o «neminem laedere»¹¹⁰⁸), que constituye la base de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico español.

La primera cuestión esencial que plantea el artículo 1902 CC es su ámbito de aplicación, exigiendo su respuesta la delimitación de los supuestos en los que la víctima debe aducir el antedicho precepto para fundamentar la solicitud de resarcimiento del daño por ella sufrido de resultados de la acción u omisión culposa del agente. Sobre el particular, una nutrida jurisprudencia postula que el régimen de responsabilidad civil extracontractual resulta aplicable, no sólo cuando no medie entre la víctima y el agente vínculo contractual alguno, sino también cuando, «aunque exista relación obligatoria previa, [...] el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo»¹¹⁰⁹. De la aplicación de la doctrina recién expuesta al ámbito sanitario

¹¹⁰⁶ Frente a la clásica denominación «responsabilidad civil extracontractual», aboga At az López por la de responsabilidad civil «no obligacional», habida cuenta de que existen supuestos en los que, pese a ser la responsabilidad extracontractual (por no existir entre las partes vínculo contractual alguno) se rige por el artículo 1101 CC: «tampoco parece correcta la denominación de «extracontractual» referida a la responsabilidad civil contenida en el artículo 1.902, ya que quien incumple una obligación legal incurre en una responsabilidad que, siendo extracontractual, se regirá por el artículo 1.101 del Código» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 244-245).

¹¹⁰⁷ En su literalidad, dice el artículo 1902 CC: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.» En los PETL, es el artículo 1:101 el que alberga el régimen de la responsabilidad civil extracontractual: «(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage. (2) Damage may be attributed in particular to the person: a) whose conduct constituting fault has caused it; or b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.»

¹¹⁰⁸ Ya estaba el aludido principio presente en la *tria iuris praecepta* propuesta por Ulpiano: «honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere» («vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo suyo»).

¹¹⁰⁹ STS de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014\4217; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo). En idéntico sentido, SSTS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7447; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 9 de enero de 1985 (RJ 1985\167; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 5 de julio de 1994 (RJ 1994\5602; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9445; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 4 de marzo de 2009 (RJ 1009\1873; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

se colige la siguiente conclusión: en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente (o cliente), debe éste aducir el artículo 1902 CC como fundamento de su demanda indemnizatoria contra el profesional sanitario cuando éste y aquél no hayan suscrito contrato alguno de servicios médicos, lo que ocurre en los siguientes tres supuestos. En primer lugar, cuando dicho vínculo contractual existe entre el paciente y el centro sanitario donde se presta la asistencia médica, no siendo parte en tal contrato el concreto profesional sanitario que asiste al paciente. En segundo lugar, cuando la asistencia sanitaria se presta en el marco de un contrato de seguro suscrito por el paciente con una compañía aseguradora en cuyo cuadro de profesionales se inserta el facultativo que asiste al paciente. Por último, cuando concurre una situación de emergencia en la que el paciente es conducido al servicio de urgencias de un determinado centro sanitario en estado de incapacidad natural (inconsciencia, embriaguez...), no pudiendo diferirse la asistencia hasta que el paciente recupere sus facultades intelectivas, cognitivas y volitivas sin poner en peligro grave e inminente su vida o salud¹¹¹⁰. En esta última hipótesis, sin embargo, no puede el paciente exigir responsabilidad al profesional sanitario por actuar sin su previo consentimiento informado, al legitimar el artículo 9.2.b) LAP al facultativo para realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento.

2.2.2 Determinación del *QUANTUM* indemnizatorio: aplicación de los artículos 1103 y 1107 del Código civil en sede de responsabilidad civil extracontractual

Verificado el encaje del supuesto enjuiciado en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio y determinada la responsabilidad del profesional sanitario, tras comprobar el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil estudiados en el capítulo previo de nuestra obra (daño, relación de causalidad y actuación negligente), debe el juez determinar la suma indemnizatoria, siendo controvertido en la doctrina la posible aplicación de los artículos 1103 y 1107 CC para la determinación del *quantum* indemnizatorio en sede de responsabilidad civil extracontractual.

En primer lugar, con relación al artículo 1107 CC difieren nuestras plumas más eminentes sobre la aplicación al ámbito extracontractual del test de previsibilidad contemplado en su apartado primero. De este modo, si bien de

¹¹¹⁰ Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 222.

Ángel Yagüez se postula a favor de la aplicación analógica del precepto a los casos de responsabilidad extracontractual, por existir una «innegable» identidad de razón¹¹¹¹, se opone a ella Pantaleón Prieto al entender que el juicio de previsibilidad debe referirse a un momento temporal anterior al del acaecimiento del daño, no siendo ello posible en responsabilidad extracontractual, donde la previsibilidad ha de referirse al mismo momento de producción del daño, que es cuando se constituye para el agente la obligación de indemnizar¹¹¹².

A nuestro parecer, el juicio de previsibilidad del artículo 1107.1 CC resulta de imposible aplicación en sede de responsabilidad civil extracontractual, habida cuenta de que la postura contraria nos llevaría a la absurda conclusión de tener que referir la valoración de la previsibilidad del daño al mismo instante del nacimiento del agente, que es cuando se constituye para él la obligación de no dañar a nadie plasmada en el artículo 1902 CC. En otros términos, de resultar aplicable el artículo 1107.1 CC a la responsabilidad civil extra-

¹¹¹¹ Postula el autor: «estimamos razonable la aplicación analógica del artículo 1.107 a los casos de responsabilidad extracontractual. La «identidad de razón» parece innegable, pues tanto en la hipótesis contemplada literalmente en el artículo citado, como en aquella a la que se intenta extender su aplicación, se persigue una misma cosa: otorgar un trato diferente, desde el punto de vista jurídico, a comportamientos que merecen una muy distinta calificación moral; no parece desmesurado, sino al contrario justo, que deba responder de más consecuencias de sus actos quien obró con ánimo de dañar que el que sólo se comportó de manera negligente» (de Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, p. 809). Por su parte, aduce Yzquierdo Tolsada razones de justicia material para fundamentar la aplicación del artículo 1107 CC también en sede extracontractual: «Si la distinción que a efectos de resarcimiento realiza el art. 1107 entre el deudor incumplidor de buena fe y el doloso sólo juega en responsabilidad contractual, hay algo que no encaja desde un punto de vista de pura justicia: el obligado extracontractualmente lo está hasta las últimas consecuencias, haya sido malicioso su comportamiento o haya sido meramente imprudente. Por ello creo que el art. 1107 también debe jugar en el terreno no contractual» (Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Comentario al...» *op. cit.* p. 861). *Vid.* también Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil...*, pp. 287-291. En la jurisprudencia, aboga por la aplicación en bloque de los artículos 1101 a 1107 CC a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de julio de 1994 (RJ 1994\5602; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz). *Vid.* también SSTS de 24 de noviembre de 1995 (RJ 1997\6365; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) y 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007\1714; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés).

¹¹¹² Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, pp. 1030-1031. A la aplicación del artículo 1107 CC fuera del ámbito contractual se opone también Alcalá Noguera, al considerar que la responsabilidad extracontractual «tiene su fundamento en el artículo 1902 [CC], y su escueto enunciado dice que el que causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado, lo que nos lleva al Principio de la *restitutio in integrum*, esto es, a reponer la situación al estado anterior a la ocurrencia de los hechos, como si la actuación dañosa no hubiera tenido lugar» –Alcalá Noguera, Antonio, «La responsabilidad civil extracontractual. Características y presupuestos generales», en AA. VV., *Conceptos básicos de Derecho civil*, 3.ª ed., Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y Moreno-Torres Herrera, María Luisa (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 422-423–. *Vid.* también García-Ripoll Montijano, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, p. 147: «En cuanto a si el precepto es aplicable a la responsabilidad extracontractual, es evidente que, en principio, no, pues el art. 1107 habla de los daños previstos «al tiempo de constituirse la obligación» (o sea, el contrato), y es claro que en la responsabilidad extracontractual no hay contrato alguno en el que se puedan prevenir ciertos daños.»

contractual, el juicio de previsibilidad del daño habría de referirse al tiempo de constituirse el deber general de no dañar a nadie (y no la obligación de indemnizar como postula Pantaleón Prieto), pues parece evidente que, de admitirse la aplicación de dicho precepto al ámbito extracontractual, el propósito del legislador sería hacer responder al «agente no doloso» (deudor de buena fe) de las consecuencias necesarias de la falta de cumplimiento de su deber de no dañar al prójimo, y no de las consecuencias necesarias del incumplimiento de su obligación de resarcir a la víctima por el daño causado. En conclusión, quien escribe estima inaplicable el juicio de previsibilidad del artículo 1107.1 CC a la responsabilidad civil extracontractual, de suerte que el dañante, con independencia del carácter culposo o doloso de su acción u omisión, debe responder de todos los daños que se vinculen causalmente a su conducta y sean objetivamente imputables a ésta.

Por último, por lo que respecta a la aplicación de la facultad de moderación de la suma indemnizatoria prevista en el artículo 1103 CC a la responsabilidad civil extracontractual, tampoco existe en la doctrina un posicionamiento unánime¹¹¹³. Así, al parecer contrario de Pantaleón Prieto¹¹¹⁴ y de Ángel Yagüez¹¹¹⁵, se opone la postura favorable de Díaz Alabart, quien arguye cuatro

¹¹¹³ El homólogo al artículo 1103 CC en el DCFR lo constituye el artículo III-3:703, del siguiente tenor literal: «The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.» Como podemos comprobar, el precepto establece un juicio de previsibilidad aplicable a los daños derivados del incumplimiento, no sólo del contrato, sino de cualquier «otro acto jurídico». No obstante, pese a la literalidad del precepto, defiende Pérez Velázquez la imposibilidad de incluir en la expresión «otros actos jurídicos» los supuestos de responsabilidad extracontractual, debiendo determinarse en tales casos el alcance de la responsabilidad con base en los criterios de imputación objetiva. Para justificar su posición, aduce los dos motivos que siguen: de un lado, el propio concepto de «acto jurídico» que proporciona el artículo II-1:101 DCFR y, de otro, los comentarios oficiales al artículo III-3:703 DCFR, que expresamente exigen para su aplicación la asunción voluntaria de la obligación, excluyéndose los supuestos en los que la ésta nazca *ex lege* (Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización... op. cit.*, pp. 459-460).

¹¹¹⁴ Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, «El sistema...» *op. cit.*, p. 1042: «Desde mis premisas, resulta indudable que la facultad judicial de moderación que nos ocupa –al igual que sucede con el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del artículo 1107.1 CC, con el que comparte identidad de razón– no es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: sostener lo contrario con base en las palabras «en toda clase de obligaciones» del artículo 1103 CC, implica confundir la responsabilidad extracontractual y la obligación resarcitoria que nace de ella. Evidentemente, nada de lo anterior obsta a la procedencia de reducir la cuantía indemnizatoria en los casos, ya de responsabilidad contractual ya de responsabilidad extracontractual, en que concurra culpa del perjudicado en la causación de los daños. Sí, en cambio, a la utilización al efecto, por la jurisprudencia mayoritaria, del artículo 1103 *in fine* CC.»

¹¹¹⁵ De Ángel Yagüez, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, p. 265: «creemos que la relación de causalidad sí está afectada o influida por la gravedad de la culpabilidad concurrente: se responde de más consecuencias cuando media dolo que cuando el acto es meramente negligente. Pero, una vez que se han delimitado o definido los efectos lesivos de que se debe responder,

razones en pro de la posibilidad de moderar la responsabilidad en todo caso, con independencia del tipo de obligación de que se trate: 1) la aplicación del artículo 1103 CC a «toda clase de obligaciones»; 2) la necesidad de cubrir las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico en sede de responsabilidad extracontractual con la aplicación analógica de los preceptos reguladores de las obligaciones en general; 3) las semejanzas existentes entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que posibilitan la aplicación analógica a esta última del artículo 1103 CC, y 4) la aplicación en sede extracontractual de otros preceptos pertenecientes al mismo capítulo en el que se inserta el artículo 1103 CC¹¹¹⁶. Asimismo, se pronuncia mayoritariamente nuestra jurisprudencia en favor de la aplicación del artículo 1103 CC a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual, sea pronunciándose expresamente en tal sentido¹¹¹⁷ o abogando por la aplicación en bloque de los artículos 1101 y siguientes CC a la esfera extracontractual¹¹¹⁸. Especial relevancia a los efectos de nuestra obra presenta la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009¹¹¹⁹, en la

entonces se responde íntegramente, sin consideración al grado de responsabilidad del comportamiento. Esta interpretación conduciría, entre otras consecuencias, a la de que si el daño es culposo (es decir, producto de simple negligencia) no cabe graduar la responsabilidad en función de una mayor o menor culpa, a pesar de la teoría que considera aplicable a la responsabilidad extracontractual la facultad moderadora que el artículo 1.103 del Código civil atribuye a los Tribunales en el caso de responsabilidad contractual. Estimamos que en este punto es acertada la tesis de que la obligación de reparar el daño causado es indivisible, puesto que no trata de castigar al agente sino de resarcir a la víctima. El artículo 1.902 habla de «reparar el daño causado» –sin matices ni restricciones–, lo que induce a pensar que no es posible fragmentar el *quantum* de la reparación, a partir del momento en que el análisis de la causalidad ha permitido definir cuál es el daño de que se responde (que es, como se sabe, una cuestión distinta).

¹¹¹⁶ Díaz Alabart, Silvia, «Comentario al...» *op. cit.* No obstante, entiende la autora que, en los supuestos de concurrencia de culpas, no resulta aplicable el artículo 1103 CC, pues el juez, lejos de moderar la responsabilidad, «[l]o que hace es simplemente distribuir las consecuencias indemnizatorias del daño entre las conductas que lo causaron», función que puede desempeñarse mediante la aplicación del artículo 1902 CC (Díaz Alabart, Silvia, «Comentario al...» *op. cit.*). A favor de la aplicación del artículo 1103 CC con independencia de la extracontractualidad de la obligación se postula también Plaza Penadés, según el cual: «Al tener [el precepto] su fundamento en la desproporción entre el daño causado y la conducta culpable que lo ha causado también es extensible a todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, pese a su ubicación en sede de responsabilidad contractual» (Plaza Penadés, Javier, «Comentario al artículo 1103...» *op. cit.*, p. 112).

¹¹¹⁷ Por todas, SSTS de 3 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4113; Ponente: Excmo. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño); 29 de mayo de 1980 (RJ 1980\1973; Ponente: Excmo. Sr. Andrés Gallardo Ros); 20 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4752; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Martínez); 13 de octubre de 1981 (RJ 1981\3734; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba); 11 de diciembre de 1981 (RJ 1981\5154; Ponente: Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López); 27 de junio de 1983 (RJ 1983\3691; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Sánchez Jáuregui); 15 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6118; Ponente: Excmo. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño); 22 de febrero de 1985 (RJ 1985\739; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López); 18 de junio de 1985 (RJ 1985\3623; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7447; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9282; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez).

¹¹¹⁸ STS de 5 de julio de 1994 (RJ 1994\5602; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz).

¹¹¹⁹ RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

que, con motivo de una relación asistencial de naturaleza extracontractual en la que se entrega al paciente una deficiente información sobre los riesgos típicos de una intervención para implantar una prótesis de cadera, sostiene el Tribunal la posibilidad de moderar la suma indemnizatoria por aplicación del artículo 1103 CC, no debiendo equipararse la intensidad de la culpa derivada de la mala praxis en el desarrollo de la intervención quirúrgica a la que conlleva la infracción de los deberes informativos que al profesional sanitario incumben ¹¹²⁰.

2.3 Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno

Examinada la responsabilidad personal del profesional sanitario por omisión del consentimiento informado del paciente (o cliente), nos cuestionamos ahora sobre la posible responsabilidad en tales supuestos del centro sanitario privado en el que se realiza la intervención o tratamiento médico sin el previo consentimiento del paciente. Es el artículo 1903.4 CC el que establece la responsabilidad por hecho ajeno (también conocida como responsabilidad por hecho de otro, responsabilidad vicaria o *respondeat superior*) de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» ¹¹²¹. En las líneas que siguen, exponemos los presupuestos esenciales de la responsabilidad por hecho ajeno del

¹¹²⁰ Literalmente, declara el Tribunal Supremo: «Conforme a la jurisprudencia más especializada de esta Sala (p. ej. SSTs 10-5 (RJ 2006, 2399) y 21-12-06 (RJ 2007, 396), la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el art. 1103 CC [...] por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico.» No obstante, quien escribe coincide con Galán Cortés en que el artículo 1103 CC no resulta aplicable al supuesto enjuiciado por la sentencia de 30 de junio de 2009, pues, al condenar al demandado a indemnizar únicamente una fracción del daño sufrido por el paciente, no ejercita el Tribunal la facultad moderatoria del artículo 1103 CC, sino que exige el resarcimiento sólo de aquella porción del daño realmente causado, coincidente con la pérdida de oportunidad (de haber rechazado la intervención) sufrida por el paciente con motivo de la deficiente información asistencial recibida (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 907-908).

¹¹²¹ En favor de una enmienda del tenor literal del precepto se postula Díez-Picazo y Ponce de León, según el cual: «no parece necesario enfatizar la idea de que la redacción del precepto debe corregirse para establecer la responsabilidad de los empresarios, titulares de las empresas, respecto de los perjuicios causados por los dependientes, lo cual significa que la mención de «los directores» que no sean titulares debe desterrarse, como debe desterrarse también la dualidad de «establecimiento» o «empresa» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, 2011, p. 384). En los PETL, corresponde al artículo 6:102 la regulación de la responsabilidad de los auxiliares (*Liability for auxiliaries*): «(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided

empresario que se coligen del precepto transcrito, no sin antes precisar los supuestos en los que el paciente puede recurrir al mismo para fundamentar el resarcimiento de los daños sufridos de resultas de la omisión de su consentimiento informado.

Como fácilmente puede inferirse de su ubicación en el Código civil, el artículo 1903 regula un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, de suerte que el mismo resulta aplicable únicamente cuando el centro sanitario privado y el paciente no han suscrito un contrato de servicios médicos, pues, en caso contrario, la responsabilidad por omisión del consentimiento informado debe exigirla el paciente con base en los artículos 1101 y siguientes CC. Asimismo, tampoco resulta aplicable el artículo 1903.4 CC cuando tal contrato es celebrado entre el paciente y el profesional sanitario, puesto que, como muy acertadamente sostiene Asúa González:

«el acreedor (el dañado) no puede pretender que un tercero (el titular de la clínica) asuma el coste de la incompetencia de los medios técnicos o personales de que ha hecho uso su propio deudor, pues al contratar con éste, y no con el centro, delimitó el círculo de personas a quienes se puede imputar el riesgo de la prestación¹¹²².»

En suma, la responsabilidad del centro sanitario privado será de naturaleza extracontractual (por hecho ajeno) cuando el paciente no haya suscrito contrato de servicios médicos alguno, ni con el propio establecimiento ni con el profesional sanitario que lo asiste.

2.3.1 LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO DEL ARTÍCULO 1902 del Código civil es presupuesto necesario de la establecida POR HECHO AJENO EN EL ARTÍCULO 1903.4 DEL CÓDIGO CIVIL

Este requisito de la responsabilidad por hecho ajeno del empresario es reiterado por una constante jurisprudencia, según la cual «la aplicación del artículo 1903 sobre obligación de indemnizar por hecho ajeno, presupone la obligación derivada de acto ilícito, responsabilidad extracontractual, del artículo 1902»¹¹²³. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sen-

that they violated the required standard of conduct. (2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.»

¹¹²² Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 347.

¹¹²³ STS de 12 de junio de 1997 (RJ 1997\4769; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz). Vid. también SSTS de 9 de julio de 1984 (RJ 1984\3801; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno); 30 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5918; Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas); 7 de junio de 1988

tencia de 10 de noviembre de 1997¹¹²⁴, en la que, pese a estimar acreditado el actuar negligente del profesional sanitario al no informar ni al paciente ni a sus familiares de los riesgos típicos de la intervención quirúrgica a la que aquél es sometido, exime de responsabilidad al facultativo (y, consiguientemente, al centro sanitario) por no existir relación de causalidad entre la deficiencia en el suministro de la información asistencial y el daño sufrido por el paciente.

En resumen, sólo puede declararse la responsabilidad por hecho ajeno (por culpa *in vigilando* o *in eligendo*) del centro sanitario (causante indirecto del daño) cuando, previamente, se declare la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio (daño, relación de causalidad y culpa *in operando*) del círculo de dependientes del que aquél ha de responder (causantes directos del daño¹¹²⁵), justificándose así la facultad de repetición contra éstos establecida en el artículo 1904.1 CC¹¹²⁶.

2.3.2 Debe existir una relación jerárquica o de dependencia entre el causante directo del daño y el centro sanitario que ha de responder por hecho ajeno

Para que surja la responsabilidad vicaria del empresario (en nuestro caso, el centro sanitario) se requiere que el ejecutor material del daño (*id est*, el profesional que, en incumplimiento de sus obligaciones legales, actúa sin el consentimiento informado del paciente) se incluya en la esfera de dependencia y subordinación de aquél, pues sólo en tal caso son exigibles al empre-

(RJ 1988\4825; Ponente: Excmo. Sr. Adolfo Carretero Pérez); 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9042; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2276; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 15 de julio de 1993 (RJ 1993\5810; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 13 de octubre de 1995 (RJ 1995\7407; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9197; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 21 de julio de 1997 (RJ 1997\5523; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 27 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8429; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8964; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 24 de junio de 2000 (RJ 2000\5304; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007\269; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4618; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés); 6 de febrero de 2009 (RJ 2009\1369; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 5 de abril de 2010 (RJ 2010\4034; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

¹¹²⁴ RJ 1997\7868; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

¹¹²⁵ De la distinción «causante directo-causante indirecto» del daño se hace eco Díez-Picazo y Ponce de León, conforme al cual: «Hay una causa directa que es el acto del autor y una indirecta que es la acción u omisión de aquél a quien se hace responsable» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del...* op. cit., p. 378).

¹¹²⁶ At az López, Joaquín, *Los médicos...* op. cit., pp. 352-353.

sario los deberes *in vigilando* e *in eligendo* de cuyo incumplimiento surge su responsabilidad por los hechos de sus dependientes¹¹²⁷. Asimismo, reiteran nuestros tribunales la necesidad de interpretar ampliamente la dependencia exigida como presupuesto de la responsabilidad vicaria, no limitándose al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, siendo decisiva en su apreciación la existencia de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores encargadas¹¹²⁸. Al respecto, existe una dilatada juris-

¹¹²⁷ En este sentido, SSTS de 18 de junio de 1979 (RJ 1979\2895; Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas); 5 de julio de 1979 (RJ 1979\2931; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio Díez Canseco y de la Puerta); 4 de enero de 1982 (RJ 1982\178; Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García); 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5950; Ponente: Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López); 10 de mayo de 1984 (RJ 1984\2405; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 3 de julio de 1984 (RJ 1984\3792; Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García); 16 de abril de 1991 (RJ 1991\2697; Ponente: Excmo. Sr. Teófil Ortega Torres); 30 de octubre de 1991 (RJ 1991\7246; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 1 de junio de 1994 (RJ 1994\4568; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 13 de octubre de 1995 (RJ 1995\7407; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9197; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 4 de abril de 1997 (RJ 1997\2639; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 20 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6706; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 16 de mayo de 2003 (RJ 2003\4756; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán); 13 de mayo de 2005 (RJ 2005\3996; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán); 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1054; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller); 11 de julio de 2007 (RJ 2007\5587; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008\251; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 11 de junio de 2008 (RJ 2008\4358; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5881; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 5 de abril de 2010 (RJ 2010\4034; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 23 de junio de 2010 (RJ 2010\4904; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹¹²⁸ Por todas, SSTS de 3 de abril de 2006 (RJ 2006\1871; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 7 de diciembre de 2006 (RJ 2007\377; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 10 de septiembre de 2007 (RJ 2007\4979; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 1 de octubre de 2008 (RJ 2009\134; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 6 de mayo de 2009 (RJ 2009\2914; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3494; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). Sobre el particular, señalan Sal vador Coderch y Gómez Ligüerre que el concepto jurisprudencial de dependencia es «amplísimo», no requiriendo «vínculo laboral, ni relación jurídica onerosa, ni que sea permanente, indefinida o duradera, ni que la misma relación sea jurídica. Tampoco se exige que la relación de dependencia redunde en beneficio del principal y se incluyen las meras relaciones de complacencia y buena vecindad» (Sal vador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, n. 3, 2002, p. 15). Asimismo, recogen los autores una lista *numerus apertus* de índices elaborados por nuestros tribunales cuya concurrencia (siquiera de uno sólo) permite afirmar la dependencia del trabajador respecto del empresario. De este modo, «habrá relación de dependencia y, por tanto, responsabilidad por hecho ajeno, cuando el principal: – Regule el tiempo y lugar de trabajo, así como el de ocio y vacaciones. – Se reserve las funciones de control, vigilancia o dirección de las labores encargadas. – Ponga a disposición del agente los instrumentos y medios de trabajo necesarios. – Asuma los riesgos económicos y financieros de la actividad» (Sal vador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II... *op. cit.*, p. 15). Por su parte, sostiene Gallego Domínguez que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, para apreciar cumplido el requisito de la dependencia basta con «que la actividad se realice con el consentimiento o conformidad del principal o empresario», no siendo necesaria «una estricta dependencia jerárquica, ni el desarrollo de una actividad permanente o retribuida» (Gallego Domínguez, Ignacio, «1952 Sentencia de 23 de febrero de 2006: Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por hechos ajenos. Responsabilidad de empresarios por la actuación de sus dependientes», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 73, 2007, p. 272). *Vid.* también

prudencia sobre los contornos que delimitan la relación de jerarquía entre el centro sanitario y los profesionales que en él prestan sus servicios. Así, estiman nuestros tribunales acreditada la dependencia del facultativo cuando ostente la condición de colaborador del establecimiento sanitario¹¹²⁹. Del mismo modo, se admite la subordinación exigida para la aplicación del artículo 1903.4 CC cuando el médico es elegido por la clínica y se somete a su disciplina interna en relación de dependencia funcional, aunque no exista una efectiva dependencia laboral¹¹³⁰. No obstante, niega nuestra jurisprudencia la subordinación del facultativo al centro sanitario (y, en consecuencia, la responsabilidad vicaria de éste) cuando el profesional es libremente elegido por el paciente (aun careciendo de relación de dependencia laboral y profesional respecto del establecimiento donde se presta la asistencia), limitándose el centro sanitario, en cumplimiento del contrato de hospitalización o clínica suscrito con el paciente (o del acuerdo alcanzado con el profesional sanitario correspondiente o su aseguradora), a facilitar sus instalaciones y el personal auxiliar indispensable para la atención del paciente y la ejecución de las actividades paramédicas necesarias¹¹³¹. En este último supuesto, suscribiendo la opinión de Galán Cortés:

«la negligencia del cirujano no puede determinar la responsabilidad de la clínica, salvo que el incumplimiento pueda imputarse, asimismo, a sus auxiliares o dependientes, pues no hay relación jerárquica ni subordinación funcional alguna del cirujano con la clínica, que no ha hecho más que permitir la utilización por el médico de sus instalaciones, suministrando los medios técnicos e instrumentos necesarios para asistir al paciente, pero que es ajena a la actividad prestada en la misma y al acto determinante de la responsabilidad que pudiera derivar del proceder del facultativo¹¹³².»

Gañ Rodríguez de Almeida, María, «Cuando el empresario responde casi sólo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 750, pp. 2347-2351.

¹¹²⁹ Por todas, SSTS de 8 de abril de 1996 (RJ 1996\2882; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo); 7 de abril de 1997 (RJ 1997\2742; Ponente: Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) y 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

¹¹³⁰ Por todas, SSTS de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7307; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) y 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

¹¹³¹ Por todas, SSTS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8720; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2545; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\914; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9248; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹¹³² Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 472.

2.3.3 Los dependientes deben actuar en el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas conforme a la estructura organizativa de la empresa (*SCOPE OF EMPLOYMENT*)

La responsabilidad vicaria requiere que el resultado dañoso sea causado por una conducta del dependiente realizada «en el servicio de los ramos en que [estuvieran] empleados, o con ocasión de sus funciones»¹¹³³. Por tanto, sólo resulta aplicable el artículo 1903.4 CC cuando el resultado dañoso es causado por una conducta realizada en el ejercicio (normal o anormal) de los cometidos que el dependiente tiene asignados en la empresa. Por el contrario, se excluye la responsabilidad del establecimiento cuando el causante directo del daño actúa al margen de la estructura organizativa de la empresa¹¹³⁴. Se trata, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007¹¹³⁵, de verificar si se cumple «lo que el artículo 6:102 de los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil denomina «el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión» (to the required standard of conduct in supervision), o, lo que es lo mismo, si se ha infringido el deber de vigilancia»¹¹³⁶.

En la jurisprudencia, se observa una acusada laxitud en la delimitación del ámbito funcional propio del dependiente, de suerte que «sólo cuando se trata de casos clamorosos de extralimitación de funciones queda cortado, a juicio del Tribunal Supremo, el nexo con la relación dependiente-empresario que permite fundar la responsabilidad del segundo»¹¹³⁷. Exponente de esta doctrina es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007¹¹³⁸, en

¹¹³³ Para un análisis en profundidad, *vid.* Barceló Doménech, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 310 y ss.

¹¹³⁴ Entienden Sal vador Coderch *et al.* que para determinar si el resultado dañoso se ha causado en el curso o con ocasión de la actividad encomendada al dependiente se ha de tomar en consideración: «-La naturaleza de la conducta dañina, es decir, su grado de coincidencia o similitud con la naturaleza y características de la actividad encomendada. - Su previsibilidad, en caso de dolo. - Su ocurrencia en coordenadas espaciotemporales más o menos próximas a aquéllas en las que debe tener lugar la actividad encomendada» (Sal vador Coderch, Pablo *et al.*, «Respondeat Superior I», *InDret*, n. 2, 2002, p. 5). Por su parte, aboga de Ángel Yagüez por una interpretación amplia de los términos «servicio» y «funciones» (empleados por el artículo 1903.4 CC) que englobe «todas aquellas incidencias que tengan su origen o marco en el desempeño de la actividad y que se hallen racionalmente vinculadas con ella», como la agresión de un trabajador a su jefe inmediato por haberle reprendido de resultados de una incorrecta actuación hacia sus compañeros de trabajo (de Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, p. 366).

¹¹³⁵ RJ 2007\1828; Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

¹¹³⁶ En este sentido, STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6813; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y SAP Barcelona de 20 de mayo de 2014 (AC 2014\2091; Ponente: Illmo. Sr. D. Vicente Conca Pérez).

¹¹³⁷ Gómez Pomar, Fernando, «Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.ª, 19.6.2003», *InDret*, n. 1, 2004, p. 9. *Vid.* también Goñi Rodríguez de Almeida, María, «Cuando el...» *op. cit.*, pp. 2351-2353.

¹¹³⁸ RJ 2007\6813; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

virtud de la cual quedan fuera de la responsabilidad por hecho ajeno del empresario:

«los comportamientos o conductas del agente que se realizan con total independencia de la estructura organizativa [de la empresa], al margen del ámbito de organización, de decisión y, subsiguientemente, de control del mismo, y con absoluta desconexión con sus actividades, o con las funciones encomendadas a su dependiente ¹¹³⁹.»

De este modo, sostiene el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de mayo de 2010 ¹¹⁴⁰:

«los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención.»

Asimismo, declara el Alto Tribunal, en sentencia de 19 de junio de 2003 ¹¹⁴¹, la responsabilidad vicaria del empresario en un supuesto en el que, si bien el daño no es causado por el dependiente en el ejercicio de los cometidos de su categoría profesional, lo es en el curso de un acto de comprobación del correcto desempeño de sus funciones, no existiendo en la empresa persona alguna especializada en la realización de la labor en cuyo desarrollo se produce el daño.

2.3.4 La responsabilidad del empresario por hecho ajeno es subjetiva, si bien se invierte el *ONUS PROBANDI* de la culpa

Establece el artículo 1903 *in fine* CC que «[l]a responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» ¹¹⁴². Del tenor literal del precepto reproducido se coligen dos conclusiones esenciales: el carácter subjetivo de la responsabilidad vicaria ¹¹⁴³, de un

¹¹³⁹ Vid. también STS de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009\2914; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹¹⁴⁰ RJ 2010\3494; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

¹¹⁴¹ RJ 2003\5357; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

¹¹⁴² Coincidimos con Salvador Coderch y Gómez Ligüerre en que: «La diligencia de un buen padre de familia a que se refiere el inciso final del artículo 1903 CC es la diligencia media en relación con el sector del tráfico en que la persona tomada en consideración realiza su actividad» (Salvador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II...» *op. cit.*, p. 7).

¹¹⁴³ Es constante la jurisprudencia que niega a la responsabilidad por hecho ajeno carácter objetivo, entendiéndose que se funda en el principio culpabilístico inherente a la omisión *in vigilando* o *in eligendo*

lado, y la inversión del *onus probandi* de la culpa, de otro. Así, con particular referencia al empresario, debe éste demostrar, para eximirse de responsabilidad por el daño causado por sus dependientes, su actuar diligente encaminado a la prevención del resultado dañoso; en otros términos, debe acreditar que no ha omitido las medidas de seguridad debidas (ausencia de culpa *in omittendo*) en la elección de sus dependientes (*in eligendo*) y en la supervisión del cumplimiento de sus funciones (*in vigilando*). De esta manera, ante la tesis de su eventual responsabilidad por los actos de sus dependientes, se incentiva en el empresario la adopción de aquellas medidas de seguridad que resulten razonables en la selección y supervisión de su personal¹¹⁴⁴.

Ahora bien, pese a que el carácter subjetivo de la responsabilidad vicaria se infiere sin dificultad del tenor literal del artículo 1903 *in fine* CC, se observa en nuestros tribunales una tendencia a su objetivación *de facto*, de suerte que, sin llegar a realizar un expreso reconocimiento del carácter objetivo de la misma (inadmisible sobre la base de la propia literalidad del artículo 1903 *in fine* CC), extreman los requerimientos para apreciar cumplido el estándar de diligencia exigible, hablándose así de una responsabilidad «cuasi objetiva». Por tanto, parafraseando a de Ángel Yagüez, «la jurisprudencia ha hecho casi inviable esa posible excepción, al exigir tan rigurosas pruebas de diligencia que ésta casi nunca juega como circunstancia exculpatoria»¹¹⁴⁵. En esta línea, reconoce el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 1999¹¹⁴⁶, el «matiz marcadamente objetivo» de la responsabilidad vicaria del empresario, que se funda «en la responsabilidad por riesgo y en la culpa «in vigilando» o «in eligendo»»¹¹⁴⁷.

respecto de las personas por quienes se debe responder. Por todas, SSTS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828; Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías); 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4620; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán); 6 de febrero de 2009 (RJ 2009\1369; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 18 de diciembre de 2009 (RJ 2010\293; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, *vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, p. 378; López y López, Ángel Manuel y Valpuest a Fernández , Rosario (edits.), *Tratado jurisprudencial... op. cit.*, p. 119; Santos Briz , Jaime, «La responsabilidad por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, p. 655. Por el contrario, el artículo 6:102 (1) PETL parece atribuir un carácter objetivo a la responsabilidad «por los auxiliares», al establecer que: «Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible». De esta suerte, exige el precepto la culpabilidad del auxiliar o dependiente, pero no de la persona que por sus actos debe responder.

¹¹⁴⁴ Sal vador Coderch , Pablo *et al.*, «Respondeat Superior I» *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴⁵ De Ángel Yagüez , Ricardo, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 129.

¹¹⁴⁶ RJ 1999\8618; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

¹¹⁴⁷ En el mismo sentido, SSTS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6188; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 2 de julio de 1993 (RJ 1993\5789; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro

Quien escribe, sin embargo, asume plenamente el carácter subjetivo de la responsabilidad vicaria por imposición del artículo 1903 *in fine* CC, lo que nos conduce a la conclusión de que, en puridad, no se trata de una responsabilidad por hecho de otro, sino, más bien al contrario, de una responsabilidad por hecho omisivo propio fundamentada en la falta de prueba, por aquél a quien se hace responsable, del cumplimiento de sus deberes *in vigilando* o *in eligendo* respecto de las personas de cuyos actos debe responder¹¹⁴⁸.

En conclusión, aplicando el razonamiento expuesto a las hipótesis de omisión del consentimiento informado del paciente, queda el establecimiento sanitario obligado a probar, en aras de eximirse de responsabilidad, el cumplimiento de su obligación de vigilancia y control de los profesionales de él dependientes en el cumplimiento de sus deberes en sede de información y consentimiento, circunstancia cuya acreditación, hartamente complicada en la práctica, debe sustentarse en indicios, tales como la puesta a disposición de los facultativos de formularios de consentimiento informado estandarizados y adaptados a procedimientos concretos. Todo ello sin perjuicio de que, bajo nuestro punto de vista, la actitud del centro sanitario al no proporcionar a los facultativos los correspondientes formularios de consentimiento informado, más que su responsabilidad vicaria, debe generar una responsabilidad por sus propios actos y, más concretamente, por el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en lo que a la organización de la información y consentimiento del paciente se refiere¹¹⁴⁹.

Nosete) y 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz). En la doctrina, sostiene Díez-Picazo y Ponce de León que: «la interpretación del precepto propende a una responsabilidad casi objetiva que parece fundamentarse en la idea del riesgo que la existencia del funcionamiento mismo de la empresa crea en determinados ámbitos sociales y en las tantas veces repetida de que quien percibe los lucros de una actividad debe afrontar los *incomoda*» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, p. 384). En sentido similar se pronuncia Ataz López, según el cual: «quizá pueda decirse que aunque la *fundamentación legal* de esta responsabilidad se encuentra en una presunción de culpa, la *fundamentación sociológica* se encuentra en razones distintas, como pueden ser la del riesgo o la de la dependencia económica. Así, tribunales exigen una prueba de la diligencia por parte del empresario muy rigurosa para poder eximirse de responsabilidad, lo que prácticamente convierte dicha responsabilidad en objetiva» (Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 358). *Vid.* también de Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, pp. 352-353; Plaza Penadés, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n. 7, Cizur Menor, 2002, p. 46; González Hernández, Rut, «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, n. XLVI, 2013, p. 211.

¹¹⁴⁸ Por todas, SSTS de 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4618; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés) y 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, *vid.* Ataz López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 354; Reglero Campos, Luis Fernando, «Los sistemas...» *op. cit.*, p. 304; Salvador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II...» *op. cit.*, p. 20; Fernández Muñoz, Mónica Lucía, «La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n. 1, 2003, pp. 232-233.

¹¹⁴⁹ Ésta parece ser la doctrina seguida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete), al subsumir en el artículo 1902 CC el incumplimiento por el Servicio Andaluz de Salud de sus deberes de organización de la información al

2.3.5 La responsabilidad del empresario es directa, independiente y solidaria con la del dependiente

Con arreglo a una consolidada doctrina casacional¹¹⁵⁰, la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes puede exigirse directamente al mismo, sin necesidad de reclamación previa o simultánea al causante directo del daño ni de insolvencia de éste para hacer frente al pago de la indemnización a que se le haya podido condenar en sede judicial por aplicación del artículo 1902 CC, lo que constituye una diferencia fundamental entre la responsabilidad vicaria del artículo 1903 CC y la civil subsidiaria *ex delicto* del artículo 120 CP¹¹⁵¹.

Asimismo, la responsabilidad del empresario es autónoma e independiente respecto de la de sus empleados, respondiendo aun cuando no sea posible la identificación del causante directo del daño o no sea posible su condena debido a su inimputabilidad¹¹⁵². En consecuencia, si bien la responsabilidad vicaria del empresario presupone el cumplimiento de las premisas subjetivas y objetivas para la aplicación del artículo 1902 CC (*id est*, la causación culposa

paciente: «se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna. Por tanto, no es de recibo la imputación que el Servicio Andaluz de la Salud efectúa, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, extremo que la Sala no acepta ya que el Servicio de Salud no organizó debidamente la información al donante [...]»

¹¹⁵⁰ Por todas, SSTs de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9170; Ponente: Excmo. Sr. Adolfo Carretero Pérez); 29 de junio de 1990 (RJ 1990\4945; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9042; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 30 de julio de 1991 (RJ 1991\5435; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez); 21 de abril de 1992 (RJ 1992\3315; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6650; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 11 de octubre de 1995 (RJ 1995\7406; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8618; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 6 de octubre de 2005 (RJ 2005\8763; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 5 de abril de 2010 (RJ 2010\4034; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 23 de junio de 2010 (RJ 2010\4904; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 27 de octubre de 2011 (RJ 2012\1128; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 8 de febrero de 2016 (RJ 2016\235; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno).

¹¹⁵¹ Dice el artículo 120.3.º CP: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: [...] 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.»

¹¹⁵² Marín Castán, Francisco, *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código civil*, O'Callaghan Muñoz, Xavier (coord.), La Ley, Madrid, 2012, p. 52.

o negligente de un daño por uno de sus dependientes), no exige, sin embargo, la condena por dicho título del ejecutor material del daño; dicho de modo aún más simple, la responsabilidad del empresario presupone la responsabilidad del artículo 1902 CC, pero no la del causante directo del daño¹¹⁵³. En el sentido indicado se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de junio de 1988¹¹⁵⁴, en un supuesto en el que la negligencia de una A. T. S. en la administración de diversos medicamentos inyectados a una menor de veinte meses de edad causa a ésta daños permanentes e irreversibles. Declara el Tribunal:

«El motivo segundo se refugia en el ordinal 5.º, al alegarse infracción del artículo 1903 del Código Civil, pues la sentencia recurrida, en su primer considerando, imputa al INSALUD una culpa en la elección o en la vigilancia, que no es posible, según el recurrente, si no se conoce al autor material del daño, argumento éste que deviene insostenible desde el momento en que quedó comprobado el hecho de «ser inyectada la menor por una enfermera del establecimiento», que comporta, como acertadamente se razona en ese considerando, que la aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial que proclama la responsabilidad impuesta por el mencionado precepto, no es subsidiaria sino directa, consistiendo el fundamento de dicha responsabilidad en una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, con independencia de la contraída por el autor material [...]»¹¹⁵⁵.

Por último, en caso de resultar declaradas ambas responsabilidades (*id est*, la personal del dependiente y la vicaria del empresario), la jurisprudencia se postula insistentemente en favor de su carácter solidario. En esta línea, sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de junio de 1998¹¹⁵⁶, que en caso

¹¹⁵³ Esta misma conclusión se colige de las palabras de Gómez Calle que reproducimos de seguido: «Una jurisprudencia reiteradísima exige [...] como presupuesto de [...] responsabilidad del empresario el que la actuación del dependiente hubiera sido culposa; sin embargo, dado que la apreciación de la culpa presupone la imputabilidad civil y que no puede considerarse que el responsable *ex* artículo 1903 del Código Civil pueda exonerarse alegando la inimputabilidad civil de aquél por quien debe responder cuando él mismo ha contribuido con su negligencia a la causación del daño, sería más exacto decir que para que haya deber de responder *ex* artículo 1903 es preciso que el acto del autor material del daño sea *objetivamente negligente*, esto es, un acto que determinaría también la responsabilidad de su autor material siempre que éste fuera civilmente imputable» (Gómez Calle, Esther, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, n. 4, 1998, p. 1737). En dirección opuesta se postula Díaz-Regañón García-Alcalá, quien entiende que «[u]na entidad sanitaria podrá responder *ex* artículo 1903.4 CC cuando el sujeto que «causalmente» ha producido el daño resulte identificado» Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *El régimen... op. cit.*, p. 316).

¹¹⁵⁴ RJ 1988\5124; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

¹¹⁵⁵ En igual sentido, SSTS de 3 de julio de 1984 (RJ 1984\3792; Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García); 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8775; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹¹⁵⁶ RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

de identificarse al concreto responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, ha causado el daño a la víctima, debe éste responder del perjuicio solidariamente con el empleador o empresario ¹¹⁵⁷.

2.3.6 Derecho de repetición contra el dependiente

Por último, permite el artículo 1904.1 CC al empresario repetir de sus dependientes lo que hubiese satisfecho ¹¹⁵⁸, no siendo posible el ejercicio de tal derecho, por razones obvias, cuando la falta de identificación o la inimputabilidad del causante material del daño no permiten declarar su responsabilidad *ex* artículo 1902 CC.

Ahora bien, aunque de la literalidad del artículo 1904.1 CC se deduce que el empresario puede repetir de sus dependientes el importe total de la indemnización que pagó a la víctima («lo que hubiese satisfecho»), entendemos que tal posibilidad no se halla en armonía ni con la fundamentación culposa o negligente de la responsabilidad vicaria ni con las exigencias de la justicia material. Y es que, habiéndose apreciado la culpa *in omittendo* del empresario (o, mejor dicho, no habiendo éste acreditado su diligencia), lo lógico es prorratear la carga de resarcir entre el empresario y sus dependientes en proporción a sus respectivas culpas en la causación del daño ¹¹⁵⁹, imponiéndose, de resultar imposible la ponderación del grado de participación de cada uno en la causación del perjuicio, la responsabilidad a partes iguales, por aplicación analógica del artículo 1138 CC ¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ Vid. también SSTS de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9170; Ponente: Excmo. Sr. Adolfo Carretero Pérez); 29 de junio de 1990 (RJ 1990\4945; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 21 de abril de 1992 (RJ 1992\3315; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 8 de febrero de 2016 (RJ 2016\235; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno).

¹¹⁵⁸ Establece el precepto: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.»

¹¹⁵⁹ Al respecto, indica At az López: «la fundamentación de la responsabilidad del artículo 1.903 en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, presenta algunos inconvenientes, prácticos y teóricos, oportunamente señalados por cierto sector de la doctrina. Así, si realmente se responde por hechos propios, y no por hechos ajenos, se plantea una *contradicción* entre los artículos 1.903 y 1.904, ya que no tendría sentido que el que es responsable por haber incurrido personalmente en culpa, pueda repetir *la totalidad* de lo que pagó; lo lógico sería repartir de alguna forma la carga de la reparación del daño entre el responsable *ex* artículo 1.903 y el autor material del daño» (At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, p. 356). Vid. también de Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, p. 366; Barceló Doménech, Javier, *Responsabilidad extracontractual... op. cit.*, pp. 356-357.

¹¹⁶⁰ Establece el precepto: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o

2.4 Conclusión: doctrina de la unidad de la culpa civil

De lo expuesto hasta el momento se colige que la responsabilidad civil contractual y extracontractual difieren en su hipótesis de partida, pues, mientras que aquélla se fundamenta en el incumplimiento o inexacto cumplimiento de las obligaciones dimanadas de un contrato, la premisa de la responsabilidad civil extracontractual consiste en la causación dolosa o negligente de un daño ajeno al ámbito de cualquier contrato que pueda existir entre el agente y la víctima ¹¹⁶¹.

La distinción entre ambas modalidades de responsabilidad no resulta bahladí, habida cuenta de que sus regímenes jurídicos difieren en aspectos tan esenciales como el plazo de prescripción de la acción o la posible aplicación del artículo 1107 CC para la determinación del alcance del daño resarcible. Además, los preceptos que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual son distintos, rigiéndose la primera por los artículos 1101 y siguientes CC y la segunda por los artículos 1902 en adelante del mismo cuerpo legal. De esta suerte, pese a que el artículo 1902 CC establece un deber genérico de no dañar a nadie que, en principio, puede servir de fundamento a la responsabilidad civil contractual, resulta aplicable a ésta el artículo 1101 CC por el principio de especialidad (*lex specialis*), al exigir de manera explícita como requisitos para que surja la responsabilidad, no únicamente la causación de un daño a un sujeto, sino también que dicho perjuicio se derive del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones que incumben al agente ¹¹⁶². Sobre esta base, puede resultar *a priori* defendible la aplicación del artículo 1101 CC a la responsabilidad civil extracontractual, puesto que, *ex* artículo 1089 CC, las obligaciones nacen «de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»; sin embargo, tal posibilidad queda vetada por la remisión que el artículo 1093 CC hace al régimen previsto en el capítulo II del título XVI del libro IV de dicho cuerpo legal para la regulación de las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley.

En todo caso, consciente de la ostensible relevancia que muestra la calificación jurídica del hecho dañoso (de la que depende el régimen jurídico apli-

deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.»

¹¹⁶¹ Por todas, SSTS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007\6815; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

¹¹⁶² At az López , Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 250-251.

cable) y de la (posible) injusticia que implicaría la negación del resarcimiento a la víctima sobre la base del mero error en tal calificación, la jurisprudencia de la década de los noventa de la pasada centuria acuña la «doctrina de la unidad de la culpa civil» (también conocida, más recientemente, como «tutela judicial unitaria de la culpa civil»), con arreglo a la cual, parafraseando a de Ángel Yagüez:

«cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a tales hechos ¹¹⁶³.»

Esta teoría es aplicada por el Tribunal Supremo en múltiples pronunciamientos, de entre los que cabe citar, a título meramente ejemplificativo, la sentencia de 18 de febrero de 1997 ¹¹⁶⁴, que dice como sigue:

«Conocidas son [...] las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones, –como ocurre en el presente caso– tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el «petitum» indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La “causa petendi” que con el “petitum” configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa. Sostiene, en efecto, la Sentencia de esta Sala de 1 febrero 1994 (RJ 1994\854) que debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada “unidad de

¹¹⁶³ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El complejo...» *op. cit.*, p. 193. *Vid.* también Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 82-83; López y López, Ángel Manuel y Valpuest a Fernández, Rosario (edits.), *Tratado jurisprudencial... op. cit.*, pp. 23-24; Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, pp. 354-355, nota al pie n. 56.

¹¹⁶⁴ RJ 1997\1240; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

la culpa civil” (Sentencias de 24 marzo y de 23 diciembre 1952 [RJ 1952\1209 y RJ 1952\2673], entre otras) que en los «supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual» señalan como “doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro”, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera “que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 marzo 1983 [RJ 1983\1463], entre otras muchas)”, criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida “unidad conceptual” (Sentencias de 20 diciembre 1991 [RJ 1991, 9468]) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 1993 [RJ 1973\1457]) o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1993 [RJ 1993\771]). Y más adelante añade: proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la “causa petendi” en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado –por iguales hechos y sujetos concurrentes–, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del “iura novit curia” y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa. Los razonamientos anteriores llevan a la desestimación del motivo ¹¹⁶⁵.»

¹¹⁶⁵ Vid. también SSTS de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992\7529; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 15 de febrero de 1993 (RJ 1993\771; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 1 de febrero de 1994 (RJ 1994\854; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de abril de 1995 (RJ 1995\3183; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros); 28 de junio de 1997 (RJ 1997\5151; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9493; Ponente: Excmo. Sr.

En suma, la doctrina de la unidad de la culpa civil legitima a la víctima para que, en supuestos en que entre las partes existe un vínculo contractual, pueda en la demanda ejercitar alternativa o subsidiariamente las acciones por responsabilidad civil contractual y extracontractual, optar por cualquiera de ellas o, simplemente, exponer los hechos en que se funda su pretensión, pero sin «etiquetar la demanda»¹¹⁶⁶, a fin de que sea el propio juez quien seleccione la norma que mejor se acomode a los antecedentes fácticos del caso¹¹⁶⁷. En consecuencia, queda vetada para el demandado la posibilidad de aducir la incongruencia del

Eduardo Fernández-Cid de Temes); 6 de mayo de 1998 (RJ 1998\2934; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López); 12 de mayo de 1998 (RJ 1998\3575; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5290; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 24 de julio de 1998 (RJ 1998\6141; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 16 de octubre de 1998 (RJ 1998\7565; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10161; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 8 de abril de 1999 (RJ 1999\2660; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 10 de junio de 2004 (RJ 2004\3605; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005\82; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 19 de julio de 2005 (RJ 2005\5341; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 30 de marzo de 2006 (RJ 2006\5291; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 18 de julio de 2008 (RJ 2008\4720; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 7 de octubre de 2010 (RJ 2010\7314; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 19 de junio de 2012 (RJ 2012\10103; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas). En otros pronunciamientos, por el contrario, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la doctrina de la unidad de la culpa civil al entender que concurre un evidente supuesto de responsabilidad civil contractual. Por todas, SSTs de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001\3381; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 5 de enero de 2008 (RJ 2008\1548; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 30 de mayo de 2014 (RJ 2014\4217; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo). Resume con maestría Reglero Campos la conclusión que se colige de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la unidad de la culpa civil: «no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa» –Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 185-186-. Por tanto, parafraseando a de Ángel Yagüez : «El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite concluir que es posible la formulación alternativa de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, esto es, que es factible reclamar al amparo de una y otra fundamentación o «causa de pedir», de suerte que sean los Tribunales los que apliquen una u otra calificación, según su criterio y al amparo del principio «iura novit curia»» (de Ángel Yagüez , Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, p. 36).

¹¹⁶⁶ Yzquierdo Tolsada , Mariano, *Sistema de... op. cit.*, p. 102.

¹¹⁶⁷ La doctrina de la unidad de la culpa civil, adoptada mayoritariamente por nuestros tribunales en la actualidad, se contraponen, de un lado, a la teoría negativa, en virtud de la cual no existe en las hipótesis descritas concurso de normas ni de acciones, pues prevalecen las normas reguladoras de la responsabilidad contractual con base en el principio de especialidad y, de otro, a la teoría del concurso o de la opción, con arreglo a la cual, en las situaciones referidas, se produce una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), de suerte que el actor debe, en la demanda, bien optar por una de ellas o bien reclamarlas alternativa o subsidiariamente, pero no de modo simultáneo. *Id.* Yzquierdo Tolsada , Mariano, «La responsabilidad...» *op. cit.*, pp. 35 y ss.; Yzquierdo Tolsada , Mariano, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 129 y ss.; Orti Vallejo , Antonio, «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en AA. VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.ª ed., Orti Vallejo , Antonio y García Garnica , María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 51 y ss.

pronunciamiento dictado cuando el juez resuelva con base en un razonamiento jurídico distinto del alegado, en su caso, por el actor en la demanda¹¹⁶⁸.

Son dos las censuras fundamentales vertidas contra la teoría de la unidad de la culpa civil. Así, en primer lugar, se afirma que la sentencia que no respete la fundamentación jurídica alegada por el demandante incurre en un vicio de incongruencia, al alterar el juez la causa de pedir expresada por el actor en la demanda (*mutatio libelli*), en contravención con el artículo 218.1 LEC¹¹⁶⁹. Con el referido reproche se alinea Yzquierdo Tolsada, según el cual:

«Yo creo que la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas, y *de lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica el que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho¹¹⁷⁰.»

En puridad, el posicionamiento sostenido sobre el particular depende de la configuración de la *causa petendi* que se sostenga, siendo dos las posturas esenciales sostenidas por la jurisprudencia al respecto. De un lado, la teoría de la sustanciación, tesis mayoritaria y fundamentadora de la doctrina de la uni-

¹¹⁶⁸ Como vemos, en las situaciones en que resulta aplicable la doctrina de la unidad de la culpa civil no se puede hablar de «acumulación de responsabilidades», pues dicha teoría no legitima la duplicidad de indemnizaciones (contractual y extracontractual), proscrita ésta por la STS de 18 de octubre de 1983 (RJ 1983\5332; Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso), sino de «concurso de normas aplicables», de suerte que a unos mismos hechos resultan de aplicación las normas reguladoras tanto de la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En este sentido, At az López, Joaquín, *Los médicos... op. cit.*, pp. 248-249; Viney, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 3.^a ed., L. G. D. J., París, 2008, p. 611. Por su parte, postula Reglero Campos que, «partiendo de esta postura de la concurrencia de normas, el hecho de resolver un asunto desde el punto de vista de la responsabilidad contractual no puede dar lugar a incongruencia aunque el actor haya pretendido una reparación a título de responsabilidad extracontractual. Ambos tipos de responsabilidad no son más que conjuntos normativos que, como un todo, fundamentan una única pretensión: la de responsabilidad civil» (Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales...» *op. cit.*, p. 223).

¹¹⁶⁹ Establece el precepto aludido: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». En la misma línea, declara el artículo 399.4 LAP: «En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.»

¹¹⁷⁰ Yzquierdo Tolsada, Mariano, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 36; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de... op. cit.*, p. 103.

dad de la culpa civil, en virtud de la cual la causa de pedir se integra únicamente por el elemento fáctico (conjunto de hechos alegados por el demandante), de suerte que la alteración por el juez de la fundamentación jurídica argüida por el actor no entraña la *mutatio libelli* legalmente proscrita¹¹⁷¹. De otro lado, la teoría de la individualización sostiene que la *causa petendi* se halla constituida tanto por el elemento fáctico como jurídico (título o razón de pedir argüido por el demandante); por tanto, la sentencia que altere la fundamentación jurídica alegada por el demandante se halla viciada de incongruencia¹¹⁷². Por consiguiente, con arreglo a la teoría de la individualización, el principio *iura novit curia* sólo resulta aplicable como justificación de la doctrina de la unidad de la culpa civil cuando el actor se limita en la demanda a exponer los antecedentes fácticos, sin indicar los fundamentos jurídicos que sustentan su pretensión indemnizatoria, dejando libertad absoluta al órgano judicial en la determinación de la norma aplicable¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ Ésta es la tesis adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003\3765; Ponente: Excmo. Sr. Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate): «Esta Sala del Tribunal Supremo [...] ha declarado que el principio «iura novit curia» excusa al órgano jurisdiccional de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes, siempre que no se altere la «causa petendi» ni se sustituya el «tema decidendi», si bien ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión, lo que no supone que la motivación jurídica de la sentencia deba replicar a cada uno de los argumentos aducidos ni sea exigible que responda exhaustivamente a todas las alegaciones realizadas por los litigantes, pues la congruencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación pero no de los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones sino el discurso lógico jurídico de las partes». En igual sentido, SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1240; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 6 de abril de 1998 (RJ 1998\2140; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 12 de mayo de 1998 (RJ 1998\3575; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 8 de abril de 1999 (RJ 1999\2660; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 26 de junio de 1999 (RJ 1999\7537; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 9 de octubre de 1999 (RJ 1999\8666; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 10 de junio de 2000 (RJ 2000\7154; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005\82; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 30 de marzo de 2006 (RJ 2006\5291; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 27 de junio de 2006 (RJ 2006\8480; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate) y 18 de julio de 2008 (RJ 2008\4720; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete). En la doctrina, se postula a favor de esta tesis Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, p. 224.

¹¹⁷² Éste es el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 2002 (RJ 2002\9975; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta): «hay que afirmar que es clara una línea jurisprudencial, y que es la que se va a utilizar, que establece que para una perfecta congruencia de la sentencia es preciso que el punto de vista jurídico de la misma, se haga con acatamiento del componente jurídico de la acción que se ejercita». *Vid.* también SSTS de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9471; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 7 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9835; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9994; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); 21 de junio de 1994 (RJ 1994\4968; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) y 7 de octubre de 2002 (RJ 2003\357; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo).

¹¹⁷³ En el sentido indicado se postula el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995\7544; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros): «La acción de responsabilidad fundada en la culpa contractual tiene un régimen jurídico distinto del de la basada en la extracontractual; distintos son, en efecto, los plazos de prescripción de las acciones, el régimen de la carga de la prueba, y la posible

Como segunda crítica, se sostiene que la alteración por el juez de los razonamientos jurídicos alegados por el actor causa indefensión al demandado, al privársele de la posibilidad de rebatir lo que en la demanda no es alegado. Esta línea argumental es seguida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de mayo de 1982¹¹⁷⁴:

«La doctrina sobre la congruencia, que según lo dicho puede en algunas especiales ocasiones determinar una violación del artículo 24 de la Constitución, por inobservancia del derecho de defensa, es perfectamente compatible con el principio tradicional según el cual “iura novit curia”. Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo “iura novit curia” les autoriza para ello.

[...] La congruencia o incongruencia de una sentencia ha de estimarse mediante la confrontación de la parte dispositiva con los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas. Por ello hay que tener en cuenta que la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener –lo que pide al Tribunal–, sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o “causa petendi”. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que, así como no puede la sentencia rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual “ne est iudex ultra petitum partium”, no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues si, ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente, tal sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa. Por eso dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974 que no puede pretenderse bajo el principio “iura novit curia” que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada¹¹⁷⁵.»

En sentido opuesto se postula Reglero Campos al sostener que la modificación por el juez de la fundamentación jurídica alegada por el actor no causa

existencia de cláusulas limitativas o, incluso, exonerativas de responsabilidad, impensables en la responsabilidad extracontractual. De ahí que no es lo mismo condenar al demandado por una u otra culpa, según el criterio del órgano judicial, salvo que el actor se haya limitado a exponer los hechos y su petición de indemnización, dejando a aquél la tarea de selección de la norma aplicable». *Vid.* también SSTS de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4815; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1468; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda) y 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2053; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda).

¹¹⁷⁴ RTC 1982\20; Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

¹¹⁷⁵ En igual sentido, SSTC de 25 de abril de 1994 (RTC 1994\122; Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil) y 18 de julio de 1994 (RTC 1994\222; Ponente: D. Julio Diego González Campos). *Vid.* también SSTS de 18 de octubre de 1995 (RJ 1995\7544; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros) y 7 de octubre de 2002 (RJ 2003\357; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo).

indefensión alguna al demandado, habida cuenta de que éste tuvo la oportunidad de defenderse en la contestación a la demanda rebatiendo la calificación jurídica de los hechos realizada por el actor, de suerte que si el demandado no se opone a dicha calificación es porque la misma conviene a sus intereses, facilitando sus mecanismos de defensa y oposición a la demanda¹¹⁷⁶. Asimismo, estima el Tribunal Supremo que no se produce indefensión para el demandado cuando éste contradice la fundamentación jurídica alegada por el actor en la demanda ni cuando los razonamientos utilizados por la sentencia impugnada para apreciar la responsabilidad contractual son válidos igualmente como fundamento de la responsabilidad extracontractual (cuando es ésta la alegada por el demandante), y viceversa¹¹⁷⁷.

En definitiva, podemos afirmar que nuestros tribunales, en su mayoría, admiten actualmente la doctrina de la unidad de la culpa civil como herramienta que permite al juez, en supuestos de yuxtaposición de responsabilidades y como manifestación de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, seleccionar la norma aplicable al caso, incluso alterando la fundamentación jurídica argüida por el actor en la demanda, quedando limitada dicha posibilidad únicamente cuando el cambio de fundamentación jurídica genere indefensión al demandado¹¹⁷⁸. Ahora bien, pese a ser mayoritariamente acepta-

¹¹⁷⁶ Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales...» *op. cit.*, p. 229. Esta regla tendría como única excepción los supuestos en que es posible una doble (o múltiple) calificación jurídica de los hechos: «Si siendo posible encauzar la pretensión indemnizatoria por la vía contractual o por la extracontractual, las partes coinciden en hacerlo según el régimen jurídico de una de ellas, no creo que le esté permitido al órgano judicial la aplicación de uno diferente, salvo, insisto, que la calificación sea manifiestamente errónea o incorrecta (cfr. Art. 218.1 LECiv/2000). Así es como parece que debe aplicarse la doctrina del Tribunal Constitucional más arriba reseñada a los casos que estudiamos» (Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales...» *op. cit.*, p.233-234).

¹¹⁷⁷ Por todas, SSTs de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005\82; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) y 18 de julio de 2008 (RJ 2008\4720; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

¹¹⁷⁸ Este posicionamiento es resumido con brillantez por Díez-Picazo y Ponce de León en unos términos que, por su ingente claridad expositiva, reproducimos de seguido: «En nuestra opinión, la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación deriva, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así, haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia*, una vez despejado el camino a través de la llamada [teoría] sustancialista en materia procesal» (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del... op. cit.*, p. 231). Por su parte, Reglero Campos pone de relieve los abusos en los que, en no pocas ocasiones, incurren los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la teoría de la unidad de la culpa civil, recurriendo a la misma como un mecanismo para soslayar la excepción de prescripción alegada por la parte demandada y posibilitar así el resarcimiento del perjuicio sufrido por el actor, si bien a costa de aplicar una norma en cuyo supuesto de hecho no encajan los antecedentes fácticos del asunto enjuiciado e ignorar aquella norma que, en puridad, debe ser aplicada. Literalmente, indica el autor: «salvo en muy contadas ocasiones la jurisprudencia no ha dudado en proceder a la calificación de cada caso en la forma que mejor se acomodara para enervar la excepción de prescripción

da por nuestros tribunales, quien escribe se resiste a sucumbir a los encantos de la doctrina de la unidad de la culpa civil, abanderada por el principio *pro dam-nato*, ante su discutible congruencia con las normas procesales contenidas en los citados artículos 218 y 399.4 LEC. Asimismo, se observa en su Exposición de Motivos la evidente inclinación de la LEC hacia la teoría de la individualización, al establecer que «[t]ampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso», atribuyéndose «a quien cree necesitar tutela [...] las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela.» Por tanto, estimamos que, en coherencia con las anteriores previsiones, el litigante debe, amén de aportar los hechos, calificar su pretensión, estando legitimado el tribunal para modificar, no la calificación jurídica de los hechos, sino la normativa aplicable a los mismos. De esta suerte, consideramos que el juez no está legitimado para calificar *ex novo* la pretensión del litigante ni para modificar la calificación que haya podido determinar en la demanda, sin perjuicio de que éste pueda ejercitar alternativa o subsidiariamente sendas demandas por responsabilidad civil contractual y extracontractual.

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

No podemos terminar nuestra obra sin realizar un examen siquiera sucinto de los aspectos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, siendo ésta, ante el carácter eminentemente público del sistema español de sanidad, la vía más frecuentemente recurrida por los pacientes para intentar el resarcimiento del daño sufrido por la omisión de su consentimiento informado. En sede de responsabilidad patrimonial de la Administración se observa una profunda evolución desde su más completa irresponsabilidad, como manifestación de su soberanía absoluta («teoría de la infalibilidad

y de conceder al perjudicado la posibilidad de obtener una efectiva reparación del daño, aunque ello significara tener que aplicar la consecuencia jurídica de una norma cuyo supuesto de hecho no se correspondía con el llevado ante los órganos jurisdiccionales y, a la inversa, dejar de aplicar las que efectivamente debía serlo. No es, evidentemente, sino una más de las muchas manifestaciones del «*favor lae-sis*» que se advierte con claridad en las resoluciones de nuestros órganos jurisdiccionales, muy en consonancia con los postulados de equidad, que desde aquí se debe aplaudir, pero que no debe servir siempre de justificación para la falta de aplicación de la norma jurídica (art. 3.2 CC), aunque se revista con un ropaje interpretativo que a veces resulta inadmisiblemente por absurdo» (Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales...» *op. cit.*, p. 201). *Vid.* también Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 84.

del ejecutivo real», estampada en la expresión anglosajona *the King can do no wrong* ¹¹⁷⁹), pasando por una responsabilidad de índole subjetiva, instaurada en el siglo xix y recogida en el apartado quinto del artículo 1903 CC ¹¹⁸⁰ (regulador de la «responsabilidad civil del Estado» ¹¹⁸¹), hasta el establecimiento del vigente régimen de responsabilidad directa y (aparentemente) objetiva en las normas administrativas encargadas de su regulación ¹¹⁸².

El antecedente inmediato de nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública lo hallamos en el artículo 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 ¹¹⁸³, que declaraba la responsabilidad de la Administración por los daños causados como consecuencia «del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa» ¹¹⁸⁴. A partir de entonces, el

¹¹⁷⁹ Calvo Sánchez, María Dolores, «Responsabilidad de...» *op. cit.*, p. 365.

¹¹⁸⁰ Dice el artículo 1903 CC en su párrafo primero que «[l]a obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.» De esta suerte, establecía el párrafo quinto de ese mismo precepto, antes de su derogación por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado (BOE n. 7, de 8.1.1991): «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.» Por tanto, reproduciendo a Martínez-Pereda Rodríguez: «Tan sólo respondía el Estado cuando obraba por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por funcionario a quien propiamente incumbía la gestión practicada, en cuyo caso la responsabilidad no era del Estado, sino del funcionario. Así no cabía suponer culpa o negligencia por parte de aquel en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes» –Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «La responsabilidad de la Administración Pública por los daños derivados de acto ilícito. Leyes 30/1992, de 26 de noviembre y 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. Indemnización a las víctimas del terrorismo. Ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, p. 974–.

¹¹⁸¹ De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de... op. cit.*, p. 403.

¹¹⁸² Para un análisis en profundidad de la evolución normativa del régimen de responsabilidad de la Administración hasta su configuración actual, *vid.* Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, IBdeF, Buenos Aires, 2012, pp. 9-41; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, pp. 973 y ss.; Cueto Pérez, Miriam, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 35-83; López y García de la Serran, Javier, «La responsabilidad...» *op. cit.*, pp. 327-332; Parada Vázquez, José Ramón, «Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro, Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 43-47; Gil Ibáñez, José Luis, «Evolución normativa y doctrinal de la responsabilidad patrimonial. Las grandes cuestiones», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro, Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 71-77.

¹¹⁸³ BOE n. 351, de 17.12.1954.

¹¹⁸⁴ Decía el precepto, tácitamente derogado por la Ley 30/1992: «1. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal

principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, amén de ser recogido en nuestra Carta Magna ¹¹⁸⁵, encuentra reflejo en diversa legislación ordinaria, pudiendo citarse la Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado ¹¹⁸⁶ (artículos 40 ¹¹⁸⁷ y 41 ¹¹⁸⁸), la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local ¹¹⁸⁹ (artículo 54 ¹¹⁹⁰) y la Ley 30/1992 (artículo 139 ¹¹⁹¹), hasta llegar a la vigente Ley 40/2015, cuyo artículo 32 reproducimos de seguido en sus dos primeros apartados:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.»

motivo. 2. En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.»

¹¹⁸⁵ Conforme al artículo 106.2 CE: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

¹¹⁸⁶ BOE n. 187, de 22.7.1957.

¹¹⁸⁷ Establecía el derogado precepto: «La responsabilidad disciplinaria será exigida por la Administración a los funcionarios civiles de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Funcionarios y disposiciones especiales de cada Cuerpo».

¹¹⁸⁸ A tenor del precepto, hoy derogado: «La responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal será exigida conforme a lo establecido en las disposiciones especiales por que se rigen».

¹¹⁸⁹ BOE n. 80, de 3.4.1984.

¹¹⁹⁰ Establece el precepto: «Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.» La previsión contenida en el precepto transcrito es objeto de desarrollo por los artículos 223 a 225 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales (BOE n. 305, de 22.12.1986).

¹¹⁹¹ Decía la literalidad del precepto, hoy derogado: «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. 4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Queda así configurada la responsabilidad de la Administración Pública como una responsabilidad directa que emerge con independencia del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos en cuya ejecución se produce el resultado dañoso, quedando la Administración exonerada en los casos de fuerza mayor o en aquéllos en los que el particular sufre un daño que, *ex lege*, tiene el deber jurídico de soportar¹¹⁹². En las líneas que siguen, nos proponen-

¹¹⁹² El artículo 9.4 LOPJ, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE n. 167, de 14.7.1998), zanja la discusión en torno a la jurisdicción competente para el conocimiento de las demandas por responsabilidad patrimonial de la Administración en favor de los tribunales del orden contencioso-administrativo, al establecer que los mismos «[c] onocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o del tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.» En sentido similar, establece el artículo 2.e) LJCA, en su redacción original, que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «[l]a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.» No obstante, queda sin precisar de manera explícita la jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones interpuestas simultáneamente contra la Administración y su aseguradora, o exclusivamente contra esta última en ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 76 LCS. Al respecto, defiende Galán Cortés que, en las demandas conjuntas contra la Administración y su aseguradora, no podría sostenerse con base en el artículo 9.4 LOPJ la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de la acción directa del artículo 76 LCS «por cuanto la entidad aseguradora no concurre a la producción del daño» (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 56). Por su parte, nuestra doctrina más autorizada se postula mayoritariamente a favor de la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas entabladas exclusivamente contra la aseguradora sobre la base del artículo 76 LCS –por todos, Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 152; de Ángel Yagüez, Ricardo, «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: Jurisdicción competente (contraste –¿o coincidencia?– entre «conceptos» e «intereses»)», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Echano Basaldua, Juan Ignacio (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 643-663; López y García de la Serrana, Javier, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 375–. De nuevo es una reforma del artículo 9.4 LOPJ, esta vez operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n. 309, de 26.12.2003), la que ventila la polémica, declarando el precepto la competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo para conocer «de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.» De este modo, con base en el artículo 9.4 LOPJ, es la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de resolver las reclamaciones por responsabilidad formuladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora, quedando reservado el orden civil para el conocimiento de las demandas interpuestas exclusivamente contra esta última (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 67). Sin embargo, la Ley 40/2015 vuelve a enturbiar el panorama al establecer su artículo 35 lo que sigue: «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.» Con el tenor reproducido, el precepto parece reabrir el orden contencioso-administrativo a las acciones ejercitadas exclusivamente contra la entidad aseguradora de la Administración; sin embargo, coincidimos con Galán Cortés en que sigue existiendo un «portillo» para conservar la competencia del orden civil en tales supuestos, a saber, el rango jerárquico superior del artículo 9.4 LOPJ respecto del artículo 35 Ley 40/2015 (Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 77).

mos exponer una panorámica de los principios esenciales que sistematizan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, comenzando por su pretendido carácter objetivo.

3.1 Responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos

Con una literalidad muy semejante en lo sustancial a la del derogado artículo 139.1 Ley 30/1992, la vigente Ley 40/2015 establece, en su artículo 32.1, que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de las lesiones sufridas en sus bienes y derechos cuando éstas se produzcan de resultas del funcionamiento «normal o anormal»¹¹⁹³ de los servicios públicos¹¹⁹⁴ y siempre que el daño alegado sea efectivo¹¹⁹⁵, evaluable

¹¹⁹³ Señala Villar Rojas: «el funcionamiento anormal alcanza todos los daños causados por culpa (o dolo) o ilegalidad en el funcionamiento del servicio público, sean personales o anónimos, lo que incluye los supuestos de no funcionamiento, mal funcionamiento y funcionamiento tardío del servicio. Por su parte, el funcionamiento normal permite imputar al servicio público todos los daños que supongan la realización del riesgo generado por la actividad administrativa, sean personales o anónimos, incluidos los causados de manera fortuita» (Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 128).

¹¹⁹⁴ Aboga Busto Lago por una interpretación amplia de la expresión «servicio público», que abarque «toda actividad que [la Administración] lleve a cabo –con independencia de que lo sea en régimen de Derecho administrativo o en régimen de Derecho privado–, la actividad empresarial del sector público, las actividades materialmente administrativas propias de las funciones constitucionales de los órganos del Estado e incluso cualquier actividad privada de prestación que se considere de interés general regulada por el Derecho administrativo y controlada por la Administración» –Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, p. 1986–. En la misma línea, sostiene Parada Vázquez: «El término *servicio público* se emplea aquí en el más amplio sentido de función o actividad administrativa, como sinónimo de todo lo que hace ordinariamente la Administración, comprendiendo por consiguiente la actividad de servicio público en sentido estricto o prescricional, así como de policía o limitación, la actividad sancionadora y la arbitral. Incluso puede imaginarse la producción de daños a través de una actividad de fomento que favorezca a unos administrados en detrimento de otros. [...] Desde otra perspectiva, el servicio, función o actividad administrativa que da lugar a la responsabilidad puede ser una actividad material, por acción u omisión, o bien tratarse de una actividad jurídica, la emanación de un reglamento o acto administrativo siempre que de origen a un daño indemnizable (antijurídico, efectivo, evaluable e individualizable) [...]» (Parada Vázquez, José Ramón, «Responsabilidad patrimonial...» *op. cit.*, pp. 51-52). *Vid.* también Bello Janeiro, Domingo, *Responsabilidad civil... op. cit.*, pp. 173-189; Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas... op. cit.*, p. 87; Montañés Castillo, Lourdes Yolanda, «Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo, María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 467-468.

¹¹⁹⁵ Parafraseando a Villar Rojas: «La efectividad exige que el daño sea real, no potencial; presente y no futuro; auténtico daño y no mera molestia; comprobable, no hipotético. Lo que abarca toda minoración o despojo en el patrimonio del afectado, tanto el lucro cesante, como el daño emergente. Ninguna relevancia tiene la naturaleza jurídica de los bienes lesionados siempre que el menoscabo sea efectivo» (Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 49). En el mismo sentido, Cueto Pérez, Miriam, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 293.

económicamente («valorable en dinero»¹¹⁹⁶)¹¹⁹⁷ e individualizado con relación a una persona o grupo de personas¹¹⁹⁸. Ahora bien, para que pueda imputarse a la Administración el daño sufrido por el particular y declararse, en consecuencia, su responsabilidad, se exige que «el agente del daño forme parte de la organización administrativa –sea funcionario, personal contratado, autoridad o agente en sentido amplio–»¹¹⁹⁹ (*id est*, que se trate de alguna de sus autoridades o demás personal a su servicio, en la terminología propia del artículo 36.2 Ley 40/2015)¹²⁰⁰ y que «la actuación –activa u omisiva– a la que se imputa

¹¹⁹⁶ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 980.

¹¹⁹⁷ Nuestra jurisprudencia admite en la actualidad el resarcimiento del daño moral y, por consiguiente, su carácter efectivo y cuantificable económicamente. Puede citarse como exponente de esta doctrina, hoy pacífica, la STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos), pionera en el reconocimiento (si bien *obiter dicta*) de la omisión del consentimiento informado como un daño moral autónomo, individualizado e indemnizable, al margen de secuelas corporales que para el paciente puedan derivarse de la realización del procedimiento médico no legitimado por su previo consentimiento. No obstante, cuando el daño moral se presenta en exclusiva, los tribunales han manifestado la dificultad que conlleva su valoración, inclinándose en tales supuestos por la moderación del *quantum respondatur* (Cueto Pérez, Miriam, *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 288-289). Así, declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar): «Puesto que efectivamente es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio.» *Vid.* también SSTSJ Andaluza de 28 de abril de 2006 (JUR 2006\195911; Ponente: Illmo. Sr. D. Enrique Gabaldón Codesido); 30 de septiembre de 2013 (JUR 2013\375632; Ponente: Illma. Sra. Beatriz Galindo Sacristán) y 7 de julio de 2014 (JUR 2015\133520; Ponente: Illmo. Sr. D. Rafael Rodero Frías).

¹¹⁹⁸ Indica Villar Rojas que, con la individualización del daño, «se quiere, por un lado, identificar y singularizar el patrimonio que soporta el perjuicio, sin que esta nota requiera un único patrimonio afectado, pueden estarlo un grupo de personas, y por otro, afirmar la no indemnizabilidad de las cargas comunes de la vida social. [...] La individualización se presenta sin dificultad en los daños causados por actos médicos: no existen intervenciones médicas con efectos generales, podrán ser repetidas, pero siempre persona a persona» (Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 55).

¹¹⁹⁹ Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 1951.

¹²⁰⁰ A los efectos del surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la jurisprudencia engloba en la noción de personal a su servicio a ciertas personas respecto de las cuales, en un momento determinado, la Administración adopta una posición de garante al hallarse bajo su autoridad o custodia. En esta línea, declara el Tribunal Supremo la responsabilidad de la Administración Pública por los daños causados por un preso, sea en el interior del establecimiento penitenciario –sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001\1382; Ponente: Excmo. Sr. Pedro Antonio Mateos García)– o en el exterior tras haberse dado a la fuga cuando es trasladado al Juzgado –sentencia de 14 de octubre de 2004 (RJ 2004\7414; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto)–. Del mismo modo, aprecia el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007\8478; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto), la responsabilidad de la Administración por los daños causados por un preso que quebranta su condena al no presentarse en el centro penitenciario tras un permiso de fin de semana. Declara igualmente la responsabilidad de la Administración la STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6292; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí), en este caso por los daños causados por un reo en situación de libertad condicional, pues, pese a entender correcta y diligente la actuación de los poderes públicos tanto en la concesión del beneficio penitenciario como en la posterior vigilancia y tutela del penado, considera el Tribunal Supremo que «la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los

causalmente el daño que pretende ser resarcido se haya producido en el ejercicio o con ocasión del desempeño de las funciones públicas de su cargo en el seno de la Administración» (imputación «de primer grado») ¹²⁰¹. En suma, la Administración Pública debe responder, *ex* artículo 32.1 Ley 40/2015, de los daños causados por el personal a su servicio en la ejecución de los cometidos que tiene encomendados por razón de su cargo, ya sean tales lesiones consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El funcionamiento de los servicios públicos es anormal cuando la Administración no cumple el estándar mínimo de diligencia exigible en su prestación, lo que ocurre, conforme a una afianzada jurisprudencia, cuando se practica sobre el paciente un determinado procedimiento médico sin su previo consentimiento informado, al estimarse su defecto una infracción de la *lex artis* reveladora de un funcionamiento anormal del servicio sanitario ¹²⁰². No

beneficios penitenciarios de esta naturaleza, que por perseguir la reinserción social del penado deben ser soportados por toda la sociedad porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España.» En igual sentido, SAN de 11 de octubre de 2006 (JUR 2006\245405; Ponente: Excmo. Sr. Angel Novoa Fernández).

¹²⁰¹ Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 1951. En sentido similar se pronuncia Mir Puigpela t, quien distingue entre la «imputación de primer nivel» o «imputación de conductas», en la que se plantea «cuándo una conducta desarrollada por una persona puede ser atribuida a la Administración pública (cuándo puede decirse que ha existido una *actuación de la Administración*)», y la «imputación de segundo nivel» o «imputación de daños», donde se discute «cuándo un *daño* –no ya una conducta– puede ser atribuido a la Administración (a la conducta de una persona física a su vez atribuida –en virtud del primer nivel de imputación– a la Administración», siendo en éste segundo nivel en el que resulta incardinable la teoría de la imputación objetiva (Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia...* *op. cit.*, p. 251). *Vid.* también Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización...* *op. cit.*, pp. 60-62. Con relación a la imputación de primer nivel, sostiene Mir Puigpela t que la misma depende de la concurrencia acumulativa de dos circunstancias, a saber, «que la persona física de que se trate esté integrada en la organización administrativa», de un lado, y «que actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones o, en la formulación preferida por la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país, que actúe en el desempeño o ejercicio de su cargo» (Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización...* *op. cit.*, p. 144).

¹²⁰² Por todas, SSTS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 30 de marzo de 2004 (RJ 2004\2321; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de febrero de 2005 (RJ 2005\5216; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7531; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández y RJ 2007\6862; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\7321; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 23 de octubre de 2007 (RJ 2007\9372; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández); 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009\5481; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 4 de diciembre de 2009 (RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso); 25 de

obstante, aunque tal hipótesis no concorra cuando se omite el consentimiento informado del paciente, entendemos ineluctable el abordaje, siquiera superficial, de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos, cuestión de ingente interés por las dudas que se plantean en torno al fundamento que debe cimentar la imputación del daño a la Administración en tales supuestos.

La referencia contenida en nuestra legislación administrativa al funcionamiento «normal» de los servicios públicos como generador de responsabilidad de la Administración por los daños que sean consecuencia del mismo¹²⁰³, infunde en la jurisprudencia la alusión generalizada en sus pronunciamientos al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, cuyo fundamento, por consiguiente, no puede ser la culpa, sino, más bien, el riesgo que implican para los particulares las actividades potencialmente dañosas desarrolladas por la Administración¹²⁰⁴. No obstante, un análisis en profundidad de la jurisprudencia nos permite colegir que la alusión al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración no constituye más que una cláusula de estilo cuya interpretación literal se postularía a favor de un régimen de responsabilidad de un potencial indemnizatorio tan inabarcable que nos abocaría, pronta e

marzo de 2010 (RJ 2010\4544; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 19 de julio de 2010 (RJ 2010\6463; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8291; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\2512; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). En la jurisprudencia menor, *vid.* STSJ Castilla y León de 27 de enero de 2017 (JUR 2017\61250; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Begoña González García); STSJ Comunidad Valenciana de 2 de marzo de 2017 (JUR 2017\206092; Ponente: Illmo. Sr. D. Marcos Marco Abato); SSTSJ Madrid de 6 de abril de 2017 (JUR 2017\153810; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey), 27 de abril de 2017 (JUR 2017\165205; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey), 11 de mayo de 2017 (JUR 2017\181505; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey) y 27 de julio de 2017 (JUR 2017\235276; Ponente: Illmo. Sr. D. Rafael Villafañez Gallego); STSJ Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017\167797; Ponente: Illmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía) y STSJ Asturias de 24 de julio de 2017 (JUR 2017\218879; Ponente: Illmo. Sr. D. José Ramón Chaves García).

¹²⁰³ El artículo 106.2 CE, por su parte, contiene una referencia genérica al funcionamiento de los servicios públicos, entendiendo Rodríguez López que el precepto no alude a su carácter normal o anormal «porque en un Estado social y democrático de Derecho incluir en la responsabilidad de la Administración pública los supuestos de funcionamiento normal de un servicio público puede ocasionar graves problemas interpretativos» (Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, p. 28).

¹²⁰⁴ Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 392; Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 2006.

irremediamente, a la más completa ruina de las arcas públicas¹²⁰⁵. De este modo, se observa entre nuestros tribunales una manifiesta tendencia a limitar el potencial resarcitorio de la Administración en los supuestos de inexistencia de culpa, rechazando su responsabilidad sobre la base de alguno (o ambos) de los razonamientos siguientes¹²⁰⁶.

De un lado, porque la actuación diligente de la Administración complica sobremanera la inferencia de nexos causales entre el daño sufrido por el particular y el funcionamiento de los servicios públicos, relación de causalidad cuya concurrencia resulta imprescindible para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración¹²⁰⁷, ya se defienda su carácter objetivo o, por el contrario, culposo. Este argumento cobra una especial relevancia en el ámbito médico-sanitario, donde el respeto de la *lex artis ad hoc* en la ejecución

¹²⁰⁵ Abundando en esta idea, postula Pantaleón Prieto: «Deben excluirse, pues, del ámbito de la responsabilidad de la Administración por «funcionamiento normal de los servicios públicos» los que llamáramos «daños producto de accidentes»: en cuya etiología aparezca implicada, ciertamente, la actividad típica de una Administración pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos. Porque, para los «daños producto de accidentes», una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas – de forma que hubieran de responder de todos los daños que sean consecuencia adecuada o previsible (ausencia de fuerza mayor), bien que sólo indirecta o mediata, de cualquiera acciones u omisiones encuadrables en el giro o tráfico administrativo, por el sólo hecho de que ninguna ley imponga al perjudicado el deber de soportar el daño en cuestión– es económicamente insoportable y, en mi opinión, indefendible en términos de simple justicia» –Pantaleón Prieto, Ángel Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 82-83–. En igual dirección apunta Lledó Yagüe cuando postula que, para comprobar que el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración es insostenible para las arcas públicas, que «[b]asta que nos preguntemos comparativamente el beneficio económico del profesional de la medicina por la operación en sí, frente a una hipotética responsabilidad por daño producido reversible y/o irreversible al paciente en el transcurso de la operación médica» –Lledó Yagüe, Francisco, «Prólogo motivado: el estado de la cuestión. La responsabilidad en el acto médico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, p. 18–. El parecer contrario postula Muñoz Machado, quien entiende sustentable para el erario público un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter objetivo, puesto que, considera el autor, «no [existen] tantas reclamaciones de indemnización, para que resulten insostenibles para las arcas públicas, ni que el establecimiento de un seguro general, en su caso, para hacer más fáciles y menos onerosas las complicaciones prácticas de la responsabilidad, suponga el abono de precios elevadísimos, en comparación con el montante de los presupuestos públicos sanitarios» –Muñoz Machado, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación administrativa. Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, n. 237-238, Martín Rebollo, Luis (coord.), 1994, p. 279–.

¹²⁰⁶ Vid. Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad Sanitaria», en Díaz Alabart, Silvia y Asúa González, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 215 y ss.

¹²⁰⁷ Guerrero Zaplana, José, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro, Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, p. 173.

del acto médico eleva al extremo la dificultad de colegir si la verdadera causa del daño soportado por el paciente se halla en la actuación de los profesionales sanitarios o, por el contrario, en la propia enfermedad del paciente. Es más, aun admitiendo la existencia de un vínculo material de causalidad entre el acto médico y el daño sufrido por el paciente, la imputación objetiva de éste a aquél plantearía serios reparos, fundamentalmente sobre la base del criterio del incremento del riesgo, puesto que, si éste sostiene la imputación objetiva cuando la conducta del agente eleva el riesgo de causación del resultado dañoso respecto de la conducta alternativa diligente, no resulta aplicable, por consiguiente, cuando el acto médico es ejecutado con respeto a las exigencias de la *lex artis ad hoc*¹²⁰⁸.

De otro lado, porque la inexistencia de culpa en el proceder de la Administración excluye la antijuridicidad de las lesiones sufridas por el particular, tendiendo éste, en consecuencia, el deber de soportar el daño *ex* artículos 32.1 y 34.1 Ley 40/2015. Establece este último precepto (homólogo al derogado artículo 141.1 Ley 30/1992), en su primer inciso, que «[s]ólo serán indemniza-

¹²⁰⁸ Coincidimos con Parada Vázquez en que «el problema de la relación de causalidad no tiene porque [sic] plantearse en términos disímiles en una u otra rama del Derecho, resultando de ello que el Derecho administrativo, donde la responsabilidad ha sido de reciente admisión será siempre tributario de los mayores desarrollos doctrinales que sobre la relación de causalidad se han efectuado en la dogmática civil y, sobre todo, en la penal» (Parada Vázquez, José Ramón, «Responsabilidad patrimonial...» *op. cit.*, p. 56). En dirección opuesta se pronuncia Beladiez Rojo, quien sostiene que, si bien nuestro ordenamiento jurídico establece «claramente» un régimen de responsabilidad objetiva, no convierte a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos que pueda sufrir el ciudadano, pues tal responsabilidad únicamente puede ser declarada cuando, amén de existir un vínculo material entre el daño sufrido por el particular y el servicio público correspondiente, aquél pueda ser imputado objetivamente a éste (Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 30, nota al pie n. 1). No obstante, entiende Beladiez Rojo que los criterios de imputación objetiva elaborados por la doctrina son muy casuísticos, no existiendo una regla general sobre la aplicación de los mismos. Así, en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración, considera la autora que no presenta relevancia a efectos de imputación objetiva la licitud o ilicitud en el proceder de la Administración, habida cuenta del carácter objetivo de su responsabilidad, debiendo en tal caso afirmarse la imputación objetiva cuando el daño se produzca de resultados de la materialización de un riesgo jurídicamente creado por el servicio público, pues sólo en tal hipótesis puede el daño ser calificado de antijurídico y, consiguientemente, no tiene el particular el deber jurídico de soportarlo (Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e... op. cit.*, p. 103). De esta suerte, construye la autora una «versión» de la teoría de la imputación objetiva adaptada a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, quien escribe entiende, con la mayor humildad, que dicha tesis se construye sobre la base de una premisa que, en la actualidad, como vemos seguidamente en nuestra exposición, parece descartada por la jurisprudencia, a saber, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y es que, aun cuando nuestros tribunales se empecinan en advertir tal objetividad en sus pronunciamientos, en la generalidad de los casos dicha referencia no constituye más que una cláusula de estilo, pues, a la postre, hacen depender la antijuridicidad del daño de la negligencia en la realización de la conducta administrativa. Por tanto, conforme al parecer jurisprudencial mayoritario, y en contra de la postura sostenida por Beladiez Rojo, la antijuridicidad del perjuicio se vincula, no con la imputación objetiva del daño a la actuación administrativa, sino, más bien, a la negligencia en la realización de esta última.

bles las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.» En otros términos, la Administración únicamente tiene el deber de indemnizar al particular por el daño sufrido cuando éste pueda calificarse de antijurídico, *id est*, «cuando el riesgo inherente al funcionamiento del servicio ha sobrepasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles según la conciencia social»¹²⁰⁹. En caso contrario, como bien señala de Ángel Yagüez, «la exclusión de la responsabilidad de la Administración [...] obedece a una razonable traducción al mundo del Derecho de la idea de que en el ámbito de la Administración sanitaria, en concreto, existen eventualidades y contingencias ante las que el particular tiene que «resignarse»»¹²¹⁰. Continúa el artículo 34.1 Ley 40/2015:

«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos¹²¹¹, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.»

En los términos reproducidos describe el legislador los llamados «riesgos de desarrollo» o «riesgos de progreso» (*State of Art*), que pueden defini-

¹²⁰⁹ Seuba Torreblanca, Joan Carles, *Sangre contaminada... op. cit.*, p. 281. Abundan en esta línea Barahona Migueláñez, María y González García, María Concepción: «sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* responde la Administración de los daos causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La existencia de este criterio de la *lex artis* se basa en el principio jurisprudencial de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo» (Barahona Migueláñez, María y González García, María Concepción, «Error sanitario...» *op. cit.*, p. 63). *Vid.* también Panes Corbelle, Luis Alberto, «Responsabilidad patrimonial...» *op. cit.*, p. 76.

¹²¹⁰ De Ángel Yagüez, Ricardo, «El complejo...» *op. cit.*, p. 188.

¹²¹¹ Coincidimos con Mir Puigpelat en que sería «perfectamente defendible» que la exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en el artículo 141.1 Ley 30/1992 (referencia que hoy se debe entender hecha al artículo 34.1 Ley 40/2015) deba aplicarse a los riesgos de desarrollo que no se conozcan cuando se lleva a cabo la actuación que provoca el daño, y no al tiempo en que éste se produce. De esta manera, la redacción del precepto representa «una restricción, y no ya una ampliación, de la operatividad de la cláusula exoneratoria: si se hubiera fijado como momento relevante, no ya el de producción del daño, sino uno temporalmente anterior, el de la actuación administrativa que se encuentra en el origen del daño (lo que, a mi juicio, hubiera sido perfectamente defendible), las consecuencias de exoneración de la Administración con base en el nuevo art. 141.1 serían mayores, habida cuenta que la ciencia y la técnica podrán haber progresado (pero no ya retrocedido) entre el momento en que actuó la Administración y el momento –cronológicamente posterior– en que se ha producido el daño. Precisamente por ello, creo que la norma incentiva a la Administración a tener en cuenta el desarrollo científico-técnico que pueda producirse entre su actuación lesiva y la efectiva producción del daño (la Administración no podrá alegar el nuevo art. 141.1 cuando el daño, siendo inevitable o imprevisible según el estado técnico-científico en el momento en que ella actuó, haya dejado de serlo posteriormente, al producirse el daño)» (Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia... op. cit.*, p. 29).

se, parafraseando a Gómez Calle, como «aquellos riesgos excepcionales que son desconocidos porque la literatura médica, dadas sus limitaciones, aún no los ha explicado»¹²¹². La cláusula de los riesgos de desarrollo es prevista por primera vez en la Directiva 1985/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuyo artículo 7.e) exonera de responsabilidad al productor cuando pruebe «que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científico y técnicos no permita descubrir la existencia del defecto». Esta Directiva es transpuesta al ordenamiento jurídico español por el artículo 6.1 de la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos¹²¹³ y el 141.1 Ley 30/1992 tras la modificación introducida por la Ley 4/1999, positivizándose así un principio ya latente en la regulación anterior¹²¹⁴. En la actualidad, como hemos indicado previamente, es el artículo 34.1 Ley 40/2015 el que recoge la cláusula de los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de la Administración, no siendo pacífica, sin embargo, la causa que justifica la exoneración de la Administración en tales situaciones. Así, entiende la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 la incorporación de la cláusula de los riesgos de progreso al artículo 141.1 Ley 30/1992 como una matización de «los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad», posicionamiento ya sostenido por el Consejo de Estado en el Dictamen n. 5356/1997 de 22 de enero de 1998. Igualmente, se postula en favor de la calificación jurídica de los riesgos de progreso como un supuesto de fuerza mayor el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de octubre de 2015¹²¹⁵, al establecer que la previsión del artículo 141.1 Ley 30/1992 se hace «a efectos de antijuridicidad del daño y como modalidad de fuerza mayor exonerante de responsabilidad»¹²¹⁶. Esta calificación, sin embargo, es

¹²¹² Gómez Calle, Esther, «El fundamento...» *op. cit.*, p. 1727. En sentido similar, Plaza Penadés, Javier, *El nuevo... op. cit.*, p. 148. Quien escribe estima, con Sánchez Jordán, que las expresiones «riesgos de desarrollo» y «riesgos de progreso» resultan imprecisas, habida cuenta de que el riesgo no se deriva del propio desarrollo de la ciencia y la técnica, como parece apuntar su denominación, sino, más bien al contrario, de las lagunas existentes en el conocimiento científico-técnico (Sánchez Jordán, María Elena, «Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración», *DS: Derecho y salud*, vol. 7, n. 1, 1999, p. 94).

¹²¹³ BOE n. 161, de 7.7.1994.

¹²¹⁴ STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\6154; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro).

¹²¹⁵ RJ 2015\4879; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez.

¹²¹⁶ Abundando en esta línea, postula Plaza Penadés que en los «supuestos de contagio de enfermedades desconocidas para Ciencia o Técnica a través de sangre y hemoderivados, y debidamente acreditado tal extremo por quien tiene la carga de la prueba, que es el facultativo o centro hospitalario demandado, deberían ser considerados como supuestos de fuerza mayor aunque sólo la jurisprudencia del Orden

rechazada por Seuba Torreblanca, al indicar que la principal diferencia existente entre ellos (riesgos de desarrollo y fuerza mayor):

«consiste en cómo afectan al producto en concreto: mientras que [los riesgos de progreso] hacen que el producto sea originariamente defectuoso, la fuerza mayor actúa sobre un producto que no lo es necesariamente. Puede afirmarse así que la fuerza mayor opera *ex post facto*, mientras que los riesgos presuponen que el producto es originariamente defectuoso¹²¹⁷.»

Asimismo, rechaza Seuba Torreblanca la calificación jurídica de los riesgos de desarrollo como fuerza mayor porque esta última está ya prevista como causa de exclusión de la responsabilidad de la Administración en el artículo 106.2 CE y porque falta en los riesgos de progreso el requisito de la ajenidad que caracteriza a la fuerza mayor, imponiéndose su calificación como caso fortuito¹²¹⁸. Por su parte, el magistrado D. Jesús Ernesto Peces Morate, en el voto particular formulado a STS de 31 de mayo de 1999¹²¹⁹ (al que se adhiere el magistrado D. José Manuel Sieira Míguez), considera que la inoculación a un paciente del virus de la Hepatitis C a través de una transfusión sanguínea administrada antes de producirse el aislamiento del virus (situación calificable como riesgo del desarrollo) no puede estimarse fuerza mayor ante la carencia del elemento de ajenidad que la caracteriza, sino de caso fortuito, no derivándose, sin embargo, la responsabilidad de la Administración ante la falta de antijuridicidad del daño a los efectos del artículo 141.1 Ley 30/1992 (actual artículo 34.1 Ley 40/2015). Finalmente, postula Mir Puigpelat que los riesgos de desarrollo no inciden en la antijuridicidad del daño ni representan un supuesto de fuerza mayor, sino que «constituye[n] un *título de no-imputación* del daño a la Administración», de suerte que «cuando el daño sufrido por la víctima haya derivado de un hecho inevitable o imprevisible según el estado de la ciencia o de la técnica, no nacerá la responsabilidad administrativa porque dicho daño no podrá ser *imputado* a la Administración que lo ha causado»; en otros términos, «[e]l daño, pese a haber sido *causado* por la Administración, no le podrá ser *imputado*, porque no podrá ser considerado *obra* del servicio

Social, pero no el Civil ni el Contencioso-Administrativo, sostienen tal teoría» (Plaza Penadés, Javier, *El nuevo... op. cit.*, p. 160).

¹²¹⁷ Seuba Torreblanca, Joan Carles, *Sangre contaminada... op. cit.*, p. 296. En igual sentido, Salvador Coderch, Pablo *et al.*, «Los riesgos de desarrollo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 26-28 de Febrero de 2001», *InDret*, n. 1, 2001, p. 8.

¹²¹⁸ Seuba Torreblanca, Joan Carles, *Sangre contaminada... op. cit.*, pp. 305-306. *Vid.* también Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 2015; Montañés Castillo, Lourdes Yolanda, «Los requisitos...» *op. cit.*, p. 489.

¹²¹⁹ RJ 1999\6154; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro.

público»¹²²⁰. En todo caso, la jurisprudencia, aun sin pronunciarse en muchos casos de manera explícita sobre su calificación jurídica como fuerza mayor o caso fortuito, se aviene sin desavenencias a la negación de la antijuridicidad de los riesgos de progreso¹²²¹, los cuales, «por hipotéticos, no forman parte del deber de información del médico al paciente»¹²²².

En suma, la cláusula de los riesgos de desarrollo constituye una «aclaración del sistema de responsabilidad, donde se acogería un supuesto de ausencia de antijuridicidad»¹²²³. Ahora bien, únicamente conforman el estado de la ciencia y de la técnica a estos efectos los conocimientos verdaderamente científicos (excluyéndose, en consecuencia, los procedentes de las conocidas como pseudociencias)¹²²⁴ que hayan sido difundidos, exigiéndose una difusión tal, parafraseando a Mir Puigpelat, «que la información pueda llegar a todo especialista medio del sector», con independencia del medio a través del que se produzca tal difusión¹²²⁵.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño derivado de la actualización de los riesgos de desarrollo, siendo dicha previsión perfectamente compatible con el derecho a la salud tal y como es reconocido y configurado por el ordenamiento jurídico español, pues

«No existiendo [...] un derecho de los usuarios de la sanidad pública a la medicina más avanzada según el estado de los conocimientos del momento, existirá todavía menos un derecho a aquellos avances científico-técnicos *que aún no se han producido*»¹²²⁶.

Como vemos, conforme a la legislación administrativa, lo relevante no es «el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión»¹²²⁷, es decir, la ausencia de una causa de justificación que legiti-

¹²²⁰ Mir Puigpela t, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 98, n. 4, 1999, p. 64.

¹²²¹ Por todas, SSTs de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2001\550; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate) y 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7721; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto).

¹²²² Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, p. 140; Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas... op. cit.*, p. 114; Carro González, Francisco Javier, *Las cuatro... op. cit.*, p. 113.

¹²²³ Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, pp. 67-68.

¹²²⁴ Salvador Coderch, Pablo *et al.*, «Los riesgos...» *op. cit.*, p. 10.

¹²²⁵ Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización... op. cit.*, pp. 279-280.

¹²²⁶ Mir Puigpela t, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia... op. cit.*, p. 28. En igual sentido, Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas... op. cit.*, p. 115; Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, p. 142.

¹²²⁷ Pela y Pados, Santiago, Voz «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Romeo Casabona, Carlos Mária (dir.), Comares,

me el daño sufrido por el particular como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, la jurisprudencia «rescata» la noción de culpa al excluir la antijuridicidad del daño y, por consiguiente, la responsabilidad de la Administración, cuando ésta actúa conforme a los estándares de diligencia que le son exigibles en cada caso (*id est*, cuando no exista la *faute de service* exigida por la jurisprudencia francesa). Todo ello se traduce en el ámbito sanitario, en que la Administración debe responder del daño sufrido por el paciente cuando éste no tenga el deber jurídico de soportarlo, es decir, cuando el daño pueda ser calificado de antijurídico, lo que obliga a valorar la corrección del acto médico y permite a la Administración exonerarse de responsabilidad cuando acredite el cumplimiento por los profesionales sanitarios de las exigencias impuestas por la *lex artis ad hoc*¹²²⁸. De esta manera, reproduciendo a Asúa González, «a la referencia a la responsabilidad objetiva [de la Administración] se acumula una fórmula de claro fondo subjetivista»¹²²⁹.

La pareja de argumentos que venimos de exponer nos recoge el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 2001¹²³⁰, en virtud de la cual:

«Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sani-

Granada, 2011, p. 1440. En idéntico sentido se pronuncia Villar Rojas al afirmar que «la antijuridicidad no se predica de la causa del daño (el funcionamiento del servicio público), sino de sus efectos perjudiciales sobre el patrimonio de un tercero» (Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad... op. cit.*, p. 33).

¹²²⁸ A esta misma conclusión llega González Morán al cuestionarse sobre cuándo está obligado el administrado a soportar el daño sufrido: «si en la realización de los deberes profesionales médicos se han observado las reglas de la *lex artis* y se ha proporcionado una atención correcta desde los parámetros de las exigencias médico-sanitarias, es decir se han aplicado todos los medios que la ciencia del momento proporciona, aunque se haya producido un daño, éste no es antijurídico, por lo cual el paciente o interesado habrá de soportarlo. Con lo cual volvemos a la misma conclusión: el que un daño pueda ser calificado de antijurídico y conlleve la obligación de indemnizar por parte de las Administraciones públicas o como no antijurídico y conlleve que el sujeto ha de apechar con la lesión sufrida, depende en última instancia de que haya existido infracción de la *lex artis* o, por el contrario, se hayan observado sus exigencias. Por lo cual, de nuevo nos encontramos con que cualquier decisión al respecto exige un examen de la corrección del acto médico, es decir, de la observancia de la diligencia y atención prescritos. Pero la observancia de la diligencia y la atención prescrita no es un acto administrativo, sino que es el clásico criterio civil de la diligencia y cuidados observables; y lo contrario de la diligencia y cuidado es la culpa, aunque la jurisprudencia contencioso-administrativa repela con insistencia sospechosa pronunciar esta palabra y trae al debate estos conceptos» –González Morán, Luis, «¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 168-169–. Vid. también Sal vador Coderch, Pablo *et al.*, «Respondeat Superior I» *op. cit.*, pp. 12-13; Blas Orbán, Carmen, *El equilibrio... op. cit.*, p. 220; Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad patrimonial... op. cit.*, pp. 109, 128, 135-136.

¹²²⁹ Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad civil...» *op. cit.*, p. 406.

¹²³⁰ RJ 2002\1817; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate.

tario 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 otras dolencias del paciente ¹²³¹.

[...] Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de la dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ¹²³², no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar.

En definitiva, aunque concurriese el requisito del nexo causal, que la Sala de instancia pone en duda, nos encontramos ante la inexistencia de lesión o daño antijurídico, que es otro de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, razón por la que el motivo de casación invocado no puede prosperar ¹²³³.

¹²³¹ Abundando en esta línea, el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n. 0346/2017, de 31 de mayo de 2017, emitido con motivo de un supuesto en el que un paciente sufre unos daños tras la aplicación de la anestesia local en una intervención de glaucoma del ojo derecho en cirugía de trabeculectomía, declara que: «no se aprecian elementos para considerar que la anestesia prestada fuese deficiente o irregular según la praxis médica exigible. En consecuencia, con los elementos de juicio que arroja el expediente, no puede considerarse acreditada la relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y el daño por el que se reclama.» *Vid.* también Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nn. 409/2007, de 27 de julio de 2007; 121/2008, de 20 de febrero de 2008; 460/2008, de 9 de septiembre de 2008; 114/2009, de 18 de febrero de 2009; 651/2009, de 30 de septiembre de 2009; 0029/2010, de 20 de enero de 2010; 0111/2010, de 4 de marzo de 2010; 0235/2010, de 21 de abril de 2010; 0047/2011, de 26 de enero de 2011; 0322/2011, de 18 de mayo de 2011; 0770/2011, de 29 de noviembre de 2011; 0296/2012, de 25 de abril de 2012; 0337/2012, de 2 de mayo de 2012; 0279/2014, de 22 de abril de 2014; 0696/2014, de 21 de octubre de 2014; 0778/2014, de 19 de noviembre de 2014; 0063/2016, de 27 de enero de 2016; 0431/2016, de 22 de junio de 2016; 0529/2016, de 8 de septiembre de 2016; 0651/2016, de 18 de octubre de 2016; 0729/2016, de 15 de noviembre de 2016; 0754/2016, de 23 de noviembre de 2016; 0755/2016, de 23 de noviembre de 2016; 0829/2016, de 21 de diciembre de 2016; 0060/2017, de 1 de febrero de 2017; 0108/2017, de 23 de febrero de 2017; 0157/2017, de 16 de marzo de 2017; 0276/2017, de 9 de mayo de 2017 y 0278/2017, de 9 de mayo de 2017.

¹²³² Actualmente, tras la derogación del artículo 141 Ley 30/1992 operada por la LPACAP, la referencia legal debe entenderse hecha al artículo 34.1 Ley 40/2015.

¹²³³ Esta misma doctrina se refleja en innumerables pronunciamientos del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, SSTS de 16 de febrero de 2002 (RJ 2002\1718; Ponente: Excmo. Sr. Pedro Antonio Mateos García); 21 de octubre de 2002 (RJ 2003\1113; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\3714; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); 14 de marzo de 2005 (RJ 2005\3620; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); 7 de marzo de 2007 (RJ 2007\953; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9365; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 30 de junio de 2010 (RJ 2010\5968; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano); 29 de marzo de 2011 (RJ 2011\2676; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 29 de junio de 2011 (RJ 2011\6037; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 2 de no-

En conclusión, debe descartarse el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹²³⁴ y la consideración de ésta última como «aseguradora universal» de todos los riesgos sociales, pues, incluso cuando la ausencia de culpa no determine la existencia de vínculo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño sufrido por el particular, y aun admitiendo (lo que no hacemos) que la diligencia de la Administración no interrumpe o excluye la imputación objetiva de las lesiones¹²³⁵, en tales hipótesis se descarta la antijuridicidad del daño y, por consiguiente, la propia responsabilidad de la Administración.

3.2 Responsabilidad directa de la Administración y deber de repetir contra el agente

El examen de esta cuestión debe partir de la propia literalidad del artículo 36 Ley 40/2015, en virtud del cual:

«Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública corres-

viembre de 2011 (RJ 2012\1752; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2604; Ponente: Excmo. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 5 de junio de 2012 (RJ 2012\7240; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 26 de junio de 2012 (RJ 2012\8446; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 10 de julio de 2012 (RJ 2012\8287; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 17 de julio de 2012 (RJ 2012\7904; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García); 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9798; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1165; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enriquez Sancho). En la jurisprudencia menor, *vid.* SSTSJ Andalucía de 24 de abril de 2014 (JUR 2014\284469; Ponente: Illmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez) y 5 de febrero de 2015 (JUR 2015\206892; Ponente: Illmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez); STSJ País Vasco de 11 de junio de 2014 (JUR 2014\233463; Ponente: Illmo. Sr. Rafael Villafañez Gallego); SSTSJ Madrid de 14 de septiembre de 2016 (JUR 2017\3220; Ponente: Illma. Sra. M.^a del Camino Vázquez Castellanos), 6 de abril de 2017 (JUR 2017\153810; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey) y 27 de abril de 2017 (JUR 2017\165205; Ponente: Illma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey); STSJ Murcia de 20 de enero de 2017 (JUR 2017\52026; Ponente: Illmo. Sr. D. José María Pérez-Crespo Paya); STSJ Castilla y León de 27 de enero de 2017 (JUR 2017\61250; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Begoña González García) y STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2017 (JUR 2017\156506; Ponente: Illma. Sra. Dña. María Fernanda Navarro Zuloaga).

¹²³⁴ Burza co Samper, María, «Responsabilidad patrimonial...» *op. cit.*, p. 155; González Morán, Luis, «¿Crisis de...?» *op. cit.*, p. 167; Albi Nuevo, Julio, «La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, pp. 262.

¹²³⁵ Suscribimos el alegato de Mir Puigpelat en contra de la expresión «interrupción del nexo causal», pues, como sostiene el autor: «un nexo causal existe o no existe, pero no se puede interrumpir. La expresión «interrupción del nexo causal», tan extendida en la ciencia y la jurisprudencia administrativistas de nuestro país, es, pues, incorrecta, y está haciendo referencia, en realidad, a la interrupción (a la exclusión, mejor) de la imputación» (Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización... op. cit.*, p. 239).

pondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.»

Como vemos, se infiere del precepto el carácter directo y exclusivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, de suerte que el particular lesionado en sus bienes y derechos por el funcionamiento de los servicios públicos que quiera ver resarcido su daño debe dirigirse exclusivamente contra la Administración, no pudiendo accionar directamente (ya sea en exclusiva o junto a la Administración respectiva) contra el concreto agente cuya acción u omisión es causa material del daño, salvo, obviamente, que su conducta sea constitutiva de ilícito penal¹²³⁶. Sin embargo, lo afirmado no empece que, cuando la demanda de responsabilidad patrimonial entablada contra la Administración se sustente en la actuación dolosa o gravemente culposa del agente, pueda éste personarse en el proceso contencioso-administrativo con el fin de defenderse frente a unas acusaciones que, de resultar condenada la Administración, fundamentarían su posterior repetición contra el propio agente¹²³⁷.

Por tanto, el carácter exclusivo de la responsabilidad de la Administración no entraña en modo alguno la irresponsabilidad del agente cuando de su conducta no se derive su responsabilidad criminal, pues, si bien el artículo 36.1 Ley 40/2015 veta al particular la posibilidad de accionar directamente contra el agente para exigirle su responsabilidad con base en la normativa administrativa, el apartado segundo de dicho precepto obliga a la Administración, «cuando hubiera indemnizado a los lesionados», a exigir «de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento»¹²³⁸, configurándose así la responsa-

¹²³⁶ En este último caso, el particular puede exigir la responsabilidad personal del agente conforme a la normativa criminal, debiendo la Administración, *ex* artículo 121 CP, responder subsidiariamente «de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuviesen confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

¹²³⁷ Busto La go, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 1951.

¹²³⁸ Indican Sal vador Coderch *et al.*: «la legislación vigente ha blindado a funcionarios y empleados públicos contra toda acción judicial no penal que pudiera pretender ejercitar un ciudadano: a éste sólo le queda la exigencia de responsabilidad política, mediante el ejercicio del derecho al voto, así como a otros medios de participación política y la solución extrema de la acción penal. En medio, el amplio terri-

bilidad patrimonial del empleado público como una «cuestión interna» entre el mismo y la Administración ¹²³⁹. De esta manera, son dos los requisitos cuyo cumplimiento se exige para que pueda hacerse efectiva la vía de repetición contra el agente: de un lado, el previo resarcimiento del lesionado por la Administración, que no puede, en consecuencia, financiar el pago de la indemnización al particular lesionado con la suma exigida previamente al funcionario causante del daño ¹²⁴⁰; de otro, el resultado dañoso debe encontrar su causa en el dolo o la culpa o negligencia graves del agente. Cumplidos ambos requisitos, y previa instrucción del correspondiente procedimiento, la Administración queda obligada a exigir de oficio al agente la responsabilidad en que hubiera incurrido, lo que supone una diferencia fundamental con el régimen de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, donde el artículo 1904.1 CC configura la vía de regreso como una facultad atribuida a quien paga el daño causado por sus dependientes ¹²⁴¹. Quien escribe estima absolutamente justificado el reconocimiento a la Administración del deber de repetir contra su personal, habida cuenta de que la responsabilidad patrimonial de aquélla se satisface con dinero del erario público, debiendo extremarse las cautelas sobre el destino de tales fondos en aras de evitar que las arcas del Estado hagan frente a la indemnización de un daño causado por el dolo o la culpa o negligencia grave de un agente al servicio de la Administración. Sin embargo, pese al carácter vinculante de la vía de regreso, resulta destacable el escaso número de ocasiones en que la Administración hace uso de la misma.

Finalmente, por lo que al *quantum* de la repetición se refiere, establece el último inciso del artículo 36.2 Ley 40/2015 que, para la exigencia y cuantifi-

torio de la acción de responsabilidad civil y de la acción de responsabilidad patrimonial sólo puede dirigirse contra la Administración, contra una entelequia que enmascara la prosaica realidad de que los ciudadanos-víctimas de daños pueden reclamar una indemnización al erario público, es decir, a ciudadanos-contribuyentes. En medio, de nuevo, los cargos y funcionarios públicos gestionan internamente el sistema de reglas de la acción de regreso y de la potestad disciplinaria, pero, en la relación externa, el perjudicado, el ciudadano, no tiene nada que decir, como no sea presentar una denuncia ante un funcionario. Desde un punto de vista exclusivamente legal, la conclusión es obvia: los guardianes no se custodian a sí mismos» (Sal vador Coderch , Pablo *et al.*, «Respondeat Superior I» *op. cit.*, p. 16).

¹²³⁹ Domínguez Luelmo , Andrés, *Derecho sanitario...* *op. cit.*, pp. 96-97.

¹²⁴⁰ Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 2072; Parada Vázquez , José Ramón, «Responsabilidad patrimonial...» *op. cit.*, p. 35.

¹²⁴¹ En su redacción original, el artículo 145.2 de la derogada Ley 30/1992 configuraba la repetición contra el agente como una facultad discrecional de la Administración, estableciendo que ésta, «cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.» No obstante, la Ley 4/1999 otorga al citado precepto una nueva redacción en la que se reemplaza el término «podrá» por la expresión «exigirá de oficio», lo que se traduce en la configuración de la vía de regreso como un deber (y no una facultad) de la Administración, habiendo seguido la vigente Ley 40/2015 la senda iniciada entonces.

cación de la responsabilidad del agente se deben ponderar, *inter alia*, «el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.» Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en la esfera de la responsabilidad vicaria, donde el artículo 1904 CC faculta a quien paga el daño causado por sus dependientes para repetir de éstos «lo que hubiese satisfecho», en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración no se impone la equivalencia entre la cantidad por ésta pagada al particular en concepto de indemnización y la que, *a posteriori*, repite del agente, pudiendo esta última cantidad, incluso, en caso de reclamación judicial del agente, ser modificada en su procedencia o importe por los tri unales¹²⁴².

¹²⁴² «Por esta razón», sostiene Busto Lago, «no se trata tanto de una vía en virtud de la que la Administración repercute sobre el agente del daño como persona a su servicio la misma indemnización que tuvo que pagar a la víctima, sino que se configura como una nueva indemnización a la Administración consecuencia de la conducta desarrollada por el funcionario o persona a su servicio que estará en función de la responsabilidad profesional de éste» (Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad...» *op. cit.*, p. 2077).

CONCLUSIONES

1. No es hasta la pasada centuria cuando comienzan a derrumbarse los pilares de un paternalismo que, instaurado en la Antigua Grecia, regenta la relación médico-paciente durante más de dos milenios. Así, en la primera mitad del siglo xx, se observa una evolución en *el case law* de los Estados Unidos de América, que, progresivamente, otorga relevancia al consentimiento del paciente como exigencia legitimadora de la actuación médica y a la información asistencial como requisito previo de validez de tal consentimiento. En dicho progreso, dos pronunciamientos constituyen la piedra basal de la doctrina del consentimiento informado: de un lado, la decisión de *la New York Court of Appeals* en *Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, que contiene la declaración originaria del derecho a la autodeterminación del paciente (*patient self-determination*); de otro, la decisión de *la California Court of Appeals* en *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, donde, por primera vez, aflora la expresión *informed consent*. La evolución *del case law* continúa en la segunda mitad del siglo xx, centrada ahora en la delimitación *del quantum* informativo previo al consentimiento. La encomiable labor de los tribunales norteamericanos se traduce en la definición de tres estándares de información, a saber, el de la práctica médica, el del paciente o la persona razonable y el subjetivo.

2. En España, es la LGS la primera norma jurídica que contiene una regulación general de la información asistencial y el consentimiento informado, en su artículo 10 apartados 5, 6 y 9, que reconocen al paciente, respectivamente, el derecho a la información asistencial, a prestar el consentimiento informado (excepto en situaciones de riesgo para la salud pública, urgencia e incapacidad del paciente para decidir) y a negarse al tratamiento. En la actua-

lidad, es la LAP la encargada de establecer el régimen jurídico de la información asistencial y el consentimiento informado del paciente. Esta regulación, de carácter básico para todo el territorio español, es desarrollada por una copiosa legislación emanada de los distintos Parlamentos autonómicos.

3. Centrando nuestra atención en el régimen del derecho a la información asistencial en el ordenamiento jurídico español, es el paciente el titular de tal derecho *ex* artículo 5.1 LAP, aunque puede autorizar expresa o tácitamente la información a sus vinculados por razones familiares o de hecho. Si el paciente tiene la capacidad modificada judicialmente y la sentencia lo incapacita de modo explícito para recibir su información asistencial, debe ésta transmitirse tanto al paciente, en atención a sus posibilidades de comprensión, como a su representante legal (artículo 5.2 LAP), salvo que aquél reúna las condiciones de capacidad natural suficientes para entender dicha información. Cuando el paciente, según el criterio del médico que lo asiste, carece de capacidad natural para entender la información, ésta debe ponerse en conocimiento de sus vinculados por razones familiares o de hecho (artículo 5.3 LAP), debiendo ser informado también el paciente de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.

4. Si el paciente es un menor de edad, pese a que el artículo 5 LAP no lo reconoce de manera expresa como titular del derecho a la información asistencial, existe en nuestro ordenamiento jurídico apoyatura suficiente para justificar dicha titularidad cuando el menor presenta suficiente madurez para entender la información, fundamentalmente, sobre la base del artículo 162.1.º CC. Ahora bien, aun en la hipótesis de que el menor no sea suficientemente maduro para entender su información asistencial y/o para prestar su consentimiento, debe recibir una información adecuada a sus posibilidades de comprensión, para que puedan cumplirse las exigencias de audiencia y participación del menor en el proceso de adopción de sus decisiones sanitarias, exigencias impuestas, respectivamente, por los artículos 9.3.c) y 9.7 LAP.

5. Corresponde a cada uno de los profesionales sanitarios que apliquen al paciente una técnica o procedimiento determinado transmitirle la información asistencial, pues cabe presumir en los mismos un conocimiento suficiente sobre la finalidad, naturaleza, riesgos, consecuencias y alternativas a la actuación médica. En el caso frecuente de ser varios los profesionales actuantes, cada uno debe proporcionar al paciente la información asistencial referida a su propia especialidad. Por su parte, al médico responsable del paciente compete propiciar o fomentar la información, supervisando, en la medida de sus posibilidades, que el derecho a la información del paciente sea respetado.

6. El paciente tiene derecho a recibir, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, la información disponible sobre la misma, debiendo ser advertido, como mínimo, de su naturaleza, finalidad, riesgos, consecuencias y alternativas. En materia de riesgos, la jurisprudencia exige una información más rigurosa cuando el procedimiento se incardina en la medicina satisfactiva, abarcando todos los riesgos que puedan materializarse de resultados de la actuación médica, con independencia de su tipicidad y frecuencia estadística. Por el contrario, en medicina curativa, la información sobre riesgos comprende los típicos de la intervención o tratamiento que no sean remotos o excepcionales y los que, aun siendo atípicos, revisten una gravedad extraordinaria o no son excepcionales. Finalmente, al margen de la índole terapéutica o satisfactiva del procedimiento, quedan excluidos del deber de información los riesgos de conocimiento común, los que sean conocidos por el paciente y los que escapen al saber de la ciencia al tiempo de ejecutarse el acto médico.

7. Aunque la información asistencial debe transmitirse verbalmente como regla general, el artículo 8.2 LAP exige la forma escrita del consentimiento (y, por consiguiente, de la información) para ciertos procedimientos, como podemos comprobar en la conclusión decimotercera. La información asistencial debe entregarse al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento y con una antelación al inicio de la actuación médica «suficiente» para que pueda reflexionar y decidir con libertad, suficiencia que debe valorarse atendiendo a la complejidad de la información a suministrar y a la urgencia con la que el procedimiento es requerido. Finalmente, la información asistencial debe ser verdadera y transmitirse al paciente de un modo comprensible para él, adecuado a sus necesidades y continuado a lo largo del proceso asistencial.

8. El estado de necesidad terapéutica, que no debe confundirse con el diagnóstico fatal, es definido en el artículo 5.4 LAP como la facultad del médico para actuar sin informar previamente al paciente cuando estime, sobre la base de razones objetivas, que el conocimiento de su situación puede perjudicar su salud de manera grave. Quien escribe, sin embargo, propugna una concepción distinta de la necesidad terapéutica, entendiéndola como una aplicación concreta del deber de adecuar la información asistencial a las necesidades del paciente (artículo 4.1 LAP). Ateniéndonos a la configuración legal de la necesidad terapéutica como excepción o limitación al derecho a la información del paciente, son sus vinculados por razones familiares o de hecho los que deben otorgar el consentimiento tras recibir la debida información asistencial y cumpliendo con los deseos que el paciente haya podido plasmar en un docu-

mento de instrucciones previas. No obstante, cuando el paciente haya prohibido la información a sus vinculados, la decisión corresponde al facultativo.

9. El paciente tiene derecho a que se respete su deseo de no ser informado, debiendo manifestar su voluntad expresamente, sea por escrito o de forma verbal, aunque, en este último caso, debe el facultativo dejar constancia documental de la renuncia a la información en la historia clínica. Aunque el paciente ejercite su «derecho a no saber», debe ser él quien otorgue el consentimiento («desinformado») a la actuación médica, si bien puede designar a un representante que reciba su información asistencial y decida sobre el curso de la acción a seguir en su proceso terapéutico. La renuncia del paciente a recibir la información está limitada por el interés de su propia salud, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. No obstante, la interpretación de tales limitaciones debe ser coherente con la efectividad de la renuncia, habida cuenta de que, potencialmente, cualquier información es susceptible de desplegar beneficios (presentes o futuros) para la salud del paciente.

10. El consentimiento informado puede definirse como el derecho personalísimo y fundamental del paciente o cliente a decidir de forma autónoma, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, su sumisión o rechazo a la misma. Esta decisión la debe tomar el paciente tras interactuar con el profesional sanitario en un proceso dialógico continuado en el que éste debe comunicar y explicar a aquél la información prevista en el artículo 4 LAP, exigiéndose, en ocasiones, la constancia escrita de la información y el consentimiento, si bien como requisito *ad abundantiam* y, en ningún caso, sustitutivo del inexcusable diálogo de carácter informativo que médico y paciente deben mantener.

11. Aunque del articulado de la LAP parece colegirse que es el médico responsable del paciente el que debe solicitar su consentimiento informado, el facultativo que va a realizar *de facto* la actuación asistencial debe cerciorarse, antes de actuar sobre el cuerpo del paciente, de que su consentimiento ha sido debidamente recabado.

12. Pese a que el titular del derecho al consentimiento informado es el paciente, el artículo 9.3 LAP define tres hipótesis en las que el consentimiento debe otorgarse «por representación». En primer lugar, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, en cuyo caso el consentimiento ha de otorgarlo su representante legal o, en su defecto, sus vinculados por razones familiares o de hecho. En segundo lugar, cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente, siempre que la sentencia lo incapacite expresamente para la adopción de sus decisiones en salud y que el paciente no reúna las condiciones

de capacidad natural suficientes para decidir personalmente. Por último, cuando el paciente es un menor de edad que carece de la suficiente capacidad para decidir (capacidad que se presume *iuris tantum* cuando el menor está emancipado o es mayor de dieciséis años) o cuando la actuación médica conlleva un grave riesgo para la vida o salud del menor, en cuyo caso el consentimiento lo debe prestar su representante legal o, en su defecto, sus vinculados por razones familiares o de hecho.

13. Para legitimar la actuación médica, el consentimiento informado debe ir precedido de una información personalizada con relación a cada paciente y debe ser otorgado de modo autónomo y específico para cada procedimiento. Como regla general, el consentimiento informado es verbal, si bien el artículo 8.2 LAP exige, para ciertas actuaciones (que se corresponden con las de mayor gravedad), que se recoja por escrito, en un documento que debe plasmar, como mínimo, la información básica prevista en el artículo 10.1 LAP. Según una nutrida jurisprudencia, la escritura se exige con carácter meramente *ad probationem*, aunque su incumplimiento determina la inversión de la carga de la prueba de la existencia del consentimiento informado, por aplicación del principio de facilidad probatoria recogido en el artículo 217.7 LEC. Asimismo, son frecuentes en la práctica clínica cotidiana las situaciones en las que el consentimiento se otorga tácitamente, dependiendo su validez de que el mismo vaya precedido de la debida información asistencial al paciente.

14. Se excepciona la exigencia general de consentimiento informado del paciente como requisito previo a toda actuación en el ámbito de su salud cuando la intervención del facultativo venga impuesta por razones de salud pública o por la concurrencia de una situación de emergencia en la que la gravedad e inmediatez del daño que acecha la vida o salud del paciente imposibiliten la solicitud de su consentimiento personal o por representación. Debido a que las intervenciones y tratamientos de medicina satisfactiva no vienen exigidos por razones de salud pública ni individual del cliente, no resultan de aplicación las aludidas excepciones, debiendo estar legitimada la actuación del profesional sanitario en todo caso por el previo consentimiento informado del cliente.

15. Como manifestación de su derecho al consentimiento informado, puede el paciente negarse al procedimiento médicamente indicado (e, incluso, vital). Este derecho, si bien se reconoce plenamente a la mujer en estado de gestación, se excepciona cuando el paciente está interno en un establecimiento penitenciario, sobre la base de la especial relación de sujeción que lo une a la Administración penitenciaria. Asimismo, puede el paciente revocar libremente y por escrito su consentimiento informado en cualquier momento, sea antes o

una vez iniciada la actuación médica previamente consentida, aunque, en este último caso, puede limitarse la autonomía del paciente cuando el respeto de su decisión revocatoria exija del profesional sanitario una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*. Carece de eficacia la decisión revocatoria o de rechazo adoptada por el paciente, aun siendo autónoma, cuando existan razones de salud pública que justifiquen la actuación del facultativo, no siendo preceptivo en tal hipótesis el consentimiento informado del paciente *ex artículo 9.2.a) LAP*.

16. Existen diversas modalidades de responsabilidad civil (contractual, extracontractual por hecho propio, extracontractual por hecho ajeno y patrimonial de la Administración Pública), cada una con sus especialidades propias. Sin embargo, todas ellas comparten tres presupuestos básicos, a saber, el daño, el nexo de causalidad y la culpa o negligencia.

17. En las hipótesis de omisión del consentimiento informado, la jurisprudencia se divide en tres tendencias fundamentales en la delimitación daño resarcible. Una primera, que postula que la omisión del consentimiento legitima la indemnización de las lesiones corporales derivadas de la actuación médica diligentemente realizada, porque, al no consentir el procedimiento, el paciente no asume los riesgos que el mismo comporta. En segundo lugar, un sector de nuestra jurisprudencia se inclina por indemnizar como daño individualizado y autónomo la lesión al derecho a la autonomía del paciente que la omisión de su consentimiento informado le produce, con independencia de si de la actuación médica se deriva para él un daño corporal. Por último, una tercera postura jurisprudencial aboga por la indemnización del daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente sólo cuando la actuación médica no consentida le ocasiona un daño corporal. Quien escribe se alinea con la segunda de las tendencias expuestas, entendiendo que la omisión del consentimiento informado del paciente le causa, al margen de la hipotética decisión que hubiera adoptado de ser debidamente solicitado su consentimiento y del resultado exitoso o fallido de la intervención o tratamiento, un daño moral por la lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario.

18. El examen del nexo causal debe partir de la distinción entre la causalidad material y la imputación objetiva. La primera se determina aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, concretada por la regla de la *condicio sine qua non* o su versión adaptada a las conductas omisivas (cuasi-causalidad o causalidad hipotética). Sobre esta base, la omisión del consentimiento informado es la causa material de los daños corporales derivados de la actuación médica cuando se acredite con certeza o una probabilidad cualificativa que, de haberse solicitado su consentimiento, la decisión del paciente hubiera sido de rechazo. Ahora bien, cuando existe incertidumbre sobre la hipo-

tética decisión del paciente, la teoría de la pérdida de oportunidad nos permite imputar el daño corporal a la omisión del consentimiento en la proporción que se corresponde con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la actuación médica. Por su parte, la omisión del consentimiento causa en todo caso una lesión al derecho a la autonomía del paciente, con independencia de la hipotética decisión que éste hubiese adoptado.

19. Ya en sede de imputación objetiva, el criterio del incremento del riesgo, entendido en su configuración como teoría del nexo, permite excluir la imputación del daño corporal a la omisión del consentimiento informado, pues, si bien dicha omisión eleva la probabilidad de que el paciente consienta el acto médico, ello no entraña un incremento proporcional de la probabilidad de que se produzca un daño corporal de resultados de la actuación médica cuando el facultativo cumple en su ejecución con las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Por el contrario, el daño moral por lesión al derecho a la autonomía del paciente sí resulta imputable objetivamente a la omisión de su consentimiento informado con arreglo al criterio del incremento del riesgo, porque el profesional sanitario, con su conducta omisiva, no es que incremente, sino que *crea ex novo* el riesgo de que dicho daño moral se produzca.

20. Por su parte, la teoría de la causalidad adecuada excluye la imputación objetiva de los daños corporales a la omisión del consentimiento informado, pues, si bien el profesional sanitario puede prever que su conducta omisiva lesiona la autonomía del paciente, al privarle de la posibilidad de adoptar una decisión informada, no resulta razonable extender tal previsibilidad a los daños corporales que puedan derivarse de la actuación médica diligentemente ejecutada. Respecto del daño moral por privación del derecho a decidir, la teoría de la causalidad adecuada permite su imputación objetiva a la omisión del consentimiento informado, puesto que el profesional sanitario puede prever que su conducta omisiva priva al paciente de la posibilidad de adoptar una decisión informada y, por consiguiente, le causa un daño moral por lesión de su derecho a la autonomía, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente de haber sido su consentimiento debidamente solicitado.

21. Partiendo del carácter subjetivo o por culpa de la responsabilidad médica, el profesional sanitario debe ajustarse en su actuación a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, comprensiva del deber de recabar el consentimiento informado del paciente. Con carácter general, el facultativo está sometido a una obligación de medios en el desarrollo de su actividad, deber que le impone, no la sanación del paciente o la consecución del resultado estético o funcional perseguido por el cliente, sino su actuación ajustada a la *lex artis ad hoc*. No

obstante, existen dos supuestos excepcionales en los que el profesional sanitario asume frente al paciente o cliente una obligación de resultado, a saber, cuando el facultativo le garantiza de modo expreso el buen éxito de la intervención o tratamiento y cuando la actuación comprometida consiste en la entrega de una cosa corporal (un informe médico, el resultado de unos análisis...).

22. Por aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria, recae sobre los profesionales y centros sanitarios el *onus probandi* de la entrega de la información y de la solicitud del consentimiento informado del paciente.

23. En nuestro ordenamiento jurídico, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil oscila entre los cinco años previstos para la acción de responsabilidad contractual (artículo 1964.2 CC) y el año para reclamar la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1968.2 CC) o exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (artículo 67.1 LPA-LAP). El período de prescripción comienza cuando la víctima conoce el daño y la acción puede ejercitarse (*actio nata*), lo que se produce, en las hipótesis de omisión del consentimiento informado, cuando se determina el alcance definitivo de las secuelas (si la acción se ejercita para exigir responsabilidad por los daños corporales derivados de la actuación médica) o cuando el paciente tiene conocimiento de que la intervención o tratamiento se ha llevado a cabo en contra de su voluntad o con ocultación de cierta información sobre los riesgos y alternativas al procedimiento propuesto (si el paciente reclama la indemnización del daño moral sufrido por la privación de su derecho a decidir).

24. La responsabilidad contractual en las hipótesis de omisión del consentimiento informado exige la previa suscripción de un contrato de servicios médicos entre el facultativo y el paciente. La imputación subjetiva de los daños al agente exige, no sólo su culpabilidad, sino también la previsibilidad de los daños causados, debiendo referirse dicho juicio *ex ante* al momento inmediatamente anterior a la realización de la conducta dañosa. En consecuencia, resulta imputable al profesional sanitario que omita el consentimiento informado del paciente el daño causado a su autonomía por privación del derecho a adoptar una decisión informada. Por el contrario, debe excluirse la imputación subjetiva de los daños corporales derivados de la intervención o tratamiento diligentemente realizado, al no constituir consecuencias previsibles de la omisión del consentimiento informado del paciente.

25. Por lo que respecta al alcance del daño indemnizable en sede contractual, si el deudor actúa con dolo al incumplir el contrato (en nuestro caso, al omitir el consentimiento informado del paciente) debe responder de todos los daños causados materialmente por su conducta incumplidora y objetivamente imputables a ella (artículo 1107.2 CC). Si, por el contrario, el deudor es

de buena fe, sólo debe responder de los daños causados por su conducta incumplidora que, amén de ser objetivamente imputables a la omisión del consentimiento informado, fueran previsibles al tiempo de constituirse la obligación (artículo 1107.1 CC). Asimismo, cuando el incumplimiento contractual sea calificado de negligente, el artículo 1103 CC atribuye al juez la facultad discrecional de moderar la suma indemnizatoria por razones de equidad.

26. Resulta aplicable el régimen de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC a los supuestos de omisión del consentimiento informado cuando médico y paciente no han suscrito contrato alguno de servicios médicos, lo que ocurre en las situaciones de emergencia y cuando las partes de dicho contrato son el paciente y el establecimiento sanitario donde se presta la asistencia. En sede extracontractual, debe rechazarse la aplicación del juicio de previsibilidad del artículo 1107.1 CC, pues lo contrario nos conduciría a la absurda conclusión de tener que referir tal juicio al instante mismo del nacimiento del agente (en nuestra hipótesis, el profesional sanitario), que es cuando nace para él la obligación general de no dañar a nadie recogida en el artículo 1902 CC. Por el contrario, aun cuando nuestra doctrina más autorizada se halla dividida al respecto, la jurisprudencia admite la aplicación en sede extracontractual del artículo 1103 CC, que atribuye al juez una facultad moderatoria en la determinación de la suma indemnizatoria.

27. Puede exigirse al establecimiento sanitario la responsabilidad vicaria del artículo 1903.4 CC cuando el paciente no haya suscrito un contrato de servicios médicos ni con el propio centro ni con el profesional sanitario que lo asiste. Para que se declare esta responsabilidad, que presupone la del artículo 1902 CC, el dependiente que causa directamente el daño debe formar parte de la esfera de dependencia y subordinación del empresario y actuar en el ejercicio de las competencias que tiene encomendadas conforme a la estructura organizativa de la empresa. La responsabilidad vicaria del empresario puede exigirse directamente a éste, es autónoma respecto de la que pueda corresponder a sus dependientes por sus propios actos (aunque, si se declaran ambas, empresario y dependientes responden solidariamente) y tiene naturaleza subjetiva, si bien con inversión de la carga de la prueba de la culpa (*in eligendo* o *in vigilando*) del empresario. Pagada por éste la indemnización a la víctima, el artículo 1904.1 CC lo faculta para repetir de sus dependientes el importe satisfecho.

28. La jurisprudencia mayoritaria aplica la «doctrina de la unidad de la culpa civil» (también denominada «tutela judicial unitaria de la culpa civil») como mecanismo que permite al juez, en supuestos de yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y como manifestación de los

principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, seleccionar la norma aplicable al supuesto enjuiciado, incluso alterando la fundamentación jurídica aducida por el actor en la demanda, quedando limitada tal posibilidad sólo cuando el cambio de fundamentación jurídica genere indefensión al demandado.

29. Por último, cuando la omisión del consentimiento informado del paciente se produce en el ámbito de la Medicina pública, el paciente puede ejercitar la correspondiente acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Para que prospere la acción, el daño aducido debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas y antijurídico. Se excluye la antijuridicidad del daño cuando se produce de resultas de la materialización de los denominados «riesgos de desarrollo» o «riesgos de progreso» y cuando la Administración se ajusta en su proceder al estándar de conducta que le es exigible, *id est*, cuando el daño se produce como consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos (descartándose así el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración), hipótesis esta última en la que se presenta harto complicada, asimismo, la prueba del nexo causal entre el resultado dañoso y la actuación administrativa.

30. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es de carácter directo y exclusivo, de suerte que el particular debe dirigirse contra la Administración, no pudiendo accionar directamente (sea en exclusiva o junto a la Administración correspondiente) contra el concreto agente cuya acción u omisión es causa material del daño, salvo que su conducta sea constitutiva de ilícito penal. Tras indemnizar a los lesionados, la Administración debe repetir de oficio contra el causante material del daño cuando éste haya incurrido en dolo o culpa o negligencia grave, si bien no exige la legislación administrativa la equivalencia entre la cantidad satisfecha por la Administración y la repetida del personal a su servicio.

CONCLUSIONS

1. It was not until the last century that the backbone of a particular sort of paternalism, established in Ancient Greece and that reigned over doctor-patient relationships for more than two millennia, began to collapse. Thus, in the first half of the twentieth century, case law in the United States of America evolved and progressively advanced patients' consent as a requirement to legitimize medical action as well as healthcare information as a prerequisite for such consent to be valid. Within this phase of progress, two declarations constituted the cornerstone of the doctrine of informed consent: on the one hand, the decision of *the New York Court of Appeals in Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, which contains the original statement on patient self-determination; on the other, the decision of *the California Court of Appeals in Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, where the expression «informed consent» was used for the first time. Case law continued to evolve in the second half of the twentieth century, now focused on delimiting the information *quantum* prior to consent. The commendable work of American courts led to the definition of three information standards, namely, that of medical practice, that of the patient or the reasonable person, and that of subjective information.

2. In Spain, the General Health Law (LGS) was the first legal standard to contain a general regulation of healthcare information and informed consent, in its article 10, sections 5, 6 and 9, which recognize patients the right, respectively, to healthcare information, to giving informed consent (except in situations of risk to public health, emergency and patient incapacity to decide) and to refuse treatment. Currently, the LAP is responsible for establishing patients' legal regime regarding healthcare information and informed consent.

This basic regulation addressing the whole of Spain's territory is developed by copious legislation emanating from different autonomous regional parliaments.

3. In the Spanish legal system's regime on the right to healthcare information, the patient is the holder of such a right under article 5.1 of the LAP, although the patient may expressly or tacitly authorize the right of information to family or friends. If the patient's capacity is modified judicially and the sentence explicitly incapacitates the patient to receive due medical healthcare information, it must be transmitted both to the patient, to the extent of his or her ability to understand, and to the legal representative (article 5.2 of the LAP), unless the patient fulfils conditions of sufficient natural capacity to understand the information in question. Based on the attending physician's opinion, when the patient lacks the natural capacity to understand the information, family or friends must be notified (article 5.3 of the LAP), and the patient must also be informed to the extent of his or her ability to understand.

4. Despite the fact that Article 5 of the LAP does not expressly recognize minors as holders of the right to healthcare information, if the patient is a minor, there is sufficient support in the Spanish legal system, fundamentally on the basis of article 162.1.º of the Civil Code (hereon CC), to justify such ownership when the child is sufficiently mature to understand the information. However, even in the event that the child is not mature enough to understand healthcare information and/or to give consent, the child must receive information in accordance with his or her ability to understand, so as to meet the requirements of the minor's hearing and participation in the healthcare decision process. These requirements are imposed, respectively, by articles 9.3.c) and 9.7 of the LAP.

5. It is the responsibility of each healthcare professional who is administering a specific technique or procedure to transmit the healthcare information to the patient, since this professional is deemed to be in possession of sufficient knowledge about the purpose, nature, risks, consequences and alternatives to the medical intervention. In the frequent case of several acting professionals, each must provide the patient with healthcare information related to their own specialty. The doctor responsible for the patient, in turn, is responsible for providing or advancing information, supervising, insofar as possible, that the right to patient information is respected.

6. In the event of any healthcare action undertaken, the patient has the right to receive related available information, and must be informed at least on its nature, purpose, risks, consequences and alternatives. As far as risks are concerned, jurisprudence requires more rigorous information if the pro-

cedure is part of the voluntary medicine category. In this case, information must cover all the risks that may arise as a result of medical action, regardless of its habitual nature or statistical frequency. Conversely, in curative medicine, information on risks includes those typical of the intervention or treatments that are not remote or exceptional and those that, although being atypical, are of an extraordinary severity or are not exceptional. Finally, regardless of the therapeutic or voluntary nature of the procedure, risks of common knowledge, or known by the patient, or that fall outside the field of scientific knowledge at the time of executing the medical act, are excluded from the duty of information.

7. Although, as a general rule, healthcare information must be transmitted orally, article 8.2 of the LAP requires a written form of consent (and, consequently, of information) for certain procedures, as described in conclusion thirteen. The healthcare information must be delivered to the patient prior to the provision of their consent and with «sufficient» notice prior to the beginning of the medical action, to allow them to freely reflect and decide. The «sufficien y» of this notice must be assessed taking into account the complexity of the information to be provided and the urgency with which the procedure is required. Finally, the healthcare information must be true and be transmitted to the patient in a way that is comprehensible to him or her, in accordance with the patient's needs. It must also be continuous throughout the care process.

8. The state of therapeutic necessity, not to be confused with fatal diagnosis, is defined in article 5.4 of the LAP as the faculty of the physician to act without previously informing the patient when he or she considers, based on objective reasons, that the knowledge of one's situation may seriously harm one's health. I, however, advocate a different conception of therapeutic need, understanding it as a concrete application of the duty to adapt care information to patient needs (article 4.1 of the LAP). Focusing on the legal configuration of therapeutic need as an exception or limitation to a patient's right to information, family or friends should be the ones to grant consent after receiving the appropriate healthcare information and complying with the wishes that the patient may have been able to reflect in prior written instructions. However, if the patient has forbidden releasing the information to his or her family or friends, this decision belongs to the physician.

9. The patient has the right to have his or her desire not to be informed respected, and must manifest this will expressly, either in writing or orally, although in the latter case, the doctor must leave documentary evidence of renunciation to information in the patient's clinical history. Although the

patient exercises his or her «right not to know», he or she must grant this («uninformed») consent to the medical body him or herself, although the patient may designate a representative to receive the patient's healthcare information and decide on the course of action to pursue in the therapeutic process. The patient's refusal to receive the information is limited by interest in his or her own health, that of third parties, of the community and by the therapeutic requirements of the case. However, the interpretation of such limitations must be consistent with the effectiveness of the renunciation, given that, potentially, any information is likely to unleash benefits (present or future) for the patient's health.

10. Informed consent can be defined as a patient's or client's highly personal and basic right to decide autonomously to submit to or reject a healthcare intervention. This decision must be taken by the patient after interacting with the healthcare professional in a continuous dialogical process in which the patient must communicate and explain to the patient the information provided in article 4 of the LAP; sometimes written evidence of the information and consent is required, although as *an ad abundantiam* requirement and, in no case can it replace the necessary informative dialogue that must be maintained between doctor and patient.

11. Although it appears from the LAP articles that the patient's doctor is the person responsible for requesting his or her informed consent, the practitioner who will perform the *de facto* healthcare act must in fact ensure, before intervening on the patient's body, that the patient's consent has been properly collected.

12. Although the holder of the right to informed consent is the patient, article 9.3 of the LAP defines three hypotheses in which consent must be granted «by representation». In the first place, when the patient is not able to make decisions, in which case the consent must be granted by the legal representative or, failing that, by family or friends. Secondly, when the patient's capacity has been modified judicially, provided that the sentence expressly incapacitates the adoption of health decisions and that the patient does not meet the sufficient conditions of natural capacity to decide personally. Finally, when the patient is a minor lacking sufficient capacity to decide (capacity that is presumed to be *iuris tantum* when the minor is emancipated or is over sixteen years of age) or when medical action entails a serious risk to life or to the minor's health, in which case the consent must be given by the legal representative or, failing that, by family or friends.

13. To legitimize medical action, informed consent must be preceded by personalized patient information and must be given autonomously and for

each specific procedure. As a general rule, informed consent is verbal, although article 8.2 of the LAP requires in some cases (the most serious interventions), that it be collected in writing, in a document that must reflect the basic information provided in article 10.1 of the LAP at the very least. According to extensive jurisprudence, the written document is required merely *as ad probationem*, although failure to comply determines the reversal of the burden of proof of the existence of informed consent, by application of the principle of evidentiary ease set out in article 217.7 of the Spanish civil procedure *act* (LEC). Worthy of note, situations in which consent is tacitly granted occur frequently in everyday clinical practice; its validity depends on whether the patient has received appropriate prior information.

14. The general requirement of patient's informed consent is excepted as a prerequisite to any action in the field of health when the physician's intervention imposes itself for reasons of public health or due to the concurrence of a situation of emergency in which the seriousness and immediacy of the damage that threatens the patients' life or health renders it impossible to request their personal consent or representation. Because interventions and treatments in voluntary medicine are not required for reasons of public health or that of an individual client's, the aforementioned exceptions do not apply, and the action of the health professional must be legitimized in any case by the prior informed consent of the client.

15. As a manifestation of the right to informed consent, the patient may refuse a medically recommended (and even vital) procedure. Although full recognition is given to pregnant women, this right is excepted when the patient is interned in a penitentiary, on the grounds of the special relationship binding the inmate to the penitentiary's administrative body. Likewise, the patient may freely revoke in writing his or her informed consent at any time, either before or after the medical action previously agreed upon, although, in the latter case, the patient's autonomy may be limited when compliance with the revocation decision requires a behaviour contrary to the *lex artis ad hoc* from the health professional. The revocation or rejection decision adopted by the patient is not effective, even though it is autonomous, when public health reasons justify the physician's intervention, and the patient's informed consent is not mandatory in this hypothesis under article 9.2.a) of the LAP.

16. There are various types of civil liability (extracontractual liability for one's own acts, extracontractual vicarious liability and civil service state liability), each with its own specificities. Nevertheless, they all share three basic assumptions, namely: damage, the causal link and fault or negligence.

17. In cases of omission of informed consent, jurisprudence branches off into three basic orientations in the definition of recoverable damage. The first one postulates that omission of consent legitimizes compensating bodily harm derived from diligently performed medical action, because, by not allowing the procedure, the patient is not assuming the risks that it entails. Secondly, another branch of Spanish jurisprudence is inclined to indemnify the breach of the patient's right to autonomy produced by the omission of his or her informed consent as an individualized and autonomous damage, regardless of whether any bodily harm was derived from the medical action. Finally, a third jurisprudential position advocates compensation for moral damage due to breaching the patient's right to autonomy only when the non-consensual medical action causes bodily harm. My position aligns itself with the second approach, given that the omission of a patient's informed consent causes moral injury due to the breach of his or her right to self-determination in the health field, regardless of the hypothetical decision that would have been made had consent been duly requested and regardless of any successful or failed outcome of the intervention or treatment.

18. The examination of the causal link must start from the distinction between material causality and objective imputation. The first is determined by applying the theory of equal conditions, specified by the rule of the *conditio sine qua non* or its adapted version to omissions (quasi-causes or hypothetical causes). On this basis, omission of informed consent is the material cause of the personal damage resulting from the medical action when it is proven with certainty or a qualified probability that, had the patient's consent been requested, the patient's decision would have been rejection. However, when there is uncertainty about the patient's hypothetical decision, the theory of loss of opportunity allows attributing bodily damage to the omission of consent in proportion to the probability that the patient would have rejected the medical intervention. For its part, omission of consent in any case breaches the patient's right to autonomy, regardless of the hypothetical decision he or she would have adopted.

19. Regarding objective imputation, the criterion of risk increase, understood from the nexus theory perspective, allows excluding the imputation of bodily harm to the omission of informed consent, because although this omission raises the probability that the patient consent to the medical act, it does not entail a proportional increase in the probability of the occurrence of bodily harm as a result of the medical action when the doctor complies with the requirements of the *lex artis ad hoc*. On the other hand, the moral injury due to breaching the patient's right to autonomy is objectively attributable to

the omission of the informed consent according to the criterion of increased risk: indeed, with this omission, the health professional is not increasing but creating the risk *ex novo* of such moral injury occurring.

20. For its part, the theory of adequate causation excludes the objective imputation of bodily harm from the omission of informed consent, since, although the health professional may foresee that his or her omission behaviour breaches the patient's autonomy, by depriving him or her of the possibility of adopting an informed decision, it is not reasonable to extend such predictability to the bodily damage that may result from the medical action executed diligently. Regarding moral injury by deprivation of the right to decide, the theory of appropriate causality allows imputing it objectively to the omission of informed consent, since the health professional can foresee that the conduct of omission will deprive the patient of the possibility of adopting an informed decision and, consequently, causes a moral injury due to breaching the patient's right to autonomy, regardless of the hypothetical decision adopted by the patient had consent been duly requested.

21. The health professional must adjust his or her intervention to the requirements of the *lex artis ad hoc*, which includes the duty to obtain the patient's informed consent. Doctors are generally subject to an obligation of means in the realization of their activity. This duty does not consist in healing the patient or achieving the aesthetic or functional result pursued by the client, but rather implies that the doctor's actions comply with the *lex artis ad hoc*. However, there are two exceptional cases in which healthcare professionals must fulfil an obligation regarding the patient or client: when the doctor expressly guarantees the success of the intervention or treatment; and when the commitment consists in delivering a physical item (a medical report, the result of an analysis, etc.).

22. By application of the doctrine of evidence facilitation, professionals and health centres are responsible for the *onus probandi* of information delivery and the request of the patient's informed consent.

23. In the Spanish legal system, the limitation period for civil liability action ranges from five years prescribed for contractual liability actions (article 1964.2 of the CC) to one year for non-contractual civil liability claims (article 1968.2 of the CC) or for invoking the Civil service's state liability (article 67.1 of the LPALAP). The prescribed period starts from the moment the victim learns about the damage and that the action can be exercised (*actio nata*), which occurs, in the case of omission of informed consent, when the final extent of the consequences has been determined (if the action is taken to demand liability for personal damage arising from medical action) or when the

patient is aware that the intervention or treatment has been carried out against his or her will, or concealing certain information about the risks and alternatives of the proposed procedure (if the patient claims compensation for moral injury due to the breach to his or her right to decide).

24. In the event of omission of informed consent, contractual liability requires the existence of a prior signed medical services contract between the doctor and patient. The subjective imputation of damages to the agent requires demonstrating not only the agent's fault, but also the predictability of the damages caused; this *ex ante* judgment must refer to the moment immediately before the harmful conduct. Consequently, the damage caused to a patient's autonomy by depriving him or her of the right to take an informed decision is imputable to a health professional when he or she omits the patient's informed consent. Conversely, the subjective imputation of bodily harm deriving from a diligently performed intervention or treatment must be excluded, as it does not constitute foreseeable consequences of the omission of the patient's informed consent.

25. With regard to the extent of compensable damage based on the contract, if the debtor deliberately breaches the contract (in this case, by omitting the patient's informed consent), he or she must be liable for all damages caused materially by the non-compliant conduct, and objectively attributable to it (article 1107.2 of the CC). If, on the other hand, the debtor is in good faith, he or she should only be liable for damages caused by his or her non-compliant conduct which, in addition to being objectively attributable to the omission of informed consent, must have been foreseeable at the time the obligation was constituted (article 1107.1 of the CC). Furthermore, when the breach of contract is described as negligent, article 1103 of the CC gives the judge discretionary authority to moderate the amount of compensation for reasons of equity.

26. The system of extracontractual civil liability of article 1902 of the CC is applicable to cases of omission of informed consent when the doctor and patient have not signed any medical services contract, which occurs in situations of emergency and when the parties to the agreement are the patient and the health facility where assistance is provided. In extracontractual cases, the application of the predictability judgment of article 1107.1 of the CC must be rejected, since otherwise this would lead to the absurd conclusion of having to refer such a judgment to the instant the agent (in our hypothesis, the health professional) is born, corresponding to the moment the general obligation to not harm anyone in article 1902 of the CC starts to apply. Conversely, even though our most authoritative doctrine is divided in this respect, the jurispru-

dence allows the application of article 1103 of the CC in extracontractual cases, which gives the judge a moderating authority to determine the amount of the indemnity.

27. The health centre may be held vicariously liable of article 1903.4 of the CC when the patient has not signed a medical services contract, neither with the centre itself nor with the healthcare professional attending the patient. For this liability to be raised, based on that of article 1902 of the CC, the employee who directly causes the damage must be acting in the sphere of dependence and subordination of the employer and act in the exercise of the powers entrusted to him or her in accordance with the organizational structure of the company. The employer's vicarious liability may be demanded directly from the latter. It is independent from any employee liability due to own acts (although, if both are raised, the employer and employees are jointly liable) and is subjective by nature, although the employer's burden of proof of guilt (*in eligendo or in vigilando*) is inverted. Once compensation is paid to the victim, Article 1904.1 of the CC entitles the employer to seek reimbursement of the amounts paid from the employee.

28. Most case law applies the «doctrine of the unit of civil fault» (also called «unitary judicial protection of civil fault») as a mechanism that allows the judge, in cases of juxtaposition of responsibilities (contractual and extracontractual) and as a manifestation of the principles *iura novit curia* and *da mihi factum, dabo tibi ius*, to select the rule applicable to the case, even if this means altering the legal basis adduced by the plaintiff in the lawsuit. Such a possibility is limited to cases where the change of legal basis leads to defendant defencelessness.

29. Finally, when omission of the patient's informed consent takes place in the sphere of public healthcare, the patient may take appropriate action to claim the civil service's state liability for the abnormal operation of public services. For successful prosecution, the claimed damage must be effective, financially measurable, individualized in relation to a person or a group of persons and unlawful. Unlawfulness is excluded when damage results from so-called «development risks» or «risks of progress» materializing and when the public service adjusted its behaviour to required conduct standards, *id est*, when the damage occurs as a result of the normal functioning of public services (thus discarding the objective nature of the civil service's liability). In this latter hypothesis, it is very difficult to prove the causal link between the harmful result and civil service action.

30. The civil service's state liability is direct and exclusive: the individual acts against the civil service, and cannot act directly (neither exclusively

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

nor together with the corresponding civil service) against the specific agent whose action or omission is a material cause of the damage, unless his or her conduct constitutes a criminal offence. After compensating the harmed person, the civil service must seek reimbursement *ex officio* from the material causer of the damage when the latter has committed fraud or gross negligence or negligence, although administrative law does not require equivalence between the amount paid by the civil service and the amount reimbursed by the civil service employee.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira , Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Agón López, Juan Guillermo, *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- Aguirre Gas, Héctor Gerardo, «Ética médica, consentimiento informado», *CONAMED*, vol. 7, n.º 3, 2002, pp. 65-69.
- Albi Nuevo, Julio, «La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 259-273.
- Alcalá Nogueras, Antonio, «La responsabilidad civil extracontractual. Características y presupuestos generales», en AA. VV., *Conceptos básicos de Derecho civil*, 3.ª ed., Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y Moreno-Torres Herrera, María Luisa (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 419-428.
- Alonso Pérez, Mariano, «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la «lex artis»)», en AA. VV., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 13-53.
- Alventosa del Río, Josefina, «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Cabanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 173-205.
- Andreu Ten a, Eduardo *et al.*, «Estudio jurisprudencial en Medicina satisfactiva», *Revista española de Medicina legal*, vol. 39, n.º 4, 2013, pp. 162-167.
- Aparisi Miralles, Ángela, «Bioética, Bioderecho y Biojurídica (reflexiones desde la filosofía del derecho)», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 24, 2007, pp. 63-84.
- Ara Callizo , José Ramón, Voz «No Maleficencia, Principio de», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 1176-1178.

- Arango Restrepo, Pablo, «La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI», *Médicas UIS*, vol. 25, n.º 1, 2012, pp. 63-69.
- Arbesú González, Vanesa, *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2016.
- Arcos Vieira, María Luisa, *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- «Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un «derecho a no saber» aplicado a la información clínica», en AA. VV., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Arcos Vieira, María Luisa (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 23-71.
- Arenas Alegría, Cristina, «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de la administración. Especialidades en la medicina satisfactiva y su relación con la garantía del resultado», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 127-140.
- Arruego Rodríguez, Gonzalo, «Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español», *DS: Derecho y Salud*, vol. 15, n.º 1, 2007, pp. 117-136.
- «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 82, 2008, pp. 53-82.
- Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, «El consentimiento informado en la práctica médica», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 79, 2012, pp. 745-754.
- Asensi Pallarés, Eduardo y Cid-Luna Clares, Íñigo, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 228-239.
- Asúa González, Clara Isabel, «Responsabilidad Sanitaria», en Díaz Alabart, Silvia y Asúa González, Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 177-298.
- *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 147-161.
- «Responsabilidad civil médica», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustos Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 331-438.
- Ataz López, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985.

- Atela Bilbao, Alfonso, «Consentimiento informado y lex artis ad hoc: casuística en Bizkaia», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 161-176.
- Atienza Rodríguez, Manuel, «Juridificar la bioética», en AA. VV., *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D. F., 1999, pp. 64-91.
- Badosa Coll, Ferrán, «Comentario al artículo 1.103 del Código civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, tomo II (art. 1088-1258), Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, pp. 38-40.
- Bajo Fernández, Miguel, «Testigo de Jehová y transfusión de sangre», *JANO*, vol. 48, n.º 1114, 1995, pp. 635-639.
- «Disponibilidad de la propia vida», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Jorge Barreiro, Agustín (coord.), Civitas, Madrid, 2005, pp. 1129-1143.
- Barahona Migueláñez, María y González García, María Concepción, «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-69.
- Barceló Doménech, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Barrera, Jorge, «Teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Derecho*, n.º 12, Año VI (2007), pp. 7-23.
- Barrio Cantalejo, Inés María *et al.*, «Adaptación transcultural y validación del Picker Patient Experience Questionnaire-15 para su uso en población española», *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 24, n.º 5, 2009, pp. 192-206.
- Barrio Cantalejo, Inés María y Simón Lorda, Pablo, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 80, n.º 4, 2006, pp. 303-315.
- Bastida Freijedo, Francisco José, «El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 16, 2011, pp. 161-234.
- Bastos Telles Nunes, Lydia Neves, «O incapaz e o consentimiento informado», *Revista Sequência*, n.º 55, 2007, pp. 287-302.
- Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013.
- Beecher, Henry K., «Ethics and Clinical Research», *The New England Journal of Medicine*, n.º 274, 1966, pp. 1354-1360.
- Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

- Bello Janeiro, Domingo, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- *La responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 2015.
- Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos, «Respuestas judiciales ante el consentimiento informado», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 335-363.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n.º 2, 2002, pp. 1985-1987.
- Berg, Jessica W. et al., *Informed consent: legal theory and clinical practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.
- Berro Rovira, Guido, «La relación médico-paciente (RMP) y su Actual Encuadre Legal», *Revista Biomedicina*, 2009, pp. 16-23.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 0, 2004, pp. 227-298.
- «El valor de la autonomía del paciente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de los derechos y deberes de los pacientes», en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 69-142, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2252/8.pdf> (última consulta el 10.1.2018).
- *Regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento informado en el aborto*, tesis doctoral dirigida por de Vega García, Pedro et al., Madrid, 2013.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel y Abellán Salort, José Carlos, *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Biblioteca Clásica de Gredos, *Tratados Hipocráticos*, vol. I (63), Editorial Gredos, Madrid, 1983.
- Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, «El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva», en AA. VV., *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 175-198.
- *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- «El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 2, 2014, ed. digital.
- Blas Orbán, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2003.
- *El equilibrio en la relación médico-paciente*, Bosch, Barcelona, 2006.
- Blasco Igual, María Clara, «El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 35, 2015, pp. 32-42.
- Boladeras Cucurella, Margarita, Voz «Autonomía, Principio de», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 107-113.
- Bra vo Escudero, Enrique, *El médico coordinador de urgencias y emergencias, su naturaleza jurídica, régimen de responsabilidad y aspectos bioéticos*, tesis doctoral dirigida por Gómez Jiménez, Francisco Javier *et al.*, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2010, disponible en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/5530/1/1873151X.pdf>.
- Burza co Samper, María, «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y estándares generales del servicio: perspectiva jurisprudencial», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 141-156.
- Busto Lago, José Manuel, «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 1937-2140.
- Bustos Pueche, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- Brandt, Allan M., «Racism and research: the case of the Tuskegee Syphilis Study», *The Hasting Center Report*, vol. 8 (6), 1978, pp. 21-29.
- Cabanillas Sánchez, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- Cadenas Osuna, Davinia, «El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el *common law*: una visión panorámica», *InDret*, n.º 4, 2016, pp. 1-42.
- «El contrato de servicios médicos: el consentimiento informado en el «draft common frame of reference»», en AA. VV., *Derecho de contratos: Nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Hornero Méndez, César *et al.* (dirs.), Aranzadi, 2017, pp. 207-229.
- «La causalidad hipotética: estudio comparado y propuesta de interpretación según los textos de soft law europeo», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 44, 2017, pp. 183-205.

- «La interrupción del tratamiento vital en pacientes incapaces en el ordenamiento jurídico francés. Estudio de la cuestión a la luz del caso Lambert», *Eidon*, n.º 48, 2017, pp. 51-69.
- Calvo Sánchez, María Dolores, «Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 341-434.
- Cambrón Infante, Ascensión, «Bioética y Derecho: normar los cuerpos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, 1997, pp. 181-198.
- Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Cárceles-Guardia, Francisco, «Derechos y deberes del paciente, 1984-2004», *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 20, n.º 6, 2005, pp. 295-301.
- Carrasco Perera, Ángel, «Comentario al artículo 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. I, Albaladejo García, Manuel (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, ed. digital.
- Carro González, Francisco Javier, *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, tesis doctoral dirigida por Bello Janeiro, Domingo, Universidade da Coruña, 2013, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11799> (última consulta el 10.1.2018).
- Casado González, María, «La bioética como soporte al derecho para regular la biotecnología», *Revista catalana de dret públic*, n.º 36, 2008, pp. 55-77.
- Castañeda Restrepo, María Patricia, Voz «Consentimiento (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 449-462.
- Castellano Arroyo, María y de Ángel Yagüez, Ricardo, «Medical responsibility and liability in Spain», en AA. VV., *Malpractice and medical liability. European State of the Art Guidelines*, Ferrara, Santo Davide et al. (ed.), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, ed. digital, 2013, pp. 161-188.
- Castelletta, Angelo, *Responsabilité médicale. Droits des malades*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2004.
- Civeira Murillo, Emilia, «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Clínica», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Consentimiento por representación*, n.º 22, Corco y Bidasolo, Mirentxu (coord. editorial), Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, pp. 12-35.
- CNN, «Clinton apologizes to Tuskegee experiment victims», 16 de mayo de 1997, <http://edition.cnn.com/ALLPOLITICS/1997/05/16/tuskegee.apology/> (última consulta el 10.1.2018).
- Comisión de Bioética de Castilla y León, *Guía de consentimiento informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado> (última consulta el 10.1.2018).

- *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad> (última consulta el 10.1.2018).
- *Recomendaciones para el empleo de hemoderivados en pacientes testigos de Jehová*, Junta de Castilla y León, 2010, file:///C:/Users/Usuario/D wnloads/Guia%20hemoderivados.pdf (última consulta el 10.1.2018).
- Comitè de Bioètica de Catalunya, *Recomendaciones del Comitè de Bioètica de Catalunya ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, Comité de Bioética de Catalunya, 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbcrechazotr.pdf> (última consulta el 10.1.2018).
- Comité de Bioética y Derecho Sanitario (CBYDS) de ASISA-LAVINIA, *El consentimiento informado*, Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA, 2010.
- Comité de Ética de la SECPAL, «Consentimiento informado en cuidados paliativos: documento aprobado por el Comité Directivo de la SECPAL en Madrid, el 15 de febrero del 2002», *Cuadernos de Bioética*, vol. 17, n.º 59, 2006, pp. 95-106.
- Cooke, John, *Law of Tort*, 9.ª ed., Pearson Longman, Harlow, 2009.
- Corbella i Duch, Josep, *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*, Atelier, Barcelona, 2008.
- Corbella Santoñ a, Sergi y Botella García del Cid, Luis, «La alianza terapéutica: historia, investigación y evaluación», *Anales de Psicología*, vol. 19, n.º 2, 2003, 205-221.
- Corco y Bidasolo , Mirentxu, Voz «Lex artis (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Romeo Casabon a, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 1040-1046.
- Corchete Martín , María José, «El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 57-96.
- Crespo Mora, María del Carmen, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *InDret*, n.º 2, 2013, pp. 1-45.
- Crisci, Antonello, «Tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno , Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 57-61.
- Cueto Pérez, Miriam, *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Curbelo Pérez, David, «El consentimiento informado en el menor de edad. revisión a la luz de la nueva normativa», *Canarias Pediátrica*, vol. 27, n.º 3, 2003, pp. 339-344.

- Chueca Rodríguez, Ricardo, «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *DS: Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, pp. 1-14.
- De Abajo Iglesias, Francisco José, «La Declaración de Helsinki VI: una revisión necesaria, pero ¿suficiente?», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 75, n.º 5, 2001, pp. 407-420.
- De Ángel Yagüez, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.
- «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: Jurisdicción competente (contraste –¿o coincidencia?– entre «conceptos» e «intereses»)», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Echano Basaldua, Juan Ignacio (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 643-663.
- «El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 3, 2003, pp. 5-30.
- «El «resultado» en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?», en AA. VV., *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 419-468.
- «El complejo régimen de responsabilidad por asistencia sanitaria», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 185-211.
- «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación.º El daño», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 329-412.
- «Comentario al artículo 1.107 del Código civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, tomo II (Art. 1088-1258), Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, pp. 53-62.
- De Castro y Bravo, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- De Cossío y Corral, Alfonso, «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, Fascículo III, 1966, pp. 527-554.
- De Cuevillas Matozzi, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- De la Maza Gazmuri, Íñigo, «Consentimiento informado y relación de causalidad», *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado VI. Responsabilidad Médica, 2010, pp. 127-143.
- De la Torre Díaz, Javier, «La recuperación del paternalismo en la relación médico-paciente», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen , Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 85-102.
- De Lama Aymá, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- De las Heras García, Manuel Ángel, *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2005.
- De Lora, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar: Quaderns de filosofia*, n.º 40/41, 2008, pp. 123-140.
- De Mont al vo Jääskeläinen , Federico, *Muerte digna y constitución: los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009
- «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 289-305.
- De Mont al vo Jääskeläinen , Federico *et al.*, *La Medicina ante el Derecho. Problemas del lenguaje y de riesgo profesional*, Dykinson, Madrid, 2013.
- De Verda y Beamonte, José Ramón, «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 36, 2015, ed. digital.
- Del Río Sánchez , Carmen, «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n.º extra 100, septiembre-diciembre de 2010, pp. 60-67.
- Demogue, René, *Traité des obligations en général, I*, tomo 5, Rosseau, París, 1925.
- Department of Health , *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2ª ed., 2009, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pd (última consulta el 10.1.2018).
- Díaz Alabart , Silvia, «Comentario al artículo 1.103 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. I, Albaladejo García, Manuel (dir.), Editoriales de Derecho Reunidas, ed. digital.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria», *InDret*, n.º 1, 2004, pp. 1-27.
- *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.
- Díez García, Helena, «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Berco vitz Rodríguez-C ano , Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital, pp. 422-445.

- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de daños*, 1.^a ed. (reimpresión), Civitas, Madrid, 2000.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Navarra, 2011.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, tomo II, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- Díez Rodríguez, José Ramón, «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, n.º 11, 2012, pp. 183-221.
- Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2007.
- Dópico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado «por representación»», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Consentimiento por representación*, n.º 22, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, pp. 37-101.
- Drane, James F., «Competency to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments», *Journal of the American Medical Association*, vol. 252, 1984, pp. 925-927.
- «The Many Faces of Competency», *The Hastings Center Report*, vol. 15, n.º 2, 1985, pp. 17-21.
- Edozien, Leroy C., «UK law on consent finally embraces the prudent patient standard. But it will take much more to change clinical practice», *BMJ*, 350, 28 de mayo de 2015, pp. 1-2.
- Elizari Urt asun, Leyre, «Las personas mayores y con discapacidad intelectual ante el rechazo de tratamientos médicos. Especial mención a los usuarios de centros residenciales», en AA. VV., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Arcos Vieira, María Luisa (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 155-203.
- Engisch, Karl, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931.
- Faden, Ruth R. y Beauchamp, Tom L., *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, Nueva York, 1986.
- Faden, Ruth R. y Faden, Alan, «False belief and the refusal of medical treatment», *Journal of medical ethics*, n.º 3 (3), 1977, pp. 133-136.
- Faure, Michael (edit.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 2.^a ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2009.
- Fernández Bermejo, Mariano, «Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (y II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año IV, n.º 133, 1994, pp. 1-4.
- Fernández Costales, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.

- «El deber de información en el contrato médico», en AA. VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Bueres, Alberto José y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 917-921.
- Fernández Crende, Antonio, «Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación.º Comentario a la STS, 2.ª, 26.9.2005», *InDret*, n.º 1, 2006, pp. 1-9.
- Fernández de Buján, Federico, «La protección a la vida. Encrucijada entre la medicina y el derecho», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 49-65.
- Fernández Guillén, Francisca, «Nosotras parimos, ¿nosotras decidimos? El consentimiento de la mujer y otros aspectos legales de la atención materno infantil», *Medicina Naturista*, n.º 10, 2006, pp. 507-516.
- Fernández Hierro, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, 5.ª ed., Comares, Granada, 2007.
- Fernández Martínez, Silvia *et al.*, *Responsabilidad profesional del fisioterapeuta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.
- Fernández Muñoz, Mónica Lucía, «La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n.º 1, 2003, pp. 230-249.
- Fernández Pantoja, Pilar, «El consentimiento informado: prestación por representación y relevancia jurídico-penal», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 197-224.
- Fernández Zapata, Francisca Isabel, «El consentimiento informado en la Ley Básica 41/2002 y su valoración en la jurisprudencia civil», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º 35, 2004, pp. 11-40.
- Friesen, Phoebe *et al.*, «Rethinking the Belmont Report?», *The American Journal of Bioethics*, vol. 17, n.º 7, 2017, pp. 15-21.
- Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997.
- «Consentimiento informado: situación actual», en AA. VV., *La implantación de los derechos del paciente*, León Sanz, Pilar (edit.), Eunsa, Barañáin, 2004, pp. 181-189.
- «1922 Sentencia de 21 de octubre de 2005: Responsabilidad médica. Medicina voluntaria. Doctrina de la imputación objetiva. Consentimiento informado en cirugía estética. Incumplimiento del deber de información: daño y nexos causal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 72, 2006, pp. 1435-1450.
- «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 47, 2009, pp. 9-43.

- «Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria: Daño desproporcionado, aplicación de la normativa de consumo, consentimiento informado y responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 613-638.
- *Responsabilidad civil médica*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Gallardo Castillo, María Jesús, «Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 75, 2009, pp. 95-137.
- Gallego Domínguez, Ignacio, «1952 Sentencia de 23 de febrero de 2006: Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por hechos ajenos. Responsabilidad de empresarios por la actuación de sus dependientes», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 73, 2007, pp. 265-280.
- Gara y, Alain, *Gestión jurídica del riesgo (Medical risk legal management)*, CTO Medicina, Madrid, 2013.
- García Amado, Juan Antonio, «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastantes subjetivas», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 65-142.
- García Garnica, María del Carmen, «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 23, 2003, pp. 143-179.
- *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en AA. VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.^a ed., Orti Vallejo, Antonio y García Garnica, María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 325-429.
- García-Ripoll Montijano, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.
- García Rubio, María Paz, «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica», en AA. VV., *Estudio de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, Eugenio (coord.), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 801-827.
- «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, Gete-Alonso Calera, M.^a del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 595-631.
- Garriga Gorina, Margarita, «Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1.^a, 7.6.2002», *InDret*, n.º 3, 2003, pp. 1-14.

- Garside, John Paul, *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006.
- Gascón Abellán, Marina y Medina Alcoz, Luis, «¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 6, 2009, pp. 191-202.
- Gert, Bernard y Culver, Charles M., «The justification of paternalism», *Ethics*, vol. 89, n.º 2, 1979, pp. 199-210.
- Gil Ibáñez, José Luis, «Evolución normativa y doctrinal de la responsabilidad patrimonial. Las grandes cuestiones», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro, Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 69-102.
- Gil Membrado, Cristina, *La responsabilidad civil por implante mamario: Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 1966.
- «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, n.º 3, 1994, pp. 5-60.
- «La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 53, n.º 1, 2000, pp. 29-132.
- Gitrama González, Manuel, «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho Público y Privado. Ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 325-373.
- «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 30, n.º 2, 1977, pp. 273-335.
- Gómez Calle, Esther, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, n.º 4, 1998, pp. 1693-1768.
- «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en AA. VV., *Política y derecho: retos para el siglo XXI*, Guzmán Mendoza, Carlos Enrique e Insignares Cera, Silvana (edits.), Ediciones Uninorte, Barranquilla, 2010, disponible en <https://www.uninorte.edu.co/documents/72553/aca48249-dd65-4200-b3b3-a906a025eb0e> (última consulta el 10.1.2018), pp. 69-86.
- Gómez Martínez, María Eugenia y Simón Lorda, Pablo (coords.), *Recomendaciones para la elaboración de protocolos de atención sanitaria a personas que rechazan la terapia con sangre o hemoderivados*, Consejería de Salud, Junta de Andalucía, 2011.
- Gómez Pomar, Fernando, «Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.ª, 19.6.2003», *InDret*, n.º 1, 2004, pp. 1-9.
- Gómez Sánchez, Yolanda, Voz «Derecho a no saber (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 593-600.

- González Carrasco, M.^a Carmen, «Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? Una buena sentencia sobre responsabilidad médica: STS (Sala 1.^a, Sección 1.^a) núm. 240/2016, de 12 de abril (RJ 2016\1334)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 17, 2016, pp. 264-269.
- «Sentencia 8 septiembre 2015. La infracción del deber de información asistencial genera responsabilidad médica por traslado de los riesgos al facultativo aunque la causa del fracaso del tratamiento se deba a otras patologías del paciente», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 101, 2016, ed. digital.
- González Hernández, María Encarnación y Castellano Arro yo, María, «El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual», *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 38, n.º 3, 2012, pp. 100-106.
- González Hernández, Rut, «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º XLVI, 2013, pp. 203-214.
- González Morán, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.
- «¿Crisis de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas sanitarias?, en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 157-171.
- «La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 653-668.
- Goñi Rodríguez de Almeida, María, «Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 750, pp. 2342-2364.
- Gra cia Guillén, Diego, «¿Privilegio terapéutico o excepción terapéutica?», en AA. VV., *La Bioética en la encrucijada*, Sarabia y Álvarez de los Reyes López, Manuel (edits.), Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 1997, pp. 111-115.
- *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*, Triacastela, Madrid, 2004.
- *Fundamentos de bioética*, 3.^a ed., Triacastela, Madrid, 2008.
- *Procedimientos de decisión en ética clínica*, 3.^a ed., Triacastela, Madrid, 2008.
- Gra cia Guillén, Diego et al., «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén, Diego y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier (edits.), Triacastela, Madrid, 2004, pp. 127-160.
- Grisetti, Ricardo Alberto, «Nuevas perspectivas de la relación de causalidad. Los criterios de imputación objetiva. Su aplicabilidad en la responsabilidad médica», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 13, n.º 7, 2011, pp. 28-46.

- Grup d'Opinió de l'Observatori de Bioètica i Dret, *Document sobre el rebuig dels testimonis de Jehovà a les transfusions de sang*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2005, <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/07900.pdf> (última consulta el 10.1.2018).
- Guerrero Zaplana, José, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro, Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 169-188.
- *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, 5.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006.
- «Responsabilidad y consentimiento informado», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 145-172.
- Guillem Tatay, David, «El consentimiento informado en la legislación y la jurisprudencia española: actualidad, problemática y propuestas de aclaración», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º 64, 2017, pp. 5-15.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1985.
- Hawkins, Susan D., «Protecting the rights and interests of competent minors in litigated medical treatment disputes», *Fordham Law Review*, vol. 64, n.º 4, artículo 35, 1996, pp. 2075-2132.
- Helena Barboza, Heloisa, Voz «Capacidad (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 322-331.
- Hellemeyer, Andrea y Díaz Amado, Eduardo, «Entre ética y derecho: tensiones en el campo biomédico a propósito del respeto de la autonomía», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 63-74.
- Heller, Jean, «Syphilis victims in the U. S. study went untreated for 40 years», *New York Times*, 26 de julio de 1972, pp. 1-8.
- Hernández Ramos, Mario, «El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulás, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 1-10.
- Herrera Campos, Ramón, «Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 487-522.

- Infante Ruiz, Francisco José, «Causa del daño e imputación objetiva. Responsabilidad ex art. 1903.4 e imputación subjetiva. Indemnización en forma de renta. Comentario a la Sentencia del TS de 3 de julio 1998 (RJ 1998, 5411)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 2, 1999, pp. 269-277.
- *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Jenkinson , Crispin *et al.*, «The Picker Patient Experience Questionnaire: development and validation using data from in-patient surveys in five countries», *International Journal for Quality in Health Care*, vol. 14, n.º 5, 2002, pp. 353-358.
- Jordano Fra ga, Francisco, «La capacidad general del menor», *Revista de Derecho Privado*, tomo LXVIII, 1984, pp. 883-904.
- «Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n.º 1, 1991, pp. 5-96.
- Juanes Peces, Ángel, «El deber médico de información como fuente de responsabilidad», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 94, n.º 3, 1995, pp. 705-720.
- Junquera de Estéfani , Rafael, «El Derecho y la Bioética», *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, n.º 32, 2004, pp. 119-138.
- Kant , Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Martínez de Velasco, Luis (ed.), Espasa, Madrid, 1999.
- Katz, Jay, *El médico y el paciente: su mundo silencioso*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1989.
- *The silent world of doctor and patient*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2002.
- Khan , Malcolm y Robson , Michelle, *Clinical negligence*, 2ª ed., Taylor & Francis Ltd, Londres, 2002.
- Komrad , Mark S., «En defensa del paternalismo médico: potenciar al máximo la autonomía de los pacientes», *Ars Medica. Revista de Humanidades*, vol. 1, n.º 2, 2002, pp. 151-165.
- Laba ca Zabala, María Lourdes, «El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, a propósito de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, vol. 4, 2006, pp. 1-30.
- Lacruz Berdejo , José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría general del contrato*, 5.ª ed. (revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Francisco), Dykinson, Madrid, 2011.
- Laín Entralgo , Pedro, *La relación médico-enfermo: historia y teoría*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- *El médico y el enfermo*, 2.ª ed., Triacastela, Madrid 2003.
- Larena Beldarrain , Javier, «La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la*

- Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 213-222.
- «El proceso por responsabilidad civil médica: consideración en materia probatoria», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 305-321.
- Lewis, Charles J., *Clinical negligence. A practical guide*, 6.^a ed., Tottel publishing, Haywards Heath, 2006.
- Lobato Gómez, Jesús Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n.º 2, 1992, pp. 651-734.
- Locke, John, *Concerning civil government, Second essay*, Infomotions, Inc., ed. digital, 2000.
- López Carmona, Virginia, «Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva», vol. 23, n.º Extra 1, 2013, pp. 178-188.
- López-Chaparral, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007.
- López Guzmán, José, «Antecedentes históricos y contexto de la Ley 41/2002», en AA. VV., *La implantación de los derechos del paciente*, León Sanz, Pilar (edit.), Eunsa, Barañáin, 2004, pp. 19-41.
- López y García de la Serrana, Javier, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Ponencias XI Congreso Nacional (Córdoba, Mayo 2011), sobre responsabilidad civil en general*, López y García de la Serrana, Javier y Cid Luque, Andrés (coords.), Sepin, Madrid, 2011, pp. 327-380.
- López y López, Ángel Manuel, «Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y *mutatio libelli*. Sustantividad y autonomía de una supuesta *actio doli*», *Diario La Ley*, n.º 8132, 2013.
- López y López, Ángel Manuel y Valpuestra Fernández, Rosario (edits.), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- López Valverde, Marta, *La responsabilidad civil médica y el Tribunal Supremo. Diez años de evolución de la jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2017.
- Lorenzo y Montero, Ricardo y Sánchez Caro, Javier, «Consentimiento informado», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Juane Sánchez, Miguel (coord.), Universidad da Coruña, 1999, pp. 209-274.
- Lowe, Nigel y Douglas, Gillian, *Bromley's Family Law*, 11^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

- Luna Yerga, Álvaro, «Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario a la STS, 1.^a, 8.5.2003. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz», *InDret*, n.º 4, 2003, pp. 1-4.
- «Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1.^a, 29.11.2002. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, *InDret*, n.º 2, 2003, pp. 1-14.
- *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.
- «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, n.º 2, 2005, pp. 1-18.
- Luzón Peña, Diego Manuel, Voz «Causalidad», en AA. VV., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I. Civitas, Madrid, 1995, pp. 976-981.
- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital.
- Llamas Pombo, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 2, Herrera Campos, Ramón (coord.), Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 913-929.
- «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en AA. VV., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 297-319.
- «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 110/111, 2012, pp. 4-5.
- «Doctrina general de la culpa médica», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 17-55.
- Lledó Benito, Ignacio, «La explicación práctica de un consentimiento informado en la actuación del facultativo en el acto médico quirúrgico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 273-301.
- Lledó Yagüe, Francisco, «Prólogo motivado: el estado de la cuestión. La responsabilidad en el acto médico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 17-20.
- «Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del «cirujano» en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 21-32.

- Llubià, Clara, «Consentimiento por representación: reflexiones sobre las posibilidades de mejora», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Consentimiento por representación*, n.º 22, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 111-113.
- Maclean, Alasdair Rhuairidh, *A critical examination of R v Collins and the pregnant woman's right to refuse treatment*, Durham theses, Durham University, 1999. Disponible en Durham E-Theses Online: <http://etheses.dur.ac.uk/4597/> (última consulta el 10.1.2018).
- Mancuso, Francesco, «¿Interrupción del tratamiento o eutanasia? El caso Englaro», en AA. VV., *Casos de Bioética y Derecho*, Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 93-99.
- Marín Castán, Francisco, *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código civil*, O'Callaghan Muñoz, Xavier (coord.), La Ley, Madrid, 2012.
- Marín Gámez, José Ángel, «La negativa de los representantes del menor o incapaz a practicar transfusiones de sangre. Una perspectiva jurisprudencial», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo, María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 540-579.
- Marín Palma, Enrique, «El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Montalvo Jääskeläinen, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 669-682.
- Marín Velarde, Asunción, «Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 53-66.
- Martín Bernál, José Manuel, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
- Martín Casals, Miquel, «Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil»», *InDret*, n.º 2, 2005, pp. 1-25.
- Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, «Defectos que dañan.º Daños causados por productos defectuosos», *InDret*, n.º 1, 2000, pp. 1-10.
- «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *InDret*, n.º 3, 2001, pp. 1-16.
- «Comentario a la STS de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7519)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 65, 2004, pp. 787-804.
- «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1.ª, 18.12.2003», *InDret*, n.º 2, 2004, pp. 1-12.
- Martín León, Antonio, «Lex artis y protocolos médicos», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 463-486.

- Martín Sánchez, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002.
- Martín Tejedor, Juan Antonio, «La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica», en AA. VV., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Juane Sánchez, Miguel (coord.), Universidad da Coruña, 1999, pp. 695-710.
- Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (dir.), *Derecho Médico, Volumen I, Derecho médico general y especial*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Martínez de Aguirre, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n.º 4, 1992, pp. 1391-1498.
- Martínez Gallego, Eva María, «Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulas, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 25-48.
- «Análisis jurídico del consentimiento informado», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 97-206.
- Martínez Otero, Juan María, «Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 77, 2012, pp. 151-168.
- Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, «Responsabilidad civil de los profesionales», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1025-1107.
- «La responsabilidad de la Administración Pública por los daños derivados de acto ilícito. Leyes 30/1992, de 26 de noviembre y 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. Indemnización a las víctimas del terrorismo. Ayuda a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 2.ª ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 973-999.
- Martínez Rodríguez, Nieves, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en AA. VV., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Llamas Pombo, Eugenio (dir.), pp. 207-249.
- Medina Alcoz, Luis, «La teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 16, 2011, pp. 97-112.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades»,

- Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, 2009, pp. 31-74.
- Medrano Aranguren , Adelaida, «El consentimiento informado, la medicina satisfactiva y la curativa», *CEFLEGAL: Revista Práctica de Derecho*, n.º 196, 2017, pp. 109-118.
- Mendes de Carvalho , Gisele, Voz «Rechazo de tratamiento (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 1364-1372.
- Mesa Sánchez de Capuchino , Ángela, «Responsabilidad médica. Exigencias del consentimiento informado en la medicina voluntaria. Consentimiento defectuoso, casuística. Dolo desproporcionado», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 131, 2017, laleydigital360 (La Ley 3731/2017), pp. 1-6.
- Mill, John Stuart, *On liberty*, Infomotions Inc., ed. digital, 2000.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- Mir Puigpelat , Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 98, n.º 4, 1999, pp. 49-90.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración.º Hacia un nuevo sistema*, IBdeF, Buenos Aires, 2012.
- Montalvo Rebuelt , Pablo, «Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 196-208.
- Montañés Castillo , Lourdes Yolanda, «Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo , María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 437-492.
- Montealegre Lynett , Eduardo, «La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado», *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, n.º 2/3, 1987, pp. 259-311.
- Monterroso Casado , Esther, «La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño», *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 17, 2006, pp. 9-22.
- Moreno Antón , María, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, n.º 15, Díaz Maroto , Julio y Rodríguez Guitián , Alma María (edits.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 95-123.

- Moreno Ariza, Javier, «Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 63, n.º 2093, 2009, pp. 2261-2293.
- Moreno Navarrete, Miguel Ángel, «La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 523-544.
- Morillas Cueva, Lorenzo, «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 81-120.
- Morreim, E. Haavi, «Medical research litigation and malpractice tort doctrines: Courts on a learning curve», *Houston Journal of Health, Law & Policy*, n.º 4, 2003, pp. 1-86.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- Moure González, Eugenio, «El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 7912, Sección Doctrina, Año XXXIII, Ref. D-297, ed. digital, pp. 1-13.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, ed. digital.
- Muñoz Jurado, Francisco Javier, *El consentimiento informado y la responsabilidad civil del profesional sanitario*, Aula Salud Siglo XXI, Las Palmas de Gran Canaria, 2003, ed. digital.
- Muñoz Machado, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación administrativa. Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, n.º 237-238, Martín Rebolledo, Luis (coord.), 1994, pp. 255-282.
- Murga Fernández, Juan Pablo, «El Consentimiento Informado del Paciente y la Responsabilidad Civil Médica», en AA. VV., *Bioética, neuroética, libertad y justicia*, López Frías, Francisco Javier et al. (edits.), Fundación ETNOR para la Ética de los Negocios y de las Organizaciones: Generalitat Valenciana, Conselleria de Cultura i Educació: Universitat de València, 2013, pp. 90-107.
- Murray, Stuart J. y Holmes, Dave (edits.), *Clinical interventions in the Ethics of healthcare. Challenging the principle of autonomy in Bioethics*, Routledge, Nueva York, 2016.
- Múrtula Lafuente, Virginia, «Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil», *InDret*, n.º 2, 2006, pp. 1-28.

- Narv áez Rodríguez, Antonio, «La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2009, pp. 79-87.
- Navarro Mendizábal, Íñigo Alfonso, «Consecuencias prácticas de los factores de atribución de la responsabilidad civil: obligaciones de actividad y de resultado y criterios objetivos de imputación», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher Biosca, Salomé y de Mont al vo Jääs - keläinen , Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 235-251.
- Navarro Michel, Mónica, «Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, n.º 3, 2003, pp. 1197-1230.
- Navia Arro yo, Felipe, «Consentimiento informado y responsabilidad civil médica», *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006, pp. 157-170.
- Nelson-Jones, Rodney y Burton , Frank, *Medical negligence case law*, 2ª ed., Butterworths, Londres, 1995.
- Newkirk, Krista L., «State-compelled fetal surgery: the viability test is not viable», *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 4, n.º 2, artículo 4, 1998, pp. 467-498, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1264&context=wmjowl> (última consulta el 10.1.2018).
- Nieto Alonso , Antonia, «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, García Rubio, M.ª Paz (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 613-638.
- O'Callaghan Muñoz, Xavier , *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- O'Shea , Tom, *The Essex Autonomy Project, Green Paper Report, Consent in History, Theory and Practice*, 2011, pp. 1-35.
- Oliv a Blázquez, Francisco, «Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI», *Teoría y Derecho*, n.º 2, 2007, pp. 138-158.
- «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en AA. VV., *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Carretero Espinosa de los Monteros, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, pp. 41-65.
- «Derecho a la vida», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, tomo II, Gete-Alonso y Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 711-775.
- «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, n.º 41, 2014, pp. 28-52.
- Ordellín Font , Jorge Luis, «¿Representación voluntaria de los derechos inherentes a la personalidad?: Consideraciones para un debate desde el ordenamiento jurídico cubano», *Universitas*, n.º 127, 2013, pp. 243-279.
- Orozco Pardo , Guillermo, «La aplicación del concepto «lex artis» al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica», en AA. VV., *El ejer-*

- cicio en grupo de profesiones liberales*, Moreno Quesada, Bernardo *et al.* (coords.), Universidad de Granada, Granada, 1993, pp. 511-561.
- Orti Vallejo , Antonio, «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en AA. VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.ª ed., Orti Vallejo , Antonio y García Garnica, María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 47-77.
- Osun a Carrillo de Albornoz, Eduardo Javier, «El consentimiento de los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea en la legislación española», *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, vol. 1, n.º 1, 1996, pp. 21-27.
- «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», *Cuadernos de Bioética*, vol. XVII, n.º 59, 2006, pp. 27-42.
- Palma-Aguirre, José Antonio *et al.*, «Los nazis, la norma ICH y los Comités de Ética», *Gaceta Médica de México*, vol. 139, n.º 4, 2003, pp. 415-422.
- Panes Corbelle, Luis Alberto, «Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 71-97.
- Pantaleón Prieto , Ángel Fernando, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, tesis doctoral dirigida por Díez-Picazo y Ponce de León , Luis, leída en la Universidad Autónoma de Madrid en 1981, inédita.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLIV, fascículo III, 1991, pp. 1019-1091.
- *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.
- «Comentario al artículo 1.902 del Código Civil», en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, ed. digital, pp. 1971-2003.
- Parada Vázquez , José Ramón, «Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Bello Janeiro , Domingo (dir.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 31-68.
- Parra Lucán , M.ª Ángeles, «Responsabilidad civil médico-sanitaria. Derecho a la protección de la salud. Daño moral. Relación de causalidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 24, 1990, pp. 861-872.

- «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n.º 1, 2003, pp. 1901-1930.
- «La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013, pp. 130-147.
- Parra Lucán, M.ª Ángeles y Arenas García, Rafael, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Ponencias del XV Encuentro del foro de Derecho aragonés*, 2005, pp. 77-143, disponible en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002863Voluntades%20anticipadas.pdf (última consulta el 10.1.2018).
- «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, tomo I, Gete-Alonso Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 579-641.
- Pattinson, Shaun D., *Medical Law and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014.
- Peabody, Francis W., «The care of the patient», *The Journal of the American Medical Association*, vol. 88, n.º 12, pp. 877-882.
- Pelayo González-Torre, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, Dykinson, Colección «Bartolomé de las Casas», Madrid, 1997.
- «La intervención del Derecho en la actuación sanitaria. El extraño caso del consentimiento informado», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2010, pp. 193-216.
- Pelayo Pardos, Santiago, Voz «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (jurídico)», en AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), Comares, Granada, 2011, pp. 1436-1450.
- Pérez del Blanco, Gilberto, «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Presupuestos y carga de la prueba», en AA. VV., *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 157-206.
- Pérez Vallejo, Ana María, «Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactiva», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 545-582.
- Pérez Velázquez, Juan Pablo, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.
- Pfeiffer, María Luisa, «Bioética y derechos humanos: una relación necesaria», *Revista Redbioética/UNESCO*, año 2, 2 (4), 2011, pp. 74-84.

- Plaza Penadés, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 7, Cizur Menor, 2002.
- «Comentario al artículo 1103 del Código civil», en AA. VV., *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 111-113.
- «Comentario al artículo 1107 del Código civil», en AA. VV., *Código civil comentado*, vol. III, 2.ª ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 137-144.
- Post, Linda Farber y Blustein, Jeffrey, *Handbook for health care ethics committees*, 2ª ed., Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2015.
- Potter, van Rensselaer, «Bioethics, the Science of Survival», *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 14, n.º 1, 1970, pp. 127-153.
- *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971.
- Prieto Molinero, Ramiro José, «Causalidad o imputación objetiva en la responsabilidad civil», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 16, n.º 6, 2014, pp. 5-33.
- Public Health Service (United States Department of Health, Education and Welfare), *Final Report of the Tuskegee Syphilis Study ad hoc Advisory Panel*, 1973.
- Pulido Quecedo, Manuel, «El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 1, 2001, pp. 1850-1852.
- Puppe, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción a cargo de García Cavero, Percy, Comares, Granada, 2001.
- Ramírez-Escudero de la Miyar, Rafael, «Responsabilidad civil de los seguros médicos privados: hacia una mayor corresponsabilidad», en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 67-76.
- Ramos González, Sonia, «Obligación de competencia y diligencia», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo II, Vaquer Aloy, Antoni *et al.*, (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1343-1349.
- «IV. C.-8:107: Excepciones a la obligación de información», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo II, Vaquer Aloy, Antoni *et al.*, (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1350-1358.
- «IV. C.-8:108: Obligación de no prestar el tratamiento sin obtener el consentimiento», en AA. VV., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo II, Vaquer Aloy, Antoni *et al.*, (coords.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1358-1365.

- Ravetlla t Ballesté, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2015, disponible en https://riUNET.upv.es/bitstream/handle/10251/48869/APROXIMACION%20HISTORICA%20A%20LA%20CONSTRUCCION%20SOCIOJURIDICA%20DE%20LA%20CATEGORIA%20INFANCIA_6171.pdf?sequence=1 (última consulta el 10.1.2018).
- «El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n.º 13, 2017, ed. digital.
- «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)», *InDret*, n.º 3, 2017, pp. 1-28.
- Reglero Campos, Luis Fernando, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 65-263.
- «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 1237-1362.
- «Los sistemas de responsabilidad civil», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 265-315.
- Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis, «El nexó causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5.ª ed., Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel (coords.), Aranzadi, 2014, pp. 767-970.
- Reverby, Susan M., «More than fact and fiction. Cultural memory and the Tuskegee Syphilis Study», *The Hastings Center Report*, vol. 31 (5), 2001, pp. 22-28.
- Reyes Alvarado, Yesid, «Causalidad y explicación del resultado», en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Jorge Barreiro, Agustín (coord.), Civitas, Madrid, 2005, pp. 875-898.
- Reynal Reillo, Esperanza, *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 38, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Ribot Iguada, Jordi, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado*, Año 91, Mes 6, 2007, pp. 29-62.
- Rivas López, Antonio Luis, *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: aspectos de su práctica administrativa y procesal*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012.

- Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- Rodríguez Idígoras, Begoña, «Juro por Apolo», *Thamyris*, n.º 1, 2010, pp. 85-97.
- Rodríguez López, Pedro, *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid, 2004.
- *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007.
- Rodríguez Marín, Concepción, «Medicina satisfactiva», en AA. VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.^a ed., Orti Vallejo, Antonio y García Garnica, María del Carmen (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 431-500.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Civitas, Madrid, 1978.
- Romeo Casabon a, Carlos María, «Los testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre», *JANO*, vol. XLVIII, n.º 1114, 1995, pp. 63-66.
- «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas prácticos del consentimiento informado*, n.º 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, pp. 63-133.
- Romeo Casabon a, Carlos María *et al.*, «Información y consentimiento», en AA. VV., *La ética y el Derecho ante la Biomedicina del futuro*, Romeo Casabon a, Carlos María (dir.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 23-106.
- *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- Roth, L. H. *et al.*, «Test of competency to consent to treatment», *The American Journal of Psychiatry*, vol. 134, n.º 3, 1977, pp. 279-284.
- Rovira Viñas, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Roxin, Claus, «Gedanken zur Problematic der Zurechnung im Strafrecht», en AA. VV., *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1980. Dargebracht von Freunden un Kollegen*, Göttingen, Schwartz, 1970, pp. 133-150.
- *Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción y notas de la 2.^a ed. alemana por Luzón Peña, Diego Manuel (dir.) *et al.*, Civitas, Madrid, 2014.
- Rubio Torrano, Enrique, «Consentimiento informado y agente informador», *Aranzadi civil: revista quincenal*, n.º 3, 2008, pp. 2633-2635.
- «Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, 2012, pp. 53-59.
- Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julia, «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del

- sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, 2016, pp. 47-73.
- Sáinz-C antero Caparrós, José Eduardo, «Intervención médica y consentimiento informado: algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 63-80.
- «Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria» en AA. VV., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Lledó Yagüe, Francisco y Morillas Cueva, Lorenzo (dirs.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 225-250.
- Salas Carceller, Antonio, «Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 48, 2013, pp. 9-16.
- Sal vador Coderch, Pablo, «Causalidad y responsabilidad (2.ª edición)», *InDret*, n.º 3, 2002, pp. 1-23.
- Sal vador Coderch, Pablo *et al.*, «Los riesgos de desarrollo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 26-28 de Febrero de 2001», *InDret*, n.º 1, 2001, pp. 1-30.
- «Respondeat Superior I», *InDret*, n.º 2, 2002, pp. 1-19.
- «El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva», *InDret*, n.º 4, 2005, pp. 1-34.
- Sal vador Coderch, Pablo y Fernández Crende, Antonio, «Causalidad y responsabilidad (Tercera edición)», *InDret*, n.º 1, 2006, pp. 1-25.
- Sal vador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos Ignacio, «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, n.º 3, 2002, pp. 1-22.
- Sal vat Puig, Juan, «¿Cómo debe dar la información el sanitario?», en AA. VV., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Sanz Mulas, Nieves (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 11-23.
- Sánchez-B arroso, José Antonio, «Vigencia y operatividad de los principios de la bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica», *Persona y Bioética*, vol. 14, n.º 2, 2010, pp. 187-204.
- Sánchez-C alero Arribas, Blanca, «Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico», en AA. VV., *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Gómez Tomillo, Manuel (dir.), Unión Editorial, Madrid, 2008, pp. 379-409.
- Sánchez Caro, Javier, «En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 16, 2011, pp. 121-126.

- Sánchez Caro, Javier y Abellán-García Sánchez, Fernando, *Derechos y deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidación e instrucciones previas)*, Comadres, Granada, 2003.
- Sánchez Gómez, Amelia, «12 de julio de 1994. Responsabilidad civil médica. Obligaciones de actividad. Consentimiento informado. Carga de la prueba. Prescripción», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 38, 1995, pp. 471-487.
- «2 de diciembre de 1996. Responsabilidad civil médica. Carga de la prueba. Presunción de culpa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 43, 1997, pp. 341-351.
- *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- «La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, n.º 8, 2014, ed. digital.
- Sánchez González, María Paz, *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Sánchez Hernández, Carmen, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Cavanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 951-974.
- Sánchez Jordán, María Elena, «Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración», *DS: Derecho y salud*, vol. 7, n.º 1, 1999, pp. 93-103.
- Sánchez Rubio, María Aquilina, *Marco jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: especial consideración del consentimiento informado*, tesis doctoral dirigida por Díaz Barrado, Cástor Miguel, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2007, disponible en https://www.unex.es/organizacion/servicios-universitarios/servicios/servicio_publicaciones/publicaciones/marco-juradico-del-derecho-a-la-informacion-en-las (última consulta el 10.1.2018).
- Sánchez Santiesteban, Ana María, «El consentimiento informado y la relación médico-paciente», *Bioética*, 2009, pp. 4-8.
- Sancho Gargallo, Ignacio, «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *InDret*, n.º 2, 2004, pp. 1-24.
- «La exigencia legal del consentimiento informado y sus consecuencias», en AA. VV., *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Lázaro Palau, Carmen María (coord.), Institut d'Estudis Superiors de la Família de la Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2012, pp. 27-42.
- Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

- «La responsabilidad por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en AA. VV., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 2.^a ed., Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 653-675.
- Santos Fuster, María Pilar, *Actuación ética en el Hospital de Torrevieja ante el rechazo de un grupo de pacientes a un tratamiento. Comunicación presentada en el VI Congreso Mundial de Bioética por el Grupo de Investigadores en Bioética de la Universitat de València*, Gijón, 2009, pp. 1-5, disponible en <https://www.uv.es/gibuv/ComunicacionCongreso.pdf> (última consulta el 10.1.2018).
- Santos Morón, María José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidación e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.
- «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, n.º 5675, 2002, pp. 1-6.
- «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI*, n.º 15, Díaz Maroto, Julio y Rodríguez Guitián, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, pp. 63-93.
- Sardinero García, Carlos, *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital.
- Seijas Quintana, José Antonio, «Responsabilidad civil médico sanitaria», en AA. VV., *Supuestos de responsabilidad civil (médico-sanitaria, transporte de viajeros y mercancías, y leyes especiales)*, O'Callaghan Muñoz, Xavier (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 1-309.
- «Responsabilidad médica: nueva visión del Tribunal Supremo ante la medicina curativa y satisfactoria y la obligación de medios y resultados», en AA. VV., *Derecho de daños*, Herrador Guardia, Mariano José (coord.), Sepin, Madrid, 2011, pp. 287-310.
- Seijas Villadangos, Esther, *Los derechos del paciente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- Serrano Fernández, María, «La patria potestad y las instituciones tutelares», en AA. VV., *Derecho de Familia*, López y López, Ángel Manuel y Valpuesta Fernández, Rosario (eds.), 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 203-234.
- Serrano Gil, Alfonso, *La responsabilidad civil del médico anestesista*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Seuba Torreblanca, Joan Carles, *Sangre contaminada, la responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la Hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002.
- Seuba Torreblanca, Joan Carles y Ramos González, Sonia, «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *InDret*, n.º 2, 2003, pp. 1-17.

- Siegler, Mark, *Las Tres Edades de la Medicina y la Relación Médico-Paciente. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 26, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2011.
- Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000.
- «El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas prácticos del consentimiento informado*, n.º 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, pp. 11-62.
- «Diez mitos en torno al consentimiento informado», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 29 –Suplemento 3–, 2006, pp. 29-40.
- «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 28, n.º 102, 2008, pp. 327-348.
- «La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente», en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Aproximación al problema de la competencia del enfermo*, n.º 14, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2008, pp. 37-67.
- Simón Lorda, Pablo *et al.*, «La capacidad de los pacientes para tomar decisiones», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén, Diego y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier (edits.), Triacastela, 2004, pp. 55-74.
- Simón Lorda, Pablo y Barrio Cant alejo, Inés, «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, n.º 2, 1997, pp. 107-118.
- «Legibilidad de formularios de consentimiento informado: instrumentos de análisis y ejemplos», en AA. VV., *La Bioética en la encrucijada*, Sarabia, J. y de los Reyes, M. (edits.), Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 1996, pp. 147-160.
- Simón Lorda, Pablo y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, «Consentimiento informado», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, Gra cia Guillén, Diego y Júdez Gutiérrez, Francisco Javier (edits.), Triacastela, Madrid, 2004, pp. 33-54.
- Siurana Aparisi, Juan Carlos, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Trotta, Madrid, 2005.
- Solé Resina, Judith, «Derecho a la protección de la salud. Derechos del paciente», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, tomo II, Gete-Alonso y Calera, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 777-831.
- Spier, Jaap (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, vol. II, Von Bar, Christian y Clive, Eric (edits.), Sellier, Múnich, 2009.

- Suárez Guerra, Ana María *et al.*, «El consentimiento informado y su imposición en la labor de enfermería», *Revista de Enfermería*, n.º 6 (1), 2012, pp. 52-60.
- Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- Teff, Harvey, *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994.
- The American Law Institute, *Restatement of the Law Third Torts: Liability for physical and emotional harm*, vol. 1, American Law Institute Publishers, Philadelphia, 2010.
- The Open Learning Foundation, *Healthcare active learning. Legal aspects of health care*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1995.
- The President's Council on Bioethics, *Taking Care: Ethical Caregiving in Our Aging Society*, Washington D. C., 2005, https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559378/taking_care.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta el 10.1.2018).
- Triviño Caballero, Rosana, «Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio de 2002», *InDret*, n.º 3/2010, 2010, pp. 4-32.
- Valls Prieto, Javier, «Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas», en AA. VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 27-42.
- Valpuest a Fernández, Rosario, «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 411-430.
- Van Dam, Cees, *European Tort Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Vázquez Barros, Sergio, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, ed. digital.
- Vázquez-P astor Jiménez, Lucía, «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, pp. 19-58.
- *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Velazco Ramos, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previa al consentimiento informado en el aborto*, tesis doctoral dirigida por de Vega García, Pedro *et al.*, Madrid, 2013.
- Viguri Perea, Agustín, «El consentimiento informado desde una perspectiva comparada», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Cabanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 1105-1126.
- *Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria. Las negligencias médicas y el consentimiento informado en el Derecho español y norteamericano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- Villa grasa Alcaide , Carlos, «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 49, 2015, pp. 17-41.
- Villanueva Lupión , Carmen, «El alivio de la carga de la prueba al paciente: contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en AA. VV., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Gallardo Castillo , María Jesús (dir.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 131-181.
- Villar Rojas, Francisco José, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Wolters Kluwer, Madrid, 2002.
- Viney, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 3.ª ed., L. G. D. J., París, 2008.
- Vivas Tesón , Inmaculada, «Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n.º 13, 2017, ed. digital.
- Von Buri, Maximilian, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Ferber, Gießen, 1860.
- Winiger, Bénédicet *et al.*, *Digest of European Tort Law, Volume I: Essential cases on natural causation*, Springer, Viena, 2007.
- Xiol Ríos, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, 2010, pp. 21-84.
- «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, n.º 2, 2010, ed. digital.
- «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, n.º 1, 2010, pp. 9-38.
- «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, n.º 2132, 2011, pp. 1-9.
- «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 16, 2011, pp. 127-149.
- Yong Serrano , Samuel y Rodríguez Yong , Camilo Andrés, «Pérdida de Oportunidad», *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, ed. 12, vol. 6, n.º 2, 2011.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 26, 1991, pp. 387-401.
- «Comentario al artículo 1.107 del Código civil», en AA. VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 843-868.
- «La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia», *DS: Derecho y Salud*, vol. 9, n.º 1, 2001, pp. 35-50.
- *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

- «Comentario al artículo 154 del Código civil», en AA. VV., *Código Civil Comentado*, vol. I, 2.^a ed., Cañizares Laso, Ana *et al.* (dirs.), Civitas, Madrid, 2016, pp. 784-792.
 - *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2017.
- Zimmerman, Janet F., The Belmont Report: An Ethical Framework for Protecting Research Subjects, *The Monitor*, 1997, pp. 1-4.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS

1. DOCTRINA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 4.ª, 29.4.1982	RJ 1982\2533	Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno	Diputación Provincial de Madrid v. Ministerio de Sanidad y Seguridad Social
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 4.ª, 10.12.1982	RJ 1982\7955	Excmo. Sr. Paulino Martín Martín	Diputación Provincial de Oviedo v. Ministerio de Sanidad y Seguridad Social

1.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 26.2.1957	[1957] 2 All E. R. 118	Bolam v. Friern Hospital Management Committee
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 31.1.1980	[1981] 1 All ER 257	Chatterton v. Gerson and another
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 18.5.1983	[1984] 1 W. L. R. 641	Hills v. Potter and another
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 16.4.1984	[1984] 3 All ER 374	Collins v. Wilcock
Court of Appeal, 23.11.1984	[1984] 1 Q. B. 493	Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others
House of Lords, 21.2.1985	[1985] 1 A. C. 871	Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others
Court of Appeal, 11.12.1985	[1986] 1 Q. B. 644	Thake v. Maurice
Court of Appeal, 26.3.1986	[1987] 1 Q. B. 237	Wilson v. Pringle
Court of Appeal, 5.2.1987	The Times 24 May 1985	Blyth v. Bloomsbury Health Authority
Court of Appeal, 14.4.1987	[1988] 1 Q. B. 481	Gold v. Haringey Health Authority
High Court of Justice, Family Division, 10.7.1987	[1988] Fam. 52	T. v. T. and another

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
House of Lords, 24.5.1989	[1989] 2 All ER 545	F. v. West Berkshire Health Authority and another (Mental Health Act Commission intervening)
House of Lords, 11.3.1993	[1993] 2 All ER 75	R. v. Brown and other appeals
House of Lords, 13.11.1997	[1998] A. C. 232	Bolitho v. City and Hackney Health Authority
Court of Appeal, 20.5.1998	[1999] E. C. C. 167	Pearce and Another v. United Bristol Healthcare NHS Trust
House of Lords, 14.10.2004	[2004] UKHL 41	Chester v. Afshar
UK Supreme Court, 11.3.2015	[2015] UKSC 11	Montgomery v. Lanarkshire Health Board

1.3 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Court of Appeals of the State of New York, 14.6.1872	75 N. Y. 12 (N. Y. 1878)	Levantia S. Carpenter, Respondent, v. Zara H. Blake, Appellant
Court of Appeals of Maryland, 10.1.1889	70 Md. 162	State v. Housekeeper
Minnesota Supreme Court, 1905	104 N. W. 12 (Minn. 1905)	Mohr v. Williams
Illinois Appellate Court, 1905	118 Ill. App. 161 (1905)	Pratt v. Davis
Supreme Court of Oklahoma, 11.11.1913	1913 OK 634, 137 P. 96, 39 Okla. 572	Rolater v. Strain
New York Court of Appeals, 14.4.1914	105 N. E. 92 (N. Y. 1914)	Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital
Supreme Court of Tennessee, 1928	159 Tenn. 86 (Tenn. 1929)	Haskins v. Howard
United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 20.10.1943	138 F.2d 478 (1943)	Wall v. Brim
American Military Tribunal of Nuremberg, 19.8.1947		United States of America v. Karl Brand <i>et al.</i>
Supreme Court of Rhode Island, 1949	75 R. I. 165 (R. I. 1949)	Amanda M. Nolan v. Harry Kechijian; Charles E. Nolan v. Same
California Supreme Court, 18.5.1951	37 Cal.2d 253	Paul Simone v. Victor O. Sabo
Supreme Court of North Carolina, 26.8.1955	88 S. E.2d 762 (1955), 242 N. C. 517	Charles S. Hunt v. Dr. Howard Bradshaw
California Court of Appeals, 22.10.1957	317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957)	Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees
California Court of Appeal, 3.7.1958	327 P.2d 131 (Cal. Ct. App. 1958)	Emily Hundley, Respondent, v. St. Francis Hospital <i>et al.</i> , Defendants; Frederick G. Niemand, Appellant

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Kansas, 9.4.1960	186 Kan. 393 (1960), 350 P.2d 1093 (Kan. 1960)	Irma Natanson, Appellant, v. John R. Kline and St. Francis Hospital and School of Nursing, Inc., Appellees
Supreme Court of Pennsylvania, 24.6.1966	423 Pa. 144 (1966)	Gray, Appellant, v. Grunnagle
Court of Appeals of Ohio, 14.3.1967	13 Ohio App.2d 113 (Ohio Ct. App. 1967)	Belcher, Appellant, v. Carter <i>et al.</i> , Appellees
Court of Appeal of California, Second District, Division Five, 17.5.1967	251 Cal. App.2d 119 (Cal. Ct. App. 1967)	Pedesky v. Bleiberg
Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division Five, 18.11.1969	3d 790 [82 Cal. Rptr. 67]	Bernard Berkey v. Frank M. Anderson
Superior Court of Pennsylvania, 13.12.1971	220 Pa. Superior Ct. 260 (1971)	Cooper, Appellant, v. Roberts. Cooper, Appellant, v. Cohen
District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972	464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972)	Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center
Supreme Court of Rhode Island, 20.10.1972	295 A.2d 676 (R. I. 1972)	Wilkinson v. Vesey
Supreme Court of California, 27.10.1972	8 Cal.3d 229	Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant
Supreme Court of Oklahoma, 28.11.1979	1979 OK 165, 606 P.2d 554	Norma Jo Scott and Dale M. Scott, Appellants, v. Vance A. Bradford, Appellee

1.4. Canadá

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Canada, 20.5.1980	[1980] 2 S. C. R. 192	Hopp v. Lepp
Supreme Court of Canada, 7.10.1980	[1980] 2 S. C. R. 880	Reibl v. Hughes
Ontario Court of Appeal, 24.8.1981	125 D. L. R. (3d) 127	Videto v. Kennedy
Ontario Court of Appeal, 14.5.1982	(1982) 120 D. L. R. (3d) 269	White v. Turner
Ontario High Court of Justice, 13.7.1984	11 D. L. R. (4th) 798	Casey V. Provan
Ontario Court of Appeal, 27.5.1985	50 O. R. (2d) 754	Ferguson v. Hamilton Civic Hospitals
Court of Appeal for Saskatchewan, 2.4.1987	37 D. L. R. (4th) 624	Haughian v. Paine
Court of Appeal of New Brunswick, 13.9.1989	62 D. L. R. (4th) 481	Kitchen v. McMullen
Supreme Court of Canada, 22.4.1993	100 D. L. R. (4th) 609	Ciarlariello v. Schacter

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

1.5 Irlanda

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Ireland, 15.11.2007	[2007] IESC 51	Fitzpatrick v. White

1.6 Australia

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Australia, 19.11.1992	[1992] HCA 58	Rogers v. Whitaker
High Court of Australia, 2.9.1998	[1998] HCA 55	Chappel v. Hart
High Court of Australia, 13.5.1999	(1999) 197 CLR 269	Naxakis v. Western General Hospital
High Court of Australia, 5.4.2001	[2001] HCA 18	Rosenberg v. Percival

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN TERAPÉUTICA

2.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.10.2005	RJ 2005\8547	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel

3. CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL Y EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

3.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.3.2011	RJ 2011\2512	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Encarna v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO: NATURALEZA JURÍDICA

4.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.1.2001	RJ 2001\3	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Carlos V. H. contra Dña. Enriqueta
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.5.2001	RJ 2001\6197	Exmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Marcial H. G. y Dña. María José R. R. contra Dña. Begoña R. H.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.6.2007	RJ 2007\5572	Exmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. César contra D. Jesús Manuel, D. Francisco y D. José Ángel
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»

5. MENOR DE EDAD: VALORACIÓN DE SU MADUREZ

5.1. España

Tribunal y Fecha	Ref.
Dirección General de los Registros y del Notariado, 3.3.1989	RU 1989\2380
Dirección General de los Registros y del Notariado, 14.5.2010	RJ 2010\3631

6. TITULAR DEL DEBER DE INFORMACIÓN

6.1. España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.2.1990	RJ 1990\668	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	D. Jorge P. P. y «Central de Seguros, S. A.» v. Dña. María Rosa A. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.10.1998	RJ 1998\7565	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo Figueroa	Institut Català de la Salut v. Dña. Carmen A. C. y el «Hospital de San Pablo»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.9.2000	RJ 2000\8126	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Baltasar V. B. v. D. Manuel F.-V. D. y «Allianz-Ras Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.12.2001	RJ 2002\2711	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. José Ramón A. H. v. Dña. Clara A. V.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.9.2003	RJ 2003\6065	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Dña. Estíbaliz v. D. Carlos María, el «Sanatorio Nuestra Señora de la Salud S. A.» y «Compañía de Seguros de Asistencia Sanitaria Adeslas S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.4.2004	RJ 2004\2608	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Armando v. D. Jesús Manuel y D. Sergio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.5.2008	RJ 2008\3078	Excmo. Sr. Román García Varela	«Catalana Occidente, S. A. de Seguros y Reaseguros» y D. José Carlos v. Dña. Sonia

7. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

7.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.4.1992	RJ 1992\3323	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	Dña. Pilar C. C. v. D. Miguel R. P., D. Antonio C. C. y «Congregación Religiosa «Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús»» v. «Central de Seguros S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25.4.1994	RJ 1994\3073	Excmo. Sr. José Luis Albácar López	D. Antolín v. D. José María V. L., D. Elías Óscar L. C. y D. Ramón E. I.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.7.1996	RJ 1996\6084	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. José Luis B. S. v. Dña. Isabel M. C.
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, 21.1.1997	AC 1997\136	Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez	D. Juan C. G. v. D. Nizar M. T.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.2.1997	RJ 1997\940	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Miguel P. G. y Dña. Delia M. V. v. Dr. V. B., D. José Luis y Dña. Ana María G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.6.1997	RJ 1997\5151	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Miguel Ángel R. C. v. Dña. Susana, Dña. Marta, D. José Luis y Dña. Mónica G. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3.10.1997	RJ 1997\7169	Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel	D. Antonio T. G. v. D. Julio V. R., D. Marcelino S. R. y D. Jesús L. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.12.1997	RJ 1997\8964	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	INSALUD v. Dña. Silvia J. G.
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, 5.10.1998	AC 1998\4	Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Zapata Camacho	Dña. Petronella Van den H. v. D. Demetrio P. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.11.1998	RJ 1998\8819	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Rosalía L. B. v. D. Fernando Carlos S. I. e Instituto Nacional de la Salud

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1998	RJ 1998\10164	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Luis P. P. v. Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Salud y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.6.1999	RJ 1999\4894	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. M.ª Rosario C. G. v. D. Enrique B. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.9.1999	RJ 1999\7272	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Diputación Provincial de Valencia v. Dña. María Ángeles E. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.11.1999	RJ 1999\7998	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	«Compañía de Seguros Adeslas, S. A.» v. D. José Luis S. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4. 4. 2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 3.10.2000	RJ 2000\7799	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jorge Ángel G. A. v. Instituto Nacional de la Salud e Instituto Nacional de la Seguridad Social
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.1.2001	RJ 2001\3	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Carlos V. H. v. Dña. Enriqueta
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, 13.2.2001	AC 2001\2250	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo	D. Salvador G. G. v. D. Miguel M. B., «Winterthur, S. A.», «Societat Refractiva Balear Miopía Láser, S. L.» y «Sanitaria Balear, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.5.2001	RJ 2001\6197	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Marcial H. G. y Dña. María José R. R. v. Dña. Begoña R. H.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17.10.2001	RJ 2001\8741	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	«Centro Médico San Jorge de San Andrés, S. A.» v. Dña. M.ª Cruz M. O.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.7.2002	RJ 2002\5514	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Rafael L. V. v. D. Ángel L. M. e «Instituto Nacional de la Salud»
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, 30.9.2002	JUR 2002\265362	Ilma. Sra. Dña. Susana Catalán Muedra	D.ª María Dolores P. D. v. D.ª Ana L. C. y D. Miguel Ángel H. C.
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, 3.2.2003	JUR 2003\148063	Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló	Dña. Flora v. D. Isidro
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.7.2003	RJ 2003\5391	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Isabel E. P. v. D. Francisco Javier B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.7.2003	RJ 2003\5462	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Dña. Carolina v. Dr. D. Leonardo
Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, 5.12.2003	AC 2004\407	Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez	Dña. Isabel v. «Centro Láser Quirón, S. L.» y D. Guillermo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.2.2004	RJ 2004\456	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. María Consuelo v. D. José Manuel

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.6.2004	RJ 2004\3958	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Lina v. D. José Luis
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.10.2004	RJ 2004\6229	Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo	Dña. Melisa v. Servicio Andaluz de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.11.2004	RJ 2005\22	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Marta v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.1.2005	RJ 2005\995	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Alicia v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. S.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 2.3.2005	RJ 2005\3065	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Servicio Andaluz de Salud v. D. José Ramón
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, 29.4.2005	AC 2005\971	Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana	«Clínica Alta Estética S. A.» v. Dña. María Purificación
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 9.5.2005	RJ 2005\4902	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Angelina v. Administración General del Estado
Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, 21.6.2005	AC 2005\1316	Ilma. Sra. M.ª Dolores López Garre	Dña. Luz v. Dña. Trinidad
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.10.2005	RJ 2005\8547	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.11.2005	RJ 2005\7531	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Gloria v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.12.2005	RJ 2006\4254	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. José Carlos v. «Axa Aurora Ibérica, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Servicio Gallego de Sanidad de la Xunta de Galicia
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, 16.3.2006	JUR 2006\231714	Ilma. Sra. Rosa M.ª Aguiló Berenguer	Dña. Montserrat v. «Winterthur Seguros Generales, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.5.2006	RJ 2006\2399	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Marta y D. Darío v. «El Institut Català de la Salut»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.10.2006	RJ 2006\6428	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos v. Dña. Maribel y «Centro Español de Dermatología Capilar, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.10.2006	RJ 2006\8020	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Juan Luis v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 12.12.2006	RJ 2006\9563	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Alfredo v. D. Ernesto, Dña. Gabriela y Generalitat Valenciana

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administración, Sección 6.ª, 21.12.2006	RJ 2006\9567	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, 15.1.2007	JUR 2007\192866	Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino	D. Carlos Jesús v. «Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros» y D. Rubén
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 16.1.2007	RJ 2007\1220	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Ángela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.4.2007	RJ 2007\3541	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Elvira v. D. Rogelio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.4.2007	RJ 2007\4294	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. María Luisa v. Servicio Gallego de Salud y Xunta de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.4.2007	RJ 2007\2397	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Tomás y Dña. Gloria v. Dña. María Rosario y Servicio Valenciano de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.5.2007	RJ 2007\4667	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Abelardo y Dña. Gloria v. D. José Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.6.2007	RJ 2007\3871	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Sofía v. «Corporación Sanitaria Parc Tauli de Sabadell» y D. Pedro Francisco
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4.7.2007	RJ 2007\6614	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Maite v. D. Serafín y Servicio Canario de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\4781	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Eva v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4.10.2007	RJ 2007\5352	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Maite v. D. Serafín y Servicio Canario de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.11.2007	RJ 2007\8651	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Flor v. D. Alfonso y D. José Augusto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.11.2007	RJ 2007\8428	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Casimiro v. D. José Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.12.2007	RJ 2007\9034	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. «Mapfre Industrial, S. A. S.» y Administración General del Estado

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.3.2008	RJ 2008\4045	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Alejandro v. Dña. María Milagros
Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, 2.6.2008	JUR 2008\302932	Ilmo. Sr. D. Víctor Caba Villarejo	«Barchester Scientific, S. A.» v. Dña. Diana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.7.2008	RJ 2008\4638	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Enrique v. «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2008	RJ 2008\5789	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Javier (actuando en nombre propio y de sus hijos menores Clemente y Luis Carlos) v. Dña. Isabel, D. Plácido, D. Ernesto, «Instituto Bernabeu de Fertilidad y Ginecología, S. L.» y «Winterthur Seguros Generales, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.6.2009	RJ 2009\4323	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Adolfin v. D. Rodrigo, «Clínica Inmaculada Concepción S. A.» y «ASISA»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.11.2009	RJ 2010\138	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Gregoria v. «Winterthur Seguros Generales, S. A., de Seguros y Reaseguros», «Grupo Hospitalario Quirón S. A.» y «DKV Seguros y Reaseguros SAE»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.12.2009	RJ 2009\8152	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	D. Celso v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 25.3.2010	RJ 2010\4544	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Belinda v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europa, Seguros y Reaseguros, S. A. («HCC EUROPE»)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29.6.2010	RJ 2010\5948	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Valle v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros»
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, 9.12.2010	AC 2011\206	Ilma. Sra. María Fe Ortega Mifsud	Dña. Marisol v. D. Álvaro y «Corporación Dermoeástica, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.1.2011	RJ 2011\299	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Segundo, Dña. Aurelia, Dña. Consuelo, Dña. Florinda y Dña. Lucía v. «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros S. A.» y D. Adolfo
Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, 11.2.2011	JUR 2012\344622	Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón	Dña. Claudia v. D. Ambrosio.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutual»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 1.6.2011	RJ 2011\4260	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Manuel v. «Seguros Zurich»
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, 10.6.2011	AC 2011\1448	Ilma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez	«Corporación Dermoestética S. A.» v. Dña. Rebeca
Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, 10.6.2011	AC 2011\1372	Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal	Dña. Eloisa v. «Gestión Sanitaria Gallega S. L. U.» y D. Darío
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2011	RJ 2011\6035	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Fidela v. Administración del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27.9.2011	RJ 2012\941	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. José Augusto v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.10.2011	RJ 2011\7671	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Dimas v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.11.2011	RJ 2012\1727	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Conrado v. Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña e Institut Català de Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 22.11.2011	RJ 2012\2373	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Leonor v. «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.» y Administración de la Comunidad Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.12.2011	RJ 2012\2604	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Matilde v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.1.2012	RJ 2012\1	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Inés v. Junta de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 16.1.2012	RJ 2012\1784	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros» v. «Aresa Seguros Generales, S. A.» v. D. Pedro Enrique v. D. Adriano
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30.1.2012	RJ 2012\3238	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Laureano v. Comunidad de Madrid y «Fundación Jiménez Díaz»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en propio nombre y como padre de la menor Mercedes), D. Saturnino y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.4.2012	RJ 2012\5672	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. María José v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Institut Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC (Sucursal en España)»
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 11.5.2012	JUR 2012\304469	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Servicio Andaluz de Salud v. Dña. Otilia, Dña. Susana y D. Emilio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.6.2012	RJ 2012\9108	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Aureliano v. «QBE Insurance (Europe) Limited» y Servicio Madrileño de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 22.6.2012	RJ 2012\8440	Exma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Felipe v. Institut Català de la Salut, «Zurich Insurance PLC (Sucursal en España)» y la Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited (Sucursal en España)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 12.9.2012	RJ 2012\9147	Excmo. Sr. Antonio Martí García	D. Melchor y Dña. Carolina (en representación de su hijo menor de edad Teófilo) v. Institut Català de Salut y «Zurich Insurance PLC (Sucursal en España)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 9.10.2012	RJ 2012\9799	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited» v. D. Juan Pablo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\10199	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Gervasio v. Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20.11.2012	RJ 2013\314	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Juan Manuel y Dña. Marina v. Institut Català de la Salut y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4.12.2012	RJ 2013\1508	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. León v. «Segurcaixa Adeslas, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.4.2013	RJ 2013\3384	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Cándido y «Clínica Moncloa S. A.» v. D. Germán
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, 16.9.2013	JUR 2013\347123	Ilma. Sra. M.ª Ángeles Gomis Masque	Dña. Olga v. «Clínica Corachán S. A.» y «Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, 4.2.2014	AC 2014\219	Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo	Dña. Lorena v. D. Leopoldo y «Sonrídent Centro de Especialidades Odontológicas, S. L.»
Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, 7.4.2014	JUR 2014\134891	Ilmo. Sr. D. José Antonio Vega Bravo	D. Germán y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros» V. Dña. Inmaculada y Ministerio Fiscal.
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 22.12.2014	JUR 2015\47068	Ilmo. Sr. D. Rafael Sánchez Jiménez	Dña. Esmeralda, D. Juan Enrique y Dña. Débora v. Comunidad Autónoma de Madrid y «QBE Insurance (Europa) Limited Sucursal en España»
Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, 6.3.2015	AC 2015\553	Ilma. Sra. María Luisa Santos Sánchez	«Instituto Canario de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva S. L. P.» v. Dña. Amelia
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, 25.3.2015	AC 2015\816	Ilma. Sra. Pilar Cerdán Villalba	Dña. Adoración v. «Corporación Dermoeestética S. L.» y D. Mario
Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, 13.4.2015	AC 2015\879	Ponente: Ilma. Sra. María Elisabeth Huerta Sánchez	Dña. María Teresa v. D. Prudencio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2015	RJ 2015\4901	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Pedro v. D. Ambrosio, «Mapfre Seguros de Empresa S. A.» y «Grupo Hospitalario Quirón S. A.»
Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, 22.12.2015	JUR 2016\181494	Ilma. Sra. Soledad Jurado Rodríguez	D. Vidal v. D. Juan María y «WR Berkeley España»
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, 26.2.2016	JUR 2017\105642	Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana	D. Marcos v. «Mapfre Empresas S. A.», D. Valentín, «Clínica Empirical S. L.» y «Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 31.5.2016	JUR 2016\159478	Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza	D. Carmelo v. IB-SALUT y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 14.11.2016	JUR 2017\21065	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Dña. Graciela v. Servicio Andaluz de Salud (SAS) y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.11.2016	RJ 2016\5649	Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Adelaida v. «Javier González Tuñón S. L.», «W. R. Berley España» y D. Gabino
Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, 12.1.2017	JUR 2017\27580	Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García	«Tokini S. L.» v. Dña. Fátima
Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 20.2.2017	JUR 2017\39900	Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García	Dña. Lorena y D. Pablo v. Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (SESPA), «W. R. Berkley Insurance (Europe), Limited Sucursal en España» y «Fundación Hospital de Jove»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.2.2017	RJ 2017\583	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Asociación de Consumidores de Islas Baleares (Acuib)» v. «Le Low S. L. y «Dorsia Central de Compras S. L.»
Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, 24.2.2017	JUR 2017\163907	Ilmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez	Dña. Marcelina v. «Zatoichi S. L. Unipersonal», D. Abelardo y D. Cipriano
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 17.5.2017	JUR 2017\153068	Excma. Sra. Ana Isabel Martín Valero	Dña. Ruth v. Administración General del Estado y «Glaxosmithkline, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 24.7.2017	JUR 2017\218879	Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García	D. Luciano v. Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (SESPA) y «W. R. Berkley Insurance (Europe) Limited Sucursal en España»

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2006	397/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2006	407/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.7.2008	368/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.7.2008	371/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.3.2011	0152/2011

7.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Missouri, Division n. 2, 13.12.1965	396 S. W.2d 668 (1965)	Clarence James Aiken, by his Guardian and Curator, Alene Aiken, Appellant, v. William F. Clary, Respondent
Court of Appeals of Arizona, 17.12.1965	2 Ariz. App. 358 (1965), 409 P.2d 74	George A. Shetter, Appellant, v. Louise P. Rochelle, Appellee
Supreme Court of North Carolina, 20.6.1967	155 S. E.2d 108 (1967)	Homer M. Sharpe, Administrator of the Estate of Brenda Adeline Sharpe v. Dr. V. Watson Pugh
District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972	464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972)	Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center
Supreme Court of California, 27.10.1972	8 Cal.3d 229	Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant
Supreme Court of Oklahoma, 28.11.1979	1979 OK 165, 606 P.2d 554	Norma Jo Scott and Dale M. Scott, Appellants, v. Vance A. Bradford, Appellee

8. REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

8.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.11.1998	RJ 1998\8819	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Rosalía L. B. v. D. Fernando Carlos S. I. e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 3.10.2000	RJ 2000\7799	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jorge Ángel G. A. v. Instituto Nacional de la Salud e Instituto Nacional de la Seguridad Social
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.11.2000	RJ 2000\9206	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Juan José O. F. v. D. José Manuel T. G. y «ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.7.2002	RJ 2002\5514	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Rafael L. V. v. D. Ángel L. M. e Instituto Nacional de la Salud
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, 3.2.2003	JUR 2003\148063	Excmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló	Dña. Flora v. D. Isidro
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.2.2004	JUR 2004\133227	Excmo. Sr. José Guerrero Zaplana	Dña. Marisol, Dña. Nieves y Dña. Sandra v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.5.2004	RJ 2004\3548	Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo	Dña. Concepción, Dña. Magdalena y D. Fidel v. Dña. Estela y «Mutua Penedes de Previsión Social»
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, 12.4.2005	JUR 2005\126893	Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo	Dña. Patricia v. «Winterthur Cía. Aseguradora»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.5.2005	RJ 2005\4902	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Angelina v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.9.2005	RJ 2005\8891	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Edurne v. «Asisa, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.11.2005	RJ 2005\7636	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Sandra v. D. Marco Antonio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.6.2006	RJ 2006\5554	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Marco Antonio v. D. Luis María
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.11.2006	RJ 2006\8059	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Montserrat, «Instituto Dexus S. A.» y «Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros» v. Dña. Mari Trini
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 28.11.2007	RJ 2007\8428	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Casimiro v. D. José Daniel

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.12.2007	RJ 2007\9034	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. «Mapfre Industrial, S. A. S.» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.7.2008	RJ 2008\4638	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Enrique v. «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.1.2009	RJ 2009\1481	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Yolanda v. Instituto Nacional de la Salud, Dña. Teresa y D. Rodolfo
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, 6.3.2009	AC 2009\978	Ilma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga	D. Gonzalo, D. Victorino y Dña. Irene v. D. Luis Ángel, «AMA», «Acuario Espai de Salut S. A.» y «Mapfre Industrial»
Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, 13.5.2009	AC 2009\1828	Ilmo. Sr. D. Andrés Vélez Ramal	Dña. Eugenia v. D. Gumersindo
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, 22.6.2009	JUR 2010\292987	Ilma. Sra. Dña. Margarita Vega de la Huerga	D. Gaspar y Dña. María Inmaculada v. «Hospital Virgen de la Paloma, S. A.» y «Azur Multirramos, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros» v. «Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», «Previsión Sanitaria Nacional, Agrupación Mutual Aseguradora (AMA)», «Mutua de Seguros a Prima Fija» y D. Leandro
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.10.2009	RJ 2009\5564	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Laureano v. D. Obdulio y «Nisa Nueva Inversiones en Servicios S. A.»
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, 30.10.2009	AC 2010\21	Ilma. Sra. Dña. María Josefa Ruíz Marín	D. Estanislao v. Dña. Sara
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.9.2010	RJ 2010\7135	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Saturnino, D. Adolfo y D. Enrique v. D. Mario
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.1.2011	RJ 2011\299	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Segundo, Dña. Aurelia, Dña. Consuelo, Dña. Florinda y Dña. Lucía v. «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros, S. A.» y D. Adolfo
Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, 28.1.2011	AC 2011\1734	Ilma. Sra. María Luisa Santos Sánchez	D. Ángel Jesús, D. Agapito e «Instituto Canario de Cirugía Plástica Reconstructiva y Estética» v. Dña. África

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.5.2011	RJ 2011\4464	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Benedicto v. Servicio Madrileño de Salud y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.1.2012	RJ 2012\1	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Inés v. Junta de Castilla y León
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, 10.5.2012	AC 2012\1020	Ilmo. Sra. Dña. M.ª del Mar Alonso Martínez	Dña. Constanza v. Dña. Florinda y «Agrupación Mutual Aseguradora (AMA)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.6.2012	RJ 2012\9108	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Aureliano v. «QBE Insurance (Europe) Limited» y Servicio Madrileño de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\10199	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Gervasio v. Institut Català de la Salut
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, 15.11.2012	AC 2012\1628	Ilmo. Sr. D. Cesáreo Duro Ventura	Dña. Camino v. Dña. Filomena y «Clínica Peiro S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\300	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Tamara (en cualidad de tutora de D. Bernardino) v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros», Generalitat de Catalunya e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11.4.2013	RJ 2013\3384	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Cándido y «Clínica Moncloa S. A.» V. D. Germán
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\4641	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Zulima v. D. Leovigildo
Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, 26.1.2015	AC 2015\523	Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad	Dña. Eulalia v. «Corporación Dermoestética, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.6.2015	RJ 2015\5979	Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz	«Agrupación Mutual Aseguradora» v. Dña. Marí Jose
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.4.2016	RJ 2016\1334	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Raúl v. «Agrupación Mutual Aseguradora»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.11.2016	RJ 2016\5649	Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Adelaida v. «Javier González Tuñón S. L.», «W. R. Berley España» y D. Gabino
Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 20.2.2017	JUR 2017\39900	Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García	Dña. Lorena y D. Pablo v. Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (SESPA), «W. R. Berkley Insurance (Europe), Limited Sucursal en España» y «Fundación Hospital de Jove»
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.3.2002			071/2002

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

9. ESTADO DE NECESIDAD TERAPÉUTICA

9.1 España

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, 25.11.2009	JUR 2010\25904	Ilmo. Sr. D. Rafael Cancer Loma	D. Gabriel v. Dña. Eva y Ministerio Fiscal
Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, 15.3.2011	ARP 2011\635	Ilmo. Sr. D. Rafael Cancer Loma	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 11.5.2012	JUR 2012\304469	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Servicio Andaluz de Salud v. Dña. Otilia, Dña. Susana y D. Emilio
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.7.2012	JUR 2012\331246	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Dña. Rosario v. Servicio Andaluz de Salud y «Houston Casualty Company Europe, Seguros y Reaseguros, S. A.»

9.2 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
California Court of Appeals, 22.10.1957	317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957)	Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees
District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972	464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972)	Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center
Supreme Court of California, 27.10.1972	8 Cal.3d 229	Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant

10. RENUNCIA DEL PACIENTE A RECIBIR LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

10.1 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of California, 27.10.1972	8 Cal.3d 229	Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant

11. INFORMACIÓN EN SUPUESTOS EN LOS QUE ENTRE MÉDICO Y PACIENTE EXISTE UN VÍNCULO DE PARENTESCO, AFECTIVIDAD O AMISTAD

11.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra), 22.12.2005	AC 2006/208	Ilma. Sra. Isabel de Rada Gallego	Dña. Beatriz v. D. Pedro Enrique

12. CONSENTIMIENTO INFORMADO: DEFINICIÓN

12.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.9.1999	RJ 1999/7272	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Diputación Provincial de Valencia v. Dña. María Ángeles E. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.1.2001	RJ 2001/3	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Carlos V. H. v. Dña. Nuria M. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.5.2001	RJ 2001/6197	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Marcial H. G. y Dña. María José R. R. v. Dña. Begoña R. H.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.7.2002	RJ 2002/5514	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Rafael L. V. v. D. Ángel L. M. e «Instituto Nacional de la Salud»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.7.2003	RJ 2003/5391	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Isabel E. P. v. D. Francisco Javier B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.10.2005	RJ 2005/8547	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.5.2007	RJ 2007/4667	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Abelardo y Dña. Gloria v. D. José Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.6.2007	RJ 2007/5572	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. César v. D. Jesús Manuel, D. Francisco y D. José Ángel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.6.2007	RJ 2007/3871	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Sofía v. «Corporación Sanitaria Parc Tauli de Sabadell» y D. Pedro Francisco
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.3.2008	RJ 2008/4045	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Alejandro v. Dña. María Milagros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2008	RJ 2008/5789	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Javier (actuando en nombre propio y de sus hijos menores Clemente y Luis Carlos) v. Dña. Isabel, D. Plácido, D. Ernesto, «Instituto Bernabeu de Fertilidad y Ginecología, S. L.» y «Winterthur Seguros Generales, S. A.»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 17.4.2009	JUR 2009\258310	Ilmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraile	SESCAM v. Dña. María José
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 22.11.2011	RJ 2012\2373	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Leonor v. «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.» y Administración de la Comunidad Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.2.2017	RJ 2017\583	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Asociación de Consumidores de Islas Baleares (Acuib)» v. «Le Low S. L. y «Dorsia Central de Compras S. L.»
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.6.2004			194/2004

13. OBLIGADO A RECARAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

13.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 17.4.2009	JUR 2009\258310	Ilmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraile	SESCAM v. Dña. María José

14. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN: INCAPACES NATURALES

14.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 12.2.2014	JUR 2014\107580	Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez	D. Iván, D. Carlos, D. Daniel, D. Álvaro, Dña. Felicidad, Dña. Mónica, Dña. Yolanda y Dña. Candelaria v. Comunidad Autónoma de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Ltd., Sucursal en España»

14.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Justice, Family Division, 3.7.1996	[1997] 1 FCR 274	Rochdale Healthcare (NHS) Trust v. C
High Court of Justice, Family Division, 13.12.1996	35 BMLR 44	Re L (patient: non-consensual treatment)
Court of Appeal, 26.3.1997	[1997] 2 FCR 541	Re MB (An Adult: Medical Treatment)

15. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN: MENORES DE EDAD

15.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 27.6.1997	RJ 1997\4987	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	Ministerio Fiscal v. D. Pedro A. T. y Dña. Lina V. R.
Tribunal Constitucional, Pleno, 18.7.2002	RTC 2002\154	D. Pablo Manuel Cachón Villar	Recurso de amparo interpuesto por D. Pedro A. T. y Dña. Lima V. R. G

Tribunal y fecha	Ref.	Asunto
Fiscalía General del Estado, 3.10.2012	JUR 2012\332864	Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave

15.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 26.7.1983	[1984] 1 Q. B. 581	Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another
Court of Appeal, 20.12.1984	[1985] 2 W. L. R. 413	Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another
House of Lords, 17.10.1985	[1986] 1 A. C. 112	Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security
High Court of Justice, Family Division, 21.8.1990	[1992] 2 FCR 219	Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)
Court of Appeal, Civil Division, 24.7.1991	[1991] 4 All ER 177	Re R (a minor) (wardship: medical treatment)
Court of Appeal, Civil Division, 10.7.1992	[1992] 4 All ER 627	Re W (a minor) (medical treatment)

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Court of Appeal, 15.7.1992	(1992) Times, 15 July	In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment)
High Court of Justice, Family Division, 10.9.1992	[1993] 1 FCR 240	Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment)
High Court of Justice, Family Division, 27.10.1992	(1992) 11 BMLR 162	South Glamorgan County Council v. B and W
High Court of Justice, Family Division, 15.7.1999	52 BMLR 124	Re M (child: refusal of medical treatment)
High Court of Justice, Family Division, 15.8.2003	[2003] EWHC 2327	Re P (Minor)
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 23.1.2006	[2006] EWHC 37 (Admin)	R (on the application of Axon) v. Secretary of State for Health and another
Court of Protection, 24.6.2010	[2010] EWHC 1549 (Fam)	In re A
High Court of Justice, Family Division, 5.9.2013	[2013] EWHC 2683 (Fam)	F v. F (Welfare of Children: Immunisation)
High Court of Justice, Family Division, 20.5.2014	[2014] EWHC 1650 (Fam)	An NHS Foundation Hospital v. P

15.3 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Pennsylvania, 28.6.1972	448 Pa. 338 (1972)	Green appeal
Supreme Court of Illinois, 29.1.1990	133 Ill.2d 98, 549 N. E.2d 322 (1989)	In re E. G., a minor (The People of the State of Illinois, Appellant, v. E. G., a Minor, Appellee)

16. CRITERIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

16.1 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Illinois, 20.3.1952	411 Ill 618, 622 (1952)	The People ex rel. Alda Wallace <i>et al.</i> , Defendants in Error, v. Darrell Labrenz <i>et al.</i> , Plaintiffs in Error
Kansas City Court of Appeals, 6.10.1952	252 S. W.2d 97 (1952)	Morrison v. State

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of New Jersey, 4.6.1962	181 A.2d 751, 753 (NJ 1962)	State of New Jersey (Thomas J. Finn, Superintendent of B. S. Pollak Hospital For Chest Diseases, Complaining Witness), Plaintiff-Respondent, v. John A. Perricone and Ruth Perricone, Parents of John Perricone, an Infant, Defendants-Appellants
Superior Court of New Jersey, Law Division, 22.1.1974	128 N. J. Super. 498 (1974), 320 A.2d 518	Muhlenberg Hospital, Plaintiff, v. Geraldine Patterson, Donald Patterson, and Baby Boy Patterson A/K/A Anthony Lenard Patterson, Defendant
District Court of Appeal of Florida, First District, 18.9.1975	319 So.2d 53 (1975)	In the Interest of Ivey, Infant (WF) DOB: 8-31-75, and Ivey, Infant (WF) DOB: 8-31-75
Supreme Court of New Jersey, 31.3.1976	355 A.2d 647 (N. J. 1976)	Karen Ann Quinlan v. New Jersey Department of Health
Supreme Court of New York, Second Department, Appellate Division, 12.12.1979	73 A. D.2d 431 (N. Y. App. Div. 1980)	Matter of Eichner (Fox)
Supreme Court of New Jersey, 17.1.1985	98 N. J. 321 (1985), 486 A.2d 1209	In the Matter of Claire C. Conroy
Supreme Court of Massachusetts, 11.9.1986	398 Mass. 417	Patricia E. Brophy v. New England Sinai Hospital
Supreme Court of the United States, 25.6.1990	497 U. S. 261 (1990)	Cruzan, by the parents and Co-Guardians, Cruzan et Ux. v. Director, Missouri Department of Health, <i>et al.</i> (N. 88-1503)

16.2 Francia

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Conseil d'État, 24.6.2014	Nn. 375081, 375090, 375091	Mme F... I... et autres

16.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fourth Section, 9.3.2004	N. 61827/00	Glass v. United Kingdom
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5.6.2015	ECHR 185 (2015)	Affaire Lambert et autres v. France

17. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

17.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.5.1995	RJ 1995\4262	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	D. Tomás C. S. e INSALUD v. Dña. M.ª Yolanda C. E.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3.10.1997	RJ 1997\7169	Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel	D. Antonio T. G. v. D. Julio V. R., D. Marcelino S. R. y D. Jesús L. C.
Audiencia Provincial de Ourense, 8.11.1997	AC 1997\2311	Ilmo. Sr. D. José Ramón Godoy Méndez	D. Francisco José G. L., D. Francisco David P. L., D. Julio Enrique C. A. y Servicio Gallego de Salud v. D. Ramón M. I.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.10.1998	RJ 1998\7565	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Institut Català de la Salut v. Dña. Carmen A. C. y «Hospital de San Pablo»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1998	RJ 1998\10164	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Luis P. P. v. Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Salud y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.4.1999	RJ 1999\2588	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Antonio B. C., «Winterthur Sociedad Suiza de Seguros», «Clínica Bofill, S. L.» y «Mutua Intercomarc» v. D. Teodoro R. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.3.2000	RJ 2000\1508	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. Dña. Ángele B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 3.10.2000	RJ 2000\7799	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Ángel G. A. v. Instituto Nacional de la Salud e Instituto Nacional de la Seguridad Social
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.1.2001	RJ 2001\3	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Carlos V. H. contra Dña. Enriqueta
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, 13.2.2001	AC 2001\2250	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo	D. Salvador G. G. v. D. Miguel M. B., «Winterthur, S. A.», «Societat Refractiva Balear Miopía Láser, S. L.» y «Sanitaria Balear, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.4.2001	RJ 2001\6891	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Servicio Valenciano de Salud v. Dña. Encarnación M. A. y Dña. Pilar
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 14.10.2002	RJ 2003\359	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Instituto Nacional de la Salud v. D. Cipriano S. G., Dña. Rosa S. L., Dña. Sheila S. S. y D. Iván
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.4.2003	JUR 2006\281892	Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo	Dña. Lorenza v. Administración General del Estado e Instituto Nacional de la Salud

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 29.5.2003	RJ 2003\3916	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Sonia v. D. Luis Enrique y Servicio Valenciano de Salud
Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, 2.12.2003	JUR 2004\66771	Ilmo. Sr. D. Florencio de Marcos Madruga	D. Simón y «Winterthur Seguros Generales, S. A.» v. Dña. Montserrat
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.4.2004	RJ 2004\2608	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Armando v. D. Jesús Manuel y D. Sergio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.6.2004	RJ 2004\3859	Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez	Dña. Elvira v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.10.2004	RJ 2004\7218	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Alfredo v. D. Pedro Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.11.2004	RJ 2005\22	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Marta v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.1.2005	RJ 2005\995	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Alicia v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.3.2005	RJ 2005\4306	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Juan Ramón v. Administración General del Estado y Comunidad de Madrid
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.5.2005	RJ 2005\4902	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Angelina v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.6.2005	RJ 2005\5323	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Gloria v. Administración General del Estado e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.12.2005	RJ 2006\4254	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. José Carlos v. «Axa Aurora Ibérica, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Servicio Gallego de Sanidad de la Xunta de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.5.2006	RJ 2006\4724	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Medicentros, Sociedad Limitada», «Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija» y D. Javier v. D. Juan, Dña. María Rosario, D. Adolfo y Dña. Yolanda
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.6.2006	RJ 2006\5152	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. María Virtudes v. Administración General del Estado e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.6.2006	RJ 2006\5554	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Marco Antonio v. D. Luis María
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.10.2006	RJ 2006\8020	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Juan Luis v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.11.2006	RJ 2006\8059	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Montserrat, «Instituto Dexeus S. A.» y «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros» v. Dña. Mari Trini

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 12.12.2006	RJ 2006\9563	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Alfredo v. D. Ernesto, Dña. Gabriela y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 21.12.2006	RJ 2006\9567	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 16.1.2007	RJ 2007\1220	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Ángela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 6.2.2007	RJ 2007\2771	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	Dña. Paula v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.4.2007	RJ 2007\4294	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. María Luisa v. Servicio Gallego de Salud y Xunta de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\4781	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Eva v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.10.2007	RJ 2007\5352	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Maite v. D. Serafín y Servicio Canario de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 2.11.2007	RJ 2008\731	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Mauricio v. Administración General del Estado y Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 2.11.2007	RJ 2008\731	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Mauricio v. Administración General del Estado y Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.12.2007	RJ 2007\9154	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Beatriz v. Comunidad de Madrid y «Cía. de Seguros y Reaseguros Zurich España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.12.2007	RJ 2007\9034	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Juzgado de Primera Instancia n. 1 de Pamplona, 16.10.2007	JUR 2009\216623		Dña. Marina y Dña. Rosa v. «Clínica Universitaria de Navarra»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 15.5.2008	JUR 2008\294870	Ilmo. Sr. D. Álvaro Domínguez Calvo	Dña. Inmaculada v. Servicio Extremeño de Salud y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excm. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.1.2009	RJ 2009\1481	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Yolanda v. Instituto Nacional de la Salud, Dña. Teresa y D. Rodolfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.6.2009	RJ 2009\6531	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	Servicio Gallego de Salud v. Junta de Galicia / Dña. Laura v. «Axa Aurora Ibérica, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2009	RJ 2009\5481	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Nicolasa v. «Mutua Fremap»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.10.2009	RJ 2009\5564	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Laureano v. D. Obdulio y «Nisa Nueva Inversiones en Servicios S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 27.10.2009	RJ 2009\7656	Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez	D. Gustavo v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.3.2010	RJ 2010\4544	Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Belinda v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europa, Seguros y Reaseguros, S. A. («HCC EUROPE»)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.5.2010	RJ 2010\4780	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Alejo v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2010	RJ 2010\5948	Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Valle v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 30.6.2010	RJ 2010\5968	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	Dña. Adelina v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.1.2011	RJ 2011\299	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Segundo, Dña. Aurelia, Dña. Consuelo, Dña. Florinda y Dña. Lucía v. «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros, S. A.» y D. Adolfo
Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, 11.2.2011	JUR 2012\344622	Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón	Dña. Claudia v. D. Ambrosio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.4.2011	RJ 2011\3057	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Hortensia v. Servicio Madrileño de la Salud y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, 10.6.2011	AC 2011\1372	Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal	Dña. Eloisa v. «Gestión Sanitaria Gallega S. L. U.» y D. Darío
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2011	RJ 2011\6035	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Fidela v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.9.2011	RJ 2012\941	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. José Augusto v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.10.2011	RJ 2011\7671	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Dimas v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.12.2011	RJ 2012\2604	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Matilde v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excmo. Sr. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en nombre propio y como padre de la menor Mercedes y de D. Saturnino) y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Instituto Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 11.5.2012	JUR 2012\304469	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Servicio Andaluz de Salud v. Dña. Otilia, Dña. Susana y D. Emilio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.9.2012	RJ 2012\9228	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Inés y D. Blas v. Ministerio de la Presidencia y «ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\300	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Tamara (en cualidad de tutora de D. Bernardino) v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros», Generalitat de Cataluña e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 4.6.2013	RJ 2013\4305	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Clara, D. Conrado y Dña. Marisol v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.6.2015	RJ 2015\5979	Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz	«Agrupación Mutual Aseguradora» v. Dña. Marí Jose
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.7.1996			077/1996
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.7.2004			229/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.2.2005			050/2005

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.12.2005	466/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.12.2005	468/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.7.2006	277/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2006	401/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.3.2007	157/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.3.2008	175/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.1.2009	018/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.4.2010	0187/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.1.2011	0008/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.3.2011	0147/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2011	0615/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.3.2012	0233/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.7.2012	0634/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.11.2013	0752/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.1.2014	0007/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.4.2014	0301/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.4.2014	0308/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.10.2014	0667/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 31.5.2017	0340/2017

17.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Court of Appeal, Civil Division, 30.7.1992	[1992] 4 All ER 649	Re T (adult: refusal of medical treatment)

17.3 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Minnesota Supreme Court, 1905	104 N. W. 12 (Minn. 1905)	Mohr v. Williams
Illinois Appellate Court, 1905	118 Ill. App. 161 (1905)	Pratt v. Davis
California Court of Appeal, 17.11.1939	35 Cal. App. 2d	Josephine Valdez, Appellant, v. James F. Percy <i>et al.</i> , Respondents

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Minnesota, 14.2.1958	251 Minn. 427 (1958), 88 N. W. (2d) 186	Helmer Bang and Another v. Charles T. Miller Hospital and Another. Frederic E. B. Foley, Respondent
California Court of Appeals, 17.5.1967	251 Cal. App. 2d	Claudine A. Pedesky, Plaintiff and Appellant, v. Leon W. Bleiberg, Defendant and Respondent
Washington Supreme Court, 11.1.1985	103 Wn.2d 645 (1985), 695 P.2d 116	Elmer E. Shorter, as Personal Representative, Appellant, v. Robert E. Drury, et al, Respondents

18. EXCEPCIONES AL DEBER MÉDICO DE RECABAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

18.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.9.2000	RJ 2000\8126	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Baltasar V. B. v. D. Manuel F.-V. D. y «Allianz-Ras Seguros y Reaseguros»
Tribunal Constitucional, Pleno, 2.12.2010	RTC 2010\132	D. Eugeni Gay Montalvo	Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia n. 8 de A Coruña en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC
Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, 15.3.2011	ARP 2011\635	Ilmo. Sr. D. Rafael Cancero Loma	Dña. Raquel v. Ministerio Fiscal y D. Luis María
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excmo. Sr. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en nombre propio y como padre de la menor Mercedes y de D. Saturnino) y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Institut Catalán de la Salut y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\314	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Juan Manuel y Dña. Marina (padres de la menor Paloma) v. Instituto Catalán de la Salud y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 4.12.2012	RJ 2013\1508	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. León v. «Segurcaixa Adeslas, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Administración General del Estado

18.2 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Minnesota Supreme Court, 1905	104 N. W. 12 (Minn. 1905)	Mohr v. Williams
Illinois Appellate Court, 1905	118 Ill. App. 161 (1905)	Pratt v. Davis
New York Court of Appeals, 14.4.1914	105 N. E. 92 (N. Y. 1914)	Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital
California Court of Appeal, 2.8.1948	87 Cal. App. 2d	Vern Preston, Appellant, v. Adrian O. Hubbell, Respondent
California Court of Appeal, 11.7.1949	92 Cal. App. 92	Florence Wheeler <i>et al.</i> , Appellants, v. Harry E. Barker, Respondent
District of Columbia Court of Appeals, 19.5.1972	464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972)	Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital Center
Supreme Court of California, 27.10.1972	8 Cal.3d 229	Ralph Cobbs, Plaintiff and Respondent, v. Dudley F. P. Grant, Defendant and Appellant
Court of Appeals of New York, 18.1.1990	551 N. Y. S.2d 876	In the Matter of Francis J. Fosmire, as Executive Vice-President of Brookhaven Memorial Hospital Medical Center, Appellant
New York Court of Appeals, 29.4.1999	709 N. E.2d 58	Ian Shine, Administrator v. José Vega and another
Supreme Court of Texas, 30.9.2003	118 S. W.3d 758	Sidney Ainsley Miller, by and Trough Her Next Friend Karla H. Miller, and Karla H. Miller and J. Mark Miller, Individually v. HCA, INC., HCA-Hospital Corporation of America, Hospital Corporation of America and Columbia/HCA Healthcare Corporation

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Washington, 23.1.2007	170 P.3d 1151 (2007)	Liam Stewart-Graves, a minor; and Nichole Stewart-Graves, as guardian ad litem, and Nichole Stewart-Graves and Todd Graves, Individually, Appellants, v. Katherine F. Vaughn, M. D.; The Vancouver Clinic, Inc., P. S.; and Southwest Washington Medical Center, Respondents

19. REVOCACIÓN Y RECHAZO: REQUISITOS

19.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 17.4.2009	JUR 2009\258310	Ilmo. Sr. D. Javier Izquierdo del Fraile	SESCAM v. Dña. María José

20. DEBER DE RESPETAR LA VOLUNTAD REVOCATORIA O DE RECHAZO A LA ACTUACIÓN MÉDICA

20.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Constitucional, Sala Primera, 20.6.1984	RTC 1984\369		Recurso de amparo interpuesto por D. Hipólito Héctor D. T.
Tribunal Constitucional, Pleno, 11.4.1985	RTC 1985\53	Dña. Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant	Recurso de amparo interpuesto por D. José María Ruiz Gallardón contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis CP
Tribunal Constitucional, Pleno, Pleno, 27.6.1990	RTC 1990\120	D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díez Eimil y D. José Vicente Gimeno Sendra	Recurso de amparo interpuesto por D. Sebastián R. V., D. Leoncio C. F. y D. Luis C. M.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Constitucional, Pleno, 19.7.1990	RTC 1990\137	D. Jesús Leguina Villa, D. José Luis de los Mozos y de los Mozos y D. Vicente Gimeno Sendra	Recurso de amparo interpuesto por D. Javier R. D., D. Pablo Fernández V. y D. José Carlos C. C.
Tribunal Constitucional, Pleno, 17.1.1991	RTC 1991\11	D. Fernando García-Mon y González Regueral	Recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal
Tribunal Constitucional, 25.3.1996	RTC 1996\48	D. Rafael de Mendizábal Allende	Recurso de amparo interpuesto por D. Vicente L. D.
Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, 22.9.2004	JUR 2004\308812	Ilma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre	D. Juan Francisco v. Ministerio Fiscal
Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, 18.3.2005	JUR 2005\196739	Ilma. Sra. María Teresa Fontcuberta de la Torre	D. Pablo v. Ministerio Fiscal
Audiencia Provincial de Lérida, Sección 1.ª, 25.1.2011	JUR 2011\148646	Ilma. Sra. María Lucía Jiménez Márquez	D. Casimiro v. Ministerio Fiscal.
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 28.3.2011	RTC 2011\37	Dña. Elisa Pérez Vela	Sr. G. B. y Ministerio Fiscal v. «Agrupación Mutua»
Juzgado de Instrucción de Guadalajara, Sección 4.ª, 8.11.2014	TOL4.727.701	D. Francisco Javier García Ferrández	Hospital Universitario de Guadalajara v. D. Fausto

20.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 1909	(1909) 26 TLR 139	Leigh v. Gladstone
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 24.5.1978	[1979] 1 Q. B. 276	Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees and Another
House of Lords, 17.10.1985	[1986] 1 A. C. 112	Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security
Court of Appeal, 25.2.1987	[1988] Q. B. 135	C v. S. and another
Court of Appeal, 4.2.1988	[1988] FCR 529	Re F (In Utero)
Court of Appeal, Civil Division, 30.7.1992	[1992] 4 All ER 649	Re T (adult: refusal of medical treatment)
High Court of Justice, Family Division, 12.10.1992	[1993] Fam. 123	In re S (adult: refusal of treatment)
Court of Appeal, Civil Division, 9.12.1992	1992 WL 896030	Airedale Nhs Trust v. Anthony Bland (By his guardian ad litem The Official Solicitor of the Supreme Court)
House of Lords, 4.2.1993	[1993] A. C. 789	Airedale N. H. S. Trust v. Bland

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
High Court of Justice, Family Division, 14.10.1993	[1994] 1 All ER 819	Re C (adult: refusal of medical treatment)
High Court of Justice, Family Division, 4.10.1994	[1995] Fam. 127	Secretary of State for the Home Department v. Robb
High Court of Justice, Family Division, 3.7.1996	[1997] 1 FCR 274	Rochdale Healthcare (NHS) Trust v. C
High Court of Justice, Family Division, 13.12.1996	35 BMLR 44	Re L (patient: non-consensual treatment)
Court of Appeal, 26.3.1997	[1997] 2 FCR 541	Re MB (An Adult: Medical Treatment)
Court of Appeal, 7.5.1998	[1999] Fam. 26	St. George's Healthcare N. H. S. Trust v. S., Regina v. Collins and others, ex parte S.
High Court of Justice, Queen's Bench Division, 10.3.2000	58 BMLR 173	R v. Collins and another, ex parte Brady
High Court of Justice, Family Division, 22.3.2002	[2002] EWHC 429 (Fam)	Ms B and An NHS Hospital Trust

20.3 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Nassau County Supreme Court, Special Team, 1.10.1962	44 Misc. 2d 27 (1962)	In the Matter of George D. Erickson, as Superintendent of Meadowbrook Hospital of the County of Nassau, Petitioner, v. Jacob Dilgard <i>et al.</i> , Respondents
Supreme Court of New Jersey, 19.6.1964	42 N. J. 421 (1964), 201 A.2d 537	Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital and Ann May Memorial Foundation in the Town of Neptune, New Jersey, Generally Known as the Fitkin Memorial Hospital, Plaintiff-Appellant, v. Willimina Anderson and Stuart Anderson, her Husband, Defendants-Respondents
Supreme Court of Illinois, 18.3.1965	32 Ill. 2d 361 (1965), 205 N. E. 2d 435	In re Estate of Bernice Brooks, Alleged Incompetent, Margaret I., Aste <i>et al.</i> , Appellees, v. Bernice Brooks <i>et al.</i> , Appellants
District of Columbia Court of Appeals, 31.8.1972	294 A.2d 372, 1972 D. C. App LEXIS 252	In the Matter of Charles P. Osborne
Unites States Supreme Court, 22.1.1973	410 U. S. 113	Roe v. Wade
Court of Appeals of Maryland, 22.3.1976	277 Md. 336 (1976), 353 A.2d 634	Hamilton v. McAuliffe
Suffolk County Supreme Court, Special Team, 9.12.1976	88 Misc.2d 974, N. Y. Misc. 1976	In the Matter of Kathleen Melideo, Respondent

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Georgia, 3.2.1981	247 Ga. 86 (1981), 274 S. E.2d 457	Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority <i>et al.</i> in the best interest of John or Mary Doe, a thirty-nine week old unborn child
Court of Appeal of Florida, Fourth District, 27.3.1985	465 So.2d 666 (1985)	St. Mary's Hospital, Appellant, v. Mark Ramsey, Appellee
New York Supreme Court, 22.4.1985	128 Misc.2d 1006 (N. Y. Misc. 1985)	In the Matter of Jamaica Hospital
Nassau County Supreme Court, Special Team, 25.6.1985	128 Misc.2d 804, N. Y. Misc. 1985	In the Matter of Winthrop University Hospital, Petitioner, v. Susan Hess, Respondent
Supreme Court of Mississippi, 30.10.1985	478 So.2d 1033 (1985), Misc. No. 1954	In re Brown
Superior Court of the District of Columbia, 7.7.1986	114 Daily Wash. L. Rptr. 2233 (D. C. Super. Ct. July 26, 1986)	In re Madyun
Supreme Court of Florida, 16.3.1989	541 So.2d 96	Public Health Trust of Dade County v. Wons
District of Columbia Court of Appeals, 26.4.1990	573 A.2d 1235 (1990)	In re AC
United States Supreme Court, 29.6.1992	505 U. S. 833 (1992)	Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania <i>et al.</i> v. Casey Governor of Pennsylvania, <i>et al.</i>
Court of Appeal of Florida, Fourth District, 8.7.1992	603 So.2d 538 (1992)	In re Matter of Patricia Dubreuil
Appellate Court of Illinois, First District, Second Division, 5.5.1994	632 N. E.2d 326 (1994), 260 Ill. App.3d 392, 198 Ill Dec. 267	In re Baby Doe, a fetus (The People of the State of Illinois, Plaintiff-Appellant, v. Mother Doe, Defendant-Appellee)
Supreme Court of Connecticut, 16.4.1996	236 Conn. 646 (1996)	The Stamford Hospital v. Nelly E. Vega
Appellate Court of Illinois, First District, Fifth Division, 31.12.1997	689 N. E.2d 397	In re Fetus Brown (The People of the State of Illinois, Petitioner-Appellee, v. Darlene Brown, Respondent-Appellant, and The Public Guardian of Cook County, Respondent-Appellant/ Cross-Appellee)

20.4 Italia

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Corte di Cassazione, 4.10.2007	N. 21748/2007	Beppino Englaro, nella qualità di tutore della figlia interdetta Eluana Englaro, v. Procura Generale della Repubblica di Milano, Procura Generale presso la Corte di Cassazione e la procura speciale

20.5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29.4.2002	[2002] ECHR 427	Pretty v. United Kingdom
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5.6.2015	ECHR 185 (2015)	Affaire Lambert et autres v. France

20.6 Comisión Europea de Derechos Humanos

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Comisión Europea de Derechos Humanos, 13.5.1980	(1981) 3 E. H. R. R. 408	Paton v. United Kingdom

21. DAÑO

21.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Málaga, 4.4.1995	AC 1995\1037	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas	Dña. Ángeles B. M. v. Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.10.1998	RJ 1998\8371	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	D. José Manuel T. A. v. Dña. Francisca B. C., «Frigo S. A.» y Dña. Nuria
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.9.2001	RJ 2001\7130	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Francisco Javier J. O. v. Servicio Vasco de Salud/Osakidetza y Hospital de Galdácano
Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 27.10.2001	RJ 2002\1079	Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui	D. Javier B. G. v. D. Pablo H. R. y «AGF Unión Fénix»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.3.2002	RJ 2002\3956	Excmo. Sr. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez	Dña. Josefa R. L. v. Instituto Nacional de la Salud y Administración General del Estado
Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 6.9.2002	RJ 2002\8991	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Abárzuza Gil	«Clínica Universitaria de Navarra» v. Dña. María R. O. (que actúa en representación de Dña. Nagore S. R.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 8.9.2003	RJ 2003\6065	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Dña. Estíbaliz v. D. Carlos María, «Sanatorio Nuestra Señora de la Salud S. A.» y «Compañía de Seguros de Asistencia Sanitaria Adeslas S. A.»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 5.11.2003	RJCA 2004\274	Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo	Dña. Victoria, Dña. Guadalupe, D. Rosendo y D. Luis Antonio v. Administración General del Estado, Instituto Nacional de la Salud, «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y «Mapfre Industrial S. A.»
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.11.2003	JUR 2004\50528	Excmo. Sr. Tomás García Gonzalo	Dña. Gabriela y Dña. Frida v. Administración General del Estado, Comunidad Autónoma de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.12.2003	RJ 2003\9302	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Evaristo y Dña. Ana (actuando en nombre propio y en representación de su hijo Armando) v. D. Juan Ignacio, D. José Augusto, Dña. Paula, D. Carlos Antonio, Institut Català de la Salut y «Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.2.2004	RJ 2004\3889	Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez	D. Joaquín v. Administración General del Estado
Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, 19.11.2004	AC 2005\84	Ilma. Sra. Milagros Martínez Rionda	D. Alberto y «A. M. A. Agrupación Mutual Aseguradora» v. Dña. Maribel
Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, 7.2.2005	AC 2005\290	Ilma. Sra. Fidela Cercas Domínguez	Dña. Concepción v. «Zurich España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.3.2005	RJ 2005\3203	Excmo. Sr. Román García Varela	Dña. Carmela, Dña. Beatriz y D. Luis Enrique v. Instituto Nacional de la Salud y Dña. Estefanía
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 25.4.2005	RJ 2005\4448	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	Dña. Estela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.10.2005	RJ 2005\8763	Excmo. Sr. Román García Varela	Dña. Remedios v. Institut Català de la Salut, «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Dña. Carla
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.11.2005	RJ 2006\1544	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Patricia y D. Luis Pablo v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.11.2005	RJ 2005\7531	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Gloria v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2006	RJ 2006\2198	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Valentín v. Gobierno de Canarias

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.5.2006	RJ 2006\2399	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Marta y D. Darío v. Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.6.2006	RJ 2006\5554	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Marco Antonio v. D. Luis María
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 30.6.2006	RJ 2006\6580	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. María Cristina y D. Carlos José v. Xunta de Galicia, Servicio Gallego de Salud y «AXA Aurora Ibérica de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2008	RJ 2008\5789	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Javier (actuando en nombre propio y de sus hijos menores Clemente y Luis Carlos) v. Dña. Isabel, D. Plácido, D. Ernesto, «Instituto Bernabéu de Fertilidad y Ginecología, S. L.» y «Winterthur Seguros Generales, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.6.2009	RJ 2009\4323	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Adolfin v. D. Rodrigo, «Clínica Inmaculada Concepción S. A.» y «ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, Sociedad Anónima»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2009	RJ 2009\5481	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Nicolasa v. «Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social» y Administración General del Estado
Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, 23.1.2009	JUR 2009\276751	Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez	Dña. Yolanda (actuando en representación de su hija Ariadna) v. Dña. Dolores
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.12.2009	RJ 2009\8152	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	D. Celso v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.3.2010	RJ 2010\4211	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Jenaro, Dña. Caridad, Dña. Elvira, Dña. Gregoria y Dña. Milagros v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.5.2010	RJ 2010\4780	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Alejo v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.11.2010	RJ 2010\8291	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Sagrario v. Servicio Madrileño de la Salud y «Fundación Jiménez Díaz»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.3.2011	RJ 2011\2633	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Julieta v. D. Pelayo

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.5.2011	RJ 2011\3279	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Celia v. «P. S. M. Agrupación Mutual Aseguradora» y D. Felicísimo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2011	RJ 2012\1034	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Esmeralda v. «Mapfre Industrial, S. A. S.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.10.2011	RJ 2012\1298	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Sebastián y Dña. Raimunda (como herederos universales y sucesores en el proceso de su hijo D. Carlos Francisco) v. Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.11.2011	RJ 2012\1727	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Conrado v. Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña e Instituto Catalán de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.1.2012	RJ 2012\8	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Edemiro v. Servicio Aranés de Salud y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 16.1.2012	RJ 2012\1784	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» v. «Aresa Seguros Generales, S. A.» v. D. Pedro Enrique, Dña. Penélope, Dña. Rosa y D. Cornelio v. D. Adriano
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.3.2012	RJ 2012\4676	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Desiderio y Dña. Rosana v. Comunidad de Madrid
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.4.2012	RJ 2012\5672	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Marí Jose v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 22.5.2012	RJ 2012\6930	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Severiano v. Administración de la Comunidad Valenciana, «Clínica Virgen del Consuelo, S. A.», «Centro Médico Salus Reaseguros, S. A.» y «Mutua Valenciana de Levante (MUVALE)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.7.2012	RJ 2012\9131	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Severino v. «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España» y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.10.2012	RJ 2012\9270	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Sergio v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\10199	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Gervasio v. Institut Català de la Salut y Generalitat de Cataluña

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 13.11.2012	RJ 2013\1659	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Pilar (actuando en nombre propio y como tutora legal de su esposo D. Teodulfo) v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Mapfre Seguros de Empresas, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 15.11.2012	JUR 2012\401062	Ilmo. Sr. D. José Manuel González Rodríguez	Dña. Maribel v. SESPAs y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.9.2014	RJ 2014\5048	Excma. Sra. Pilar Teso Gamella	D. Baltasar y Dña. Amelia v. Generalitat Valenciana y «Hannover Internacional España, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 18.12.2014	JUR 2015\40988	Ilma. Sra. María del Mar Fernández Romo	D. Carlos María v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance Europe Limited Sucursal en España»
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 11.5.2015	JUR 2015\137939	Ilmo. Sr. D. Óscar Luis Rojas de la Viuda	D. Agustín (actuando en nombre propio y de sus hijos menores Hugo y Daniela) y Dña. Penélope v. Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.5.2015	RJ 2015\2448	Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas	Dña. Delia v. Generalitat de Cataluña, Institut Català de la Salut y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.5.2015	RJ 2015\3132	Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas	D. Anton v. Generalitat Valenciana y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.6.2015	RJ 2015\5979	Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz	«Agrupación Mutua Aseguradora» v. Dña. Marí Jose
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.9.2015	RJ 2015\3712	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Teresa v. «Zurich Insurance PLC» y D. Gustavo
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 22.10.2015	RJ 2015\5040	Excmo. Sr. Andrés Palomo del Arco	D. Enrique v. D. José y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 21.12.2015	RJ 2016\55	Excmo. Sr. Ángel Arozamena Laso	D. Rodolfo v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de Aragón»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.4.2016	RJ 2016\1428	Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz	D. Erasmo v. D. Herminio y «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 25.5.2016	RJ 2016\2275	Excmo. Sr. Rafael Toledano Cantero	D. Felipe v. «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, S. A.» Y Comunidad de Castilla y León
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 14.11.2016	JUR 2017\21065	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Dña. Graciela v. Servicio Andaluz de Salud (SAS) y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, 10.2.2017	AC 2017/609	Ilmo. Sr. D. Carles Vila i Cruells	Dña. Covadonga v. Institut Català de la Salut, «Zurich España, Cía. De Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 28.4.2017	RJ 2017/2392	Excma. Sra. María del Pilar Teso Gamella	Dña. Martina v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.10.2004			325/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.12.2004			381/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.3.2005			096/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.4.2005			127/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.5.2005			166/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.6.2005			193/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.7.2005			257/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.7.2005			285/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.4.2006			115/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 11.11.2009			765/2009

21.2 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 27.10.1966	368 F.2d 626 (4 th Cir. 1966)	Harry J. Hicks, Administrator of the Estate of Carol Greitens, deceased, Appellant, v. United States of America, Appellee
Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, 27.12.1978	46 N. Y.2d 401 (1978)	Dolores E. Becker <i>et al.</i> , Respondents, v. Eugene D. Schwartz <i>et al.</i> , Appellants
Supreme Court of Oklahoma, 16.1.1996	910 P.2d 1024	Hardy v. Southwestern Bell Telephone Co.
Supreme Court of Kansas, 1.11.2002	274 Kan. 905 (2002)	James Pipe, Individually and for and on Behalf of the Heirs at Law of Edwina Pipe, Deceased, and James Pipe, as Administrator of the Estate of Edwina Pipe, Deceased, Appellant, v. James J. Hamilton, M. D., Appellee
United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, 21.5.2010	379 Fed. Appx. 727, 729	Corey Frey, Plaintiff-Appellant, v. AT&T Mobility, LLC, f/k/a Cingular Wireless; AT&T Corporation, a foreign corporation, Defendants-Appellees

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

21.3 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Court of Appeal, 1911	[1911] 2 KB 786	Chaplin v. Hicks

21.4 Francia

Tribunal y fecha	Ref.
Cour de Cassation, Chambre des requêtes, 17.7.1889	S. 1891, 1, 399

22. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

22.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 22.1.1963	TOL4.330.124	Excmo. Sr. Julio Calvillo Martínez	D. Pedro Antonio v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17.5.1967	RJ 1967\2423	Excmo. Sr. Julio Calvillo Martínez	D. Rosendo y D. Bernardo v. «Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de Villamor de los Escuderos»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 20.5.1981	RJ 1981\2247	Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez	Ministerio Fiscal y D. Antonio B. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Criminal, 5.4.1983	RJ 1983\2242	Excmo. Sr. Martín Jesús Rodríguez López	D. José R. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 11.2.1987	RJ 1987\1241	Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos	Acusación particular
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 16.7.1987	RJ 1987\5541	Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos	D. José Ángel Z. G. y D. Pedro D. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.11.1997	RJ 1997\7868	Excmo. Sr. Román García Varela	D. José María B. R. e INSALUD v. D. Jorge T. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 17.11.1987	RJ 1987\8532	Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz	D. Alejandro R. B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15.11.1988	RJ 1988\9166	Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto	D. Pedro P. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 9.2.1990	RJ 1990\1359	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	D. Jesús D. R. y «Compañía Metropolitana de Madrid, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 6.3.1991	RJ 1991\1922	Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos	D. Pedro G. S.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 1.7.1991	RJ 1991\5485	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	D. Damián R. G. v. D. Ángel T. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.7.1991	RJ 1991\5429	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	«Sanatorio y Dispensario de la Milagrosa S. A.» y Dña. M.ª Herminia G. L. v. D. José Q. L.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.4.1992	RJ 1992\3323	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	Dña. Pilar C. C. v. «Central de Seguros, S. A.», «Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús», D. Antoni C. C. y D. Miguel R. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 23.4.1992	RJ 1992\6783	Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater	Caso aceite de colza
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3.11.1992	RJ 1992\8875	Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz	D. Gumersindo S. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 18.7.1994	RJ 1994\6642	Excmo. Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez	D. José Carlos M. R. y Ministerio Fiscal
Audiencia Provincial de Granada, 5.12.1994	AC 1994\2344	Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez	«Teleinformática y Comunicaciones, S. A.» v. D. Antonio G. G. y D. Juan P. R.
Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, 7.6.1995	ARP 1995\852	Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Andrés M. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 26.6.1995	RJ 1995\5152	Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater	D. David B. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 30.12.1996	RJ 1996\9244	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Andrés A. Ll.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 26.9.1997	RJ 1997\6366	Excmo. Sr. Gregorio García Ancos	Caso aceite de colza
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.2.1998	RJ 1998\707	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	Dña. Pilar H. G. e Instituto Nacional de la Salud v. D. Leoncio M. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.6.2000	RJ 2000\5918	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Primo A. Q. y Dña. Crescencia S. F. v. «Repsol Butano, S. A.», «Mapegas, S. A.» y D. Mariano C. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.9.2000	RJ 2000\8126	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Baltasar V. B. v. D. Manuel F.-V. D. y «Allianz Ras, Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 25.9.2000	RJ 2000\8083	Excmo. Sr. José Antonio Marañón Chávarri	D. Fernando R. N. v. D. José María T. D. y Dña. Amparo C. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 9.10.2000	RJ 2000\9958	Excmo. Sr. José Jiménez Villarejo	Ministerio Fiscal y D. Enrique C. C. v. Dña. Manuela L. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2000	RJ 2000\7804	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Servicio Andaluz de Salud v. Dña. María del Carmen M. C.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 19.10.2000	RJ 2000\9263	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	D. Miguel F. H. v. D. José L. A. y Dña. Ángeles G. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 17.1.2001	RJ 2001\397	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	Ministerio Fiscal, D. Antonio P. S. y «Acusación Particular Comunidad de Propietarios c/ Holanda núm. ... de Hospitalet de Llobregat»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 7.6.2001	RJ 2001\4198	Excmo. Sr. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez	Instituto Nacional de la Salud v. D. Julio G. J. y otros
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 5.6.2002	JUR 2003\58653	Excmo. Sr. José Guerrero Zaplana	Dña. María Esther M. G. v. INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.7.2002	RJ 2002\5514	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Rafael L. V. v. D. Ángel L. M. e Instituto Nacional de la Salud
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, 16.10.2002	JUR 2003\59970	Excma. Sra. Lucía Acín Aguado	Dña. M.ª Pilar H. S. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.12.2002	RJ 2003\914	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. José L. P. (fallecido y sucedido por Dña. Mirta S. M.) v. Dña. Rosalía Dolores P. G. y «Sanatorio Virgen del Mar S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 4.7.2003	RJ 2003\5445	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	D. David B. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 24.10.2003	RJ 2003\7519	Excmo. Sr. José de Asís Garrote	D. José Manuel v. «AGF Seguros, S. A.» y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 10.11.2003	RJ 2004\1770	Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	D. Carlos Ramón v. Acusación particular (en nombre de D. Inocencio)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.1.2004	RJ 2004\439	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	Dña. Mari Juana v. D. Arturo y Servicio Vasco de la Salud/Osakidetza
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.2.2005	RJ 2005\949	Excmo. Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	«Equip Multidisciplinar d'Atenció i Informació, Sociedad Limitada» v. D. José y Dña. Paloma
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 3.3.2005	RJ 2005\4112	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Acusación particular (en representación de D. Gaspar) v. D. Jesús Luis y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 10.3.2005	RJ 2005\4044	Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo	D. Bruno y Dña. Lucía v. Acusación particular (Junta de Extremadura)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.4.2005	RJ 2005\4521	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«A/S Hydrema Danmark» v. «Eugenio Manau, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 14.4.2005	RJ 2005\4355	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. José Antonio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.5.2005	RJ 2005\4682	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Cocalim S. L.» v. «Asesoría Mejías S. A.», «Euromutua Seguros y Reaseguros a Prima» y «UAP Ibérica S. A.»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 17.5.2005	RJ 2005\6692	Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar	D. Benedicto y D. Carlos Alberto v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.9.2005	RJ 2005\6745	Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés	D. Lucio v. D. Carlos Alberto y Dña. Encarna
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 20.9.2005	RJ 2005\6831	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Jesús Ángel D. Germán
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.9.2005	RJ 2005\8885	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	«Aegón Unión Aseguradora, S. A.», D. Braulio, Dña. Ángela y D. Silvio v. D. Félix, Dña. Ariadna y Dña. María Ángeles
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 26.9.2005	RJ 2005\7336	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Acusación particular (en representación de D. Benito) y Ministerio Fiscal v. D. Rafael y Víctor Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.10.2005	RJ 2005\8547	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 26.10.2005	RJ 2006\1543	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Adolfo y D. Marcos
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.12.2005	RJ 2006\196	Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés	D. Francisco v. D. Eloy, «Mas Misse Agrícola, S. A.» y Dña. Alicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 2.1.2006	RJ 2006\129	Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés	«Heliswiss Ibérica, S. L.» v. «AGF Unión Fénix S. A.» Y D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 14.2.2006	RJ 2006\884	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Hugo y D. Manuel v. Dña. Mercedes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 7.3.2006	RJ 2006\2305	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 31.3.2006	JUR 2006\124375	Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín	Dña. Encarna y D. Luis Alberto v. Generalitat de Cataluña y Dña. Virginia
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 4.5.2006	JUR 2006\178178	Excmo. Sr. José Antonio Martín Pallín	D. Cornelio v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 16.6.2006	RJ 2006\3734	Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés	«Transformados Erausquin, S. A.» v. D. José Manuel y D. Octavio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.6.2006	RJ 2006\5558	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	«Gaudí Barcelona, S. A.» V. «Feria Oficial e Internacional de Muestras de Barcelona»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 10.10.2006	RJ 2006\7705	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Mauricio v. D. Pedro Antonio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.11.2006	RJ 2006\8058	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. María Inmaculada v. «Policlínica Vigo S. A.», Servicio Gallego de Salud (SERGAS), D. Luis Miguel, D. Juan Enrique y Dña. Esther
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.1.2007	RJ 2007\552	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Servicio Andaluz de Salud v. D. José Enrique

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 15.3.2007	RJ 2007\3269	Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar	D. Raúl v. Dña. Silvia
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 28.3.2007	RJ 2007\3533	Excmo. Sr. Joaquín Giménez García	Acusación particular (Dña. Montserrat), D. Luis, Dña. Verónica v. D. Gustavo y D. Abelardo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.4.2007	RJ 2007\2322	Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penadés	Dña. Gloria, Dña. Araceli, D. Everardo y D. Rosendo v. «Policlínico Vigo S. A. (POVISA)», D. Agustín y D. Imanol
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.4.2007	RJ 2007\3541	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Elvira v. D. Rogelio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.5.2007	RJ 2007\3542	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	«Segur Ibérica, S. A.» v. Dña. Erica y Dña. Magdalena
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 30.5.2007	RJ 2007\3598	Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar	D. Lorenzo v. Acusación Particular (Dña. Camila)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.7.2007	RJ 2007\3658	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Concepción y D. Millán (en representación de su hijo menor de edad Carlos Alberto) v. D. Alejandro, D. Federico e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.7.2007	RJ 2007\4895	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	«AXA Aurora Ibérica, S. A.» v. Dña. María Milagros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.12.2007	RJ 2008\251	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Clínica Parque San Antonio, S. A.», D. Iván y D. Lucio v. «Entidad Adeslas» v. D. Pedro (personándose <i>a posteriori</i> como herederas Dña. María Inmaculada, Dña. Angelina y Dña. Carmela)
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 10.12.2007	RJ 2008\1313	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Darío v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11.6.2008	RJ 2008\4358	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Luis v. «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.» y «Siderurgia Sevillana, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, 9.10.2008	RJ 2008\6042	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Price Waterhouse Auditores, S. A.» y D. Iván v. «Lepanto, S. A. Compañía de Seguros y Reaseguros Generales», D. Luis Enrique, «Alto Penedés, S. A.» y «Seguros Catalana Occidente, S. A. de Seguros y Reaseguros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 14.10.2008	RJ 2008\6913	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	Dña. Estíbaliz y otros v. «Ernst & Young, S. A.», D. Jesús María y «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 20.11.2008	JUR 2009\87791	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	D. Federico v. Ministerio Fiscal

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.11.2008	RJ 2009\144	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Eduardo, «Germans Crespi S. A.», D. Sebastián, «Compañía Mercantil Industrial Química Key Sociedad Anónima», Dña. Amanda y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación v. «Plus Ultras, S. A.», Dña. Mercedes, Dña. Catalina, D. Arturo, Dña. Sara, D. Jon, D. Carlos José, Dña. Gabriela, D. Bartolomé, Dña. Ana y Dña. Paloma
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 26.11.2008	RJ 2008\7134	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Ministerio Fiscal y Acusación particular (D. José Luis y D. Carlos Miguel) v. D. José Luis
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 28.11.2008	RJ 2008\6938	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	«Asonier, S. L.» v. «Proyectos e Instalaciones M. Gil, S. L.», D. Alejandro y D. Gerardo
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 22.12.2008	RJ 2009\557	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García	D. Aurelio y D. Pablo v. «Hospital Clínico y Provincial de Barcelona»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 27.2.2009	RJ 2009\1672	Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer	D. Ángel Daniel v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 2.3.2009	RJ 2009\3287	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Asfaltos Chova S. A.» v. D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.3.2009	RJ 2009\1631	Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller	«Pricewaterhousecoopers Auditores, S. L.» v. «Sindicatura de la Quiebra de Euskal Air, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.6.2009	RJ 2009\4705	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Aurelio y «Unidad Editorial, S. A.» V. D. Florián
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.6.2009	RJ 2009\5490	Excmo. Sra. Encarnación Roca Triás	D. Paulino v. Dña. Remedios, «Asociación Civil Dianética» y «Centro de Mejoramiento Personal»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.7.2009	RJ 2009\3161	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Unmequi Universal Médico Quirúrgica, S. A. y Seguros» y Dña. Apolonia (en representación de su hijo menor Ambrosio) v. D. Erasmo, «Winterthur Seguros Generales, S. A.» y «Allianz Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.10.2009	RJ 2009\5583	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Jacinta y D. Donato v. «Fénix Directo Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 10.11.2009	RJ 2010\117	Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar	Dña. Bárbara v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 28.1.2010	JUR 2010\66824	Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruíz	D. David, D. Hilario y Dña. María Luisa v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 11.2.2010	JUR 2010\82290	Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar	D. Roberto v. Ministerio Fiscal

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 18.2.2010	RJ 2010\3500	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Ministerio Fiscal, D. Basilio, D. Enrique, D. Inocencio y D. Pedro v. Dña. Miriam, D. Pedro Jesús y Dña. Ana María
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 10.3.2010	RJ 2010\4074	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Carmelo v. Dña. Ofelia y Dña. María Ángeles
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 26.3.2010	RJ 2010\2431	Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar	D. Heraclio y Dña. Caridad v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 2.6.2010	RJ 2010\6175	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	D. Marí José v. Acusación particular (en nombre de Marí José y otros) v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.9.2010	RJ 2010\8006	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Comunidad de Propietarios EDIFICIO000» v. «Grupo de Empresas «P. R. A. S. A.»»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.10.2010	RJ 2011\1550	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	Dña. Eufrasia y otros v. «Ernest & Young, S. A.», D. Pablo y «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 28.10.2010	JUR 2010\396229	Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz	D. Celestino y D. Juan v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.11.2010	RJ 2011\585	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Florián v. Dña. Felicidad
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.12.2010	RJ 2011\139	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Fabio v. D. Mateo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 15.12.2010	RJ 2011\1550	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	Dña. Eufrasia y otros v. «Ernest & Young, S. A.», D. Pablo y «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.5.2011	RJ 2011\3279	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Celia v. «P. S. M. Agrupación Mutual Aseguradora» y D. Felicísimo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.5.2011	RJ 2011\3982	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Gaspar, D. Maximino, D. Vicente, D. Abelardo, Dña. Zaira y Dña. Daniela v. D. Eugenio, «P. S. N. Agrupación Mutual Aseguradora» y «Caser S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 1.6.2011	RJ 2011\4260	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Manuel v. «Seguros Zurich»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.7.2011	RJ 2011\5972	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Comunidad de propietarios de la CALLE000, n.º NUM000» v. Dña. Salvadora, Dña. Marí Juana, Dña. Ángeles y Dña. Casilda
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.7.2011	RJ 2011\6287	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Gestevisión Telecinco» v. Dña. María Rosario (actuando en su propio nombre y de su hija menor María Rosario)

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, 7.11.2011	JUR 2011\426626	Ilmo. Sr. D. Ignacio Javier Ráfols Pérez	D. Lucio v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.11.2011	RJ 2012\1498	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Mazda Motor España, S. A.» v. D. Alonso, D. Baltasar y D. Carlos
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 27.1.2012	RJ 2012\2064	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	Dña. Victoria y D. Vidal v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 26.4.2012	RJ 2012\11374	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Gumersindo y D. Landelino v. Dña. Zaida y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 16.5.2012	RJ 2012\6781	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Comunidad Autónoma de Aragón v. Dña. Rosario y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, 10.9.2012	RJ 2012\11046	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Dionisio v. «Allianz Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.9.2012	RJ 2012\9017	Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	«Promociones San Juan Urbana 2002, S. L.» V. «Río Gran S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.10.2012	RJ 2012\9270	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Sergio v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.10.2012	RJ 2012\9711	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Grupo Torras, S. A.» v. «Pricewaterhousecoopers Auditores S. L.» y D. Hipólito
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.1.2013	RJ 2013\4590	Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno	Dña. Lucía v. Dña. Alicia, Dña. Gracia y Dña. Tarsila
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 7.2.2013	RJ 2013\8381	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Acusación particular (en representación de D. Constantino Segismundo y D. Dionisio Alfonso) v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 2.4.2013	RJ 2013\3620	Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro	Ministerio Fiscal y Acusación particular (Dña. Sabina, Dña. Tomasa y Dña. María Rosa) v. D. Eulalio, D. Lucio y Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.4.2013	RJ 2013\4058	Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho	Dña. Eugenia y D. Cornelio v. Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 28.5.2013	RJ 2013\3991	Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez	D. Juan y Dña. Aída v. Acusación particular (Junta de Andalucía) y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.7.2013	RJ 2013\4380	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Pilar y D. José Pablo v. D. Baltasar, Dña. Bernarda, «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España» y «Compañía de Seguros Adeslas S. A.»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 18.7.2013	RJ 2013\6773	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	D. Justo v. Ministerio Fiscal
Juzgado de Primera Instancia n. 90 de Madrid, 19.11.2013	AC 2013\2288	Ilma. Dña. Gemma Susana Fernández Díaz	«AVITE, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España» v. «Grünenthal Pharma S. A.»
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, 22.5.2014	AC 2014\1025	Ilma. Sra. Inmaculada Zapata Camacho	Dña. Adela v. D. Carlos Miguel, «Clínica Tres Torres, S. A.» y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.6.2014	RJ 2014\4362	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Endesa Distribución Eléctrica, S. L. U.» v. «Energya-VM Gestión de Energía, S. L. U.»
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, 13.10.2014	AC 2014\1712	Ilma. Sra. Sagrario Arroyo García	«Grünenthal Pharma, S. A.» v. «AVITE, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.11.2014	RJ 2014\5672	Excmo. Sr. José Luis Calvo Cabello	«Metro de Madrid, S. A.» v. D. Félix
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 29.1.2015	JUR 2015\74927	Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro	D. Valentín v. Ministerio Fiscal y D. Luis Ángel
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 26.2.2015	JUR 2015\105914	Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez	D. Fulgencio v. Acusación particular (D. Joaquín) v. Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 29.4.2015	JUR 2015\121378	Excmo. Sr. Joaquín Giménez García	Acusación popular (Dña. Magdalena y D. Gerardo) y Acusación particular (Dña. Raquel y otros) v. Dña. Flora
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, 8.6.2015	AC 2015\1023	Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González	«Berlingo Producciones, S. L.» y D. Luis Antonio v. «Figesda Gestión y Desarrollo 2012, S. L.» y D. Amador
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, 20.10.2015	RJ 2015\4226	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«AVITE, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España» v. «Grünenthal Pharma S. A.»
Tribunal Constitucional, 22.7.2016	RTC 2016\148		Recurso de amparo interpuesto por «AVITE, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.6.2017	RJ 2017\3030	Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller	Dña. Serafina v. «Mediaset España Comunicación, S. A.», «La Fábrica de la Tele, S. L.» y Dña. Aída
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 21.6.2017	JUR 2017\176412	Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	D. Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, 28.6.2017	RJ 2017\3084	Excma. Sra. Ana María Ferrer García	Dña. Carmen, Dña. Milagrosa, Dña. Clemencia y D. Higinio v. D. Samuel y Ministerio Fiscal
Tribunal y Fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.12.2009			846/2009

22.2 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
House of Lords, 10.3.1988	[1988] 1 AC 1074	Wilsher, Respondent v. Essex Area Health Authority, Appellants

22.3 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of Minnesota, 17.9.1920	146 Minn. 430	Jacob Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway Company and Others

22.4 Alemania

Tribunal y Fecha	Ref.
Bundesgerichtshof, 11.5.1951	I ZR 106/50
Bundesgerichtshof, 30.1.1961	III ZR 225/59

23. CARÁCTER SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

23.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1979	RJ 1979\4663	Excmo. Sr. Francisco Bonet Ramón	D. José Luis M. de S. S. y D. José Francisco Javier de E. U. v. D. José M. ^a O. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.7.1987	RJ 1987\5488	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Isidro Cecilio M. M. v. «Clínicas de Tenerife, S. A.», D. Joaquín G. B. y D. Gerardo R. B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.7.1988	RJ 1988\5991	Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso	D. Laudelino del P. M. v. D. José A. M., D. José G. N. e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.12.1989	RJ 1989\8789	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Gonzalo P. O. v. «Cooperativa Industrial Obrera de la Madera de Gallarza»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.2.1990	RJ 1990\668	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	D. Jorge P. P. y «Central de Seguros, S. A.» v. Dña. María Rosa A. S.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6.11.1990	RJ 1990\8528	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Jesús L. A. v. D. Alfredo A. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.2.1993	RJ 1993\793	Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo	Dña. Isabel G. P. v. D. Carlos P. C., «Central de Seguros S. A.», D. Miguel Bautista R. S., D. Santos P. C., «Winterthur S. A.» Y «Quinta de Salud La Alianza»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.11.1993	RJ 1993\9096	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Gonzalo G. D. v. Instituto Nacional de la Salud y D. Julio S. J.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.9.1994	RJ 1994\7313	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	Dña. Igone B. B. v. D. Carlos U. L., D. Luis G. R. e «Instituto Religioso de las Siervas de Jesús de la Caridad»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.3.1996	RJ 1997\1720	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	Dña. María Dolores M. R. v. D. Jaime M. S. y Dña. Rosa María M. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.7.1996	RJ 1996\6084	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. José Luis B. S. v. Dña. Isabel M. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.9.1996	RJ 1996\6720	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. José S. A. v. D. Enrique R. G. e Intitut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.6.2000	RJ 2000\4431	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Jerónimo S. D. y Dña. Manuela C. A. v. «Winterthur, Sociedad Suiza de Seguros» y D. Félix V. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 25.6.2003	RJ 2003\4261	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Javier, D. Juan Pedro y Dña. Pilar v. D. Mariano y «Winterthur Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.5.2006	RJ 2006\3535	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Hospital Gregorio Marañón» v. Dña. Marina e INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.1.2007	RJ 2007\977	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Marco Antonio y Dña. Margarita v. Dña. Amparo y Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.7.2008	RJ 2008\6904	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Juan Carlos y «Escotevall, Sociedad Cooperativa Catalana Limitada» v. D. Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.11.2009	RJ 2010\138	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Gregoria v. «Winterthur Seguros Generales, S. A., de Seguros y Reaseguros», «Grupo Hospitalario Quirón S. A.» y «DKV Seguros y Reaseguros SAE»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.11.2010	RJ 2011\1313	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Elena v. «Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Asepeyo», D. Jenaro, D. Julio y «Clínica Parque S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 1.6.2011	RJ 2011\4260	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Manuel v. «Seguros Zurich»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.11.2011	RJ 2012\3518	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Héctor v. «Pelayo, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija»

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.5.2012	RJ 2012\6356	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Eva María v. D. Luciano
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.6.2013	RJ 2013\4376	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Luis Enrique y Dña. Palmira y D. Carlos Alberto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 28.6.2013	RJ 2013\4986	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Verónica v. Dña. Eulalia, D. Augusto y Dña. Tatiana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.7.2013	RJ 2013\4380	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Pilar y D. José Pablo v. D. Baltasar, Dña. Bernarda, «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España» y «Compañía de Seguros Adeslas S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\5004	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Molding Clinic S. L.» v. Dña. Consuelo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.6.2015	RJ 2015\2651	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Emma v. Dña. Rosario y «Baix Penedés Central S. L.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.11.2015	RJ 2015\4791	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro, S. A.» y «Hospital Central de Cartagena, S. L.» y «Vapregar S. L.» y D. Feliciano

23.2 Francia

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Conseil d'État, 8.11.1935		Dame Vion
Conseil d'État, 8.11.1935	Requête número 31999	Dame Philipponneau
Conseil d'État, 26.6.1959		Rouzet
Conseil d'État, 10.4.1992	Requête número 79027	Epoux V.

24. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

24.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.6.1999	RJ 1999\4895	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Clara Isabel M. D. y Dña. M.ª Eugenia M. D. v. D. Jesús M. A., D. Rafael S. E., D. Enrique Darío L. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.11.2002	RJ 2002\10404	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Fernando M. V. v. D. José Ramón B. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.1.2003	RJ 2003\646	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Ramón O. B. v. D. Santiago A. M.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 8.5.2003	RJ 2003\3890	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Marisol v. «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros» y D. Carlos Antonio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.10.2004	RJ 2004\6229	Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo	Dña. Melisa v. Servicio Andaluz de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.10.2005	RJ 2005\8547	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel	
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.6.2006	RJ 2006\5554	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Marco Antonio v. D. Luis María
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.4.2007	RJ 2007\2397	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Tomás y Dña. Gloria v. Dña. María Rosario y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.10.2007	RJ 2007\7308	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Tomás y Dña. Verónica v. Dña. Antonia, D. Lucio, Generalitat Valenciana y «Explotaciones de Sanitario y Residencias, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 14.5.2008	RJ 2008\3071	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Mutua Universal Mugenat» v. D. Víctor
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2008	RJ 2008\5789	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. Javier (actuando en nombre propio y de sus hijos menores Clemente y Luis Carlos) v. Dña. Isabel, D. Plácido, D. Ernesto, «Instituto Bernabéu de Fertilidad y Ginecología, S. L.» y «Winterthur Seguros Generales, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.7.2009	RJ 2009\3161	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Unmequi Universal Médico Quirúrgica, S. A. y Seguros» y Dña. Apolonia (en representación de su hijo menor Ambrosio) v. D. Erasmo, «Winterthur» y «Allianz Cía. de Seguros y Reaseguros S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.12.2011	RJ 2012\166	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Enriqueta v. «Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, Hospital Beata María Ana» y D. César
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.11.2012	RJ 2013\135	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	«QBE Insurance (Europe)» y Comunidad de Madrid v. Dña. Esther
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\5004	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Molding Clinic S. L.» v. Dña. Consuelo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.6.2014	RJ 2014\3395	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Lorenza v. D. Ovidio y D. Bienvenido
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.4.2016	RJ 2016\1334	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Raúl v. «Agrupación Mutua Aseguradora»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.11.2016	RJ 2016\5649	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Adelaida v. «Javier González Tuñón S. L.», «W. R. Berley España» y D. Gabino

24.2 Estados Unidos de América

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Supreme Court of California, 1.7.1935	4 Cal. 2d 68, 47 P.2d 737	Walter G. Timbrell <i>et al.</i> , Respondents, v. Suburban Hospital, Inc. (a Corporation), <i>et al.</i> , Appellants
Supreme Court of California, 27.12.1944	25 Cal. 2d 486	Joseph Roman Ybarra, Appellant, v. Lawrence C. Spangard <i>et al.</i> , Respondents
Supreme Court of California, 31.10.1950	36 Cal. 2d 301, 223 P.2d 471	Henry Cavero, Respondent, v. Franklin General Benevolent Society (a Corporation), Appellant
California Court of Appeal, 3.3.1953	116 Cal. App. 2d 445, 254 P.2d 85	Joseph H. Costa, Appellant, v. Regents of the University of California <i>et al.</i> , Respondents
California Court of Appeal, 8.9.1953	120 Cal. App. 2d 108, 260 P.2d 997	Howard W. Bowers, Appellant, v. Isaac Y. Olch, M. D., <i>et al.</i> , Respondent
California Court of Appeal, 7.6.1955	133 Cal. App. 2d 439	Frank Bauer, Appellant, v. Marie Otis <i>et al.</i> , Respondents
California Court of Appeal, 24.12.1964	231 Cal. App. 2d 468	Sam Bruce Tangora, a Minor, etc., <i>et al.</i> , Plaintiffs and Appellants, v. Seymour R. Matanky, M. D., Defendant and Respondent

24.3 Reino Unido

Tribunal y fecha	Ref.	Partes
Exchequer Court, 25.11.1863	159 Eng. Rep. 299	Byrne v. Boadle

25. LEX ARTIS AD HOC

25.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.2.1990	RJ 1990\668	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	D. Jorge P. P. y «Central de Seguros, S. A.» v. María Rosa A. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.6.1990	RJ 1990\4945	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	D. Francisco E. L. v. Dña. Carmen C. J.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.3.1993	RJ 1993\2545	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Hipólito S. G. y «Clínica Vicente San Sebastián S. A.» v. D. Bernabé I. M. y Dña. Carmen B. B. (actuando en nombre y representación de su hijo D. Eduardo I. B.)

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.7.1996	RJ 1996\6084	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. José Luis B. S. v. Dña. Isabel M. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.9.1997	RJ 1997\6458	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Instituto Nacional de la Salud v. Dña. María Josefa A. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.10.1997	RJ 1997\7405	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. José Manuel C. S. y Dña. M.ª Josefa M. U. v. «Universidad de Navarra (Facultad de Medicina-Clínica Universitaria)», D. Antonio B. M. y otros
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 14.10.2002	RJ 2003\359	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Instituto Nacional de la Salud v. D. Cipriano S. G., Dña. Rosa S. L., Dña. Sheila S. S. y D. Iván S. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.2.2004	RJ 2004\3889	Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez	D. Joaquín v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.3.2004	RJ 2004\1668	Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán	Dña. Valentina v. Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.11.2004	RJ 2005\22	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Marta v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.1.2005	RJ 2005\113	Excmo. Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	D. Ángel Jesús v. Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.2.2005	RJ 2005\5216	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Julieta v. Generalitat Valenciana, D. Carlos Jesús y D. Rogelio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.4.2005	RJ 2005\4312	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Estela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.5.2005	RJ 2005\9332	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	Administración del Estado v. D. José Ignacio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.6.2005	RJ 2005\5323	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Gloria v. Administración General del Estado e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.9.2005	RJ 2005\7503	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Francisca v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.11.2005	RJ 2005\7531	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Gloria v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.1.2006	RJ 2006\253	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Gema, Dña. Remedios y D. Víctor v. Dña. Julia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.5.2006	RJ 2006\3535	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Catalina y «Hospital Gregorio Marañón» v. Dña. Marina e INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.12.2006	RJ 2007\232	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Domingo y Dña. Lidia v. Dña. Alejandra

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 12.12.2006	RJ 2006\9563	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Alfredo v. D. Ernesto, Dña. Gabriela y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.12.2006	RJ 2006\9172	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Centre Hospitalario de Manresa» v. D. Juan Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 16.1.2007	RJ 2007\1220	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Ángela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 16.4.2007	RJ 2007\3552	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. María Luisa v. D. Íñigo, «Winterthur Seguros Generales, S. A.» e Instituto Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\4781	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Eva v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.7.2007	RJ 2007\4895	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	«AXA Aurora Ibérica, S. A.» v. Dña. María Milagros
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.10.2007	RJ 2007\7309	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Leonardo y «Construcciones Residenciales y Sanatoriales, S. A. (Clínica Coreysa)» v. D. Vicente
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 28.11.2007	RJ 2007\8428	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Casimiro v. D. José Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 16.1.2008	RJ 2008\4	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. María Inés v. «Hospital de Sant Pau i Santa Tecla»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. «Mapfre Industrial S. A. S.» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.10.2008	RJ 2008\5793	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Gonzalo v. Dña. Patricia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.11.2008	RJ 2009\144	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Eduardo, «Germans Crespi S. A.», D. Sebastián, «Compañía Mercantil Industrial Química Key Sociedad Anónima», Dña. Amanda y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación v. «Plus Ultras, S. A.», Dña. Mercedes, Dña. Catalina, D. Arturo, Dña. Sara, D. Jon, D. Carlos José, Dña. Gabriela, D. Bartolomé, Dña. Ana y Dña. Paloma

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.1.2009	RJ 2009\1481	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Yolanda v. Instituto Nacional de la Salud, Dña. Teresa y D. Rodolfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.7.2009	RJ 2009\4459	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Manuel v. «Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social n.º 151»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2009	RJ 2009\5481	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Nicolasa v. «FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 61» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.1.2010	RJ 2010\418	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Instituto de Religiosas San José de Gerona (Entidad Clínica Santa Elena)», «Mapfre Caja Salud de Seguros y Reaseguros S. A.», Dña. Costanza y D. Ambrosio v. D. Luis Pablo y Dña. Silvia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.3.2010	RJ 2010\4544	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Belinda v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europa, Seguros y Reaseguros, S. A. (HCC EUROPE)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2010	RJ 2010\5948	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Valle v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 2.7.2010	RJ 2010\2641	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	D. Juan María y Dña. Enma v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.11.2010	RJ 2010\8291	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Sagrario v. Servicio Madrileño de la Salud y «Fundación Jiménez Díaz»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.11.2010	RJ 2011\1313	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. María Virtudes v. «Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Asepeyo», D. Jenaro, D. Julio, «Clínica Parque S. A.» y D. Marino
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.1.2011	RJ 2011\299	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Segundo, Dña. Aurelia, Dña. Consuelo, Dña. Florinda y Dña. Lucía v. «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros S. A.» y D. Adolfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 8.3.2011	RJ 2011\2022	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Felisa, Dña. Petra y D. Edmundo v. Generalitat Valenciana y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.3.2011	RJ 2011\2512	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Encarna v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.5.2011	RJ 2011\5778	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Jesús Ángel v. Administración de la Comunidad Valenciana y «Grupo Hospitalario Quirón, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.9.2011	RJ 2012\941	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. José Augusto v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.12.2011	RJ 2012\2604	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Matilde v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.12.2011	RJ 2012\166	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Enriqueta v. «Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús», «Hospital Beata María Ana» y D. César
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.12.2011	RJ 2012\3102	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Eulalio v. «Fundación Hospital Alcorcón»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en nombre propio y como padre de la menor Mercedes), D. Saturnino y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.4.2012	RJ 2012\5672	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Marí Jose v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Institut Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\9799	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited» v. D. Juan Pablo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\314	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Juan Manuel y Dña. Marina v. Institut Català de la Salut y Generalitat de Cataluña

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 4.12.2012	RJ 2013\1508	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. León v. «Segurcaixa Adeslas, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11.4.2013	RJ 2013\3384	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Cándido y «Clínica Moncloa S. A.» v. D. Germán
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.4.2013	RJ 2013\4058	Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho	Dña. Eugenia y D. Cornelio v. Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 4.6.2013	RJ 2013\4305	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Clara v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\4641	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Zulima v. D. Leovigildo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.5.2014	RJ 2014\2716	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Pablo v. D. Camilo y «Neurogrup S. L.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.11.2014	RJ 2014\5672	Excmo. Sr. José Luis Calvo Cabello	«Metro de Madrid, S. A.» v. D. Félix
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.5.2015	RJ 2015\3132	Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas	D. Anton v. Generalitat Valenciana y «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.6.2015	RJ 2015\2651	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Emma v. Dña. Rosario y «Baix Penedés Central S. L.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 6.10.2015	RJ 2015\4879	Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez	Dña. Constanza, D. Héctor, Dña. Frida y Dña. María v. Comunidad Autónoma de Castilla y León (sede de Valladolid) y «Zurich España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.10.2015	RJ 2015\4901	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Pedro v. D. Ambrosio y «Mapfre Seguros de Empresa S. A.» y «Grupo Hospitalario Quirón S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.4.2016	RJ 2016\1334	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Raúl v. «Agrupación Mutua Aseguradora»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.11.2016	RJ 2016\5649	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Adelaida v. «Javier González Tuñón S. L.», «W. R. Berley España» y D. Gabino
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.6.2017	JUR 2017\176620	Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez	Dña. María Antonieta v. «Zurich Insurance Plc. Sucursal en España, S. A.», «Cruz Roja Española» y Servicio de Salud del Principado de Asturias

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.2.2006	048/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.6.2006	230/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.6.2006	249/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.2.2007	092/2007

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 7.11.2007	591/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 2.4.2008	203/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.7.2008	432/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.10.2008	591/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 5.11.2008	607/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.9.2009	580/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 30.9.2009	645/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 1.12.2009	817/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.11.2013	0778/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.5.2014	0371/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.12.2014	0826/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.7.2015	0509/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.6.2016	0427/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 30.11.2016	0776/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.11.2017	0634/2017

26. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO

26.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.3.1950	RJ 1950\394	Excmo. Sr. Acacio Charrín y Martín Veña	
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3.12.1991	RJ 1991\8907	Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres	D. Ulrich T. H. v. Dña. Concepción G. D.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.5.1986	RJ 1986\2824	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	Dña. Josefa M. S. (actuando en nombre propio y de sus hijos menores de edad) v. D. José M. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.7.1987	RJ 1987\5488	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Isidro Cecilio M. M. v. «Clínicas de Tenerife, S. A.», D. Joaquín G. B. y D. Gerardo R. B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.7.1988	RJ 1988\5991	Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso	D. Laudelino del P. M. v. D. José A. M., D. José G. N. e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.2.1990	RJ 1990\668	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	D. Jorge P. P. y «Central de Seguros, S. A.» v. Dña. María Rosa A. S.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.2.1990	RJ 1990\677	Excmo. Sr. José Luis Albácar López	D. Pedro H. A. y «Adeslas, S. A.» v. D. Rafael L. G. y Dña. Ana M.ª G. L. (en nombre de su hija Dña. Ana Rosa L. G.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6.11.1990	RJ 1990\8528	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Jesús L. A. v. D. Alfredo A. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.5.1991	RJ 1991\3618	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. Zacarías V. S. v. INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20.2.1992	RJ 1992\1326	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. Ramón C. R. v. D. Pedro V. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.10.1992	RJ 1992\7547	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Manuel H. B., D. Eduardo A. R. e Instituto Nacional de la Salud v. D. Carlos Luis G. S. y Dña. Aidée A. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.2.1993	RJ 1993\793	Excmo. Sr. Jesús Martínez-Pardo	Dña. Isabel G. P. v. D. Carlos P. C., «Central de Seguros S. A.», D. Miguel Bautista R. S., D. Santos P. C., «Winterthur S. A.» y «Quinta de Salud La Alianza»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.7.1993	RJ 1993\6112	Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe	D. César Manuel F. L. v. «Fundación Hospital de Caridad de Gijón» e INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.11.1993	RJ 1993\9096	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Gonzalo G. D. v. Instituto Nacional de la Salud y D. Julio S. J.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25.4.1994	RJ 1994\3073	Excmo. Sr. José Luis Albácar López	D. José María V. L. v. D. Antolín (actuando por sí y en beneficio de la comunidad conyugal formada con su esposa Dña. María Teresa D. S.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.7.1994	RJ 1994\6730	Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández	INSALUD y D. José O. L. y D. Gregorio A. de la C. v. D. Antonio M. B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.9.1994	RJ 1994\7313	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	Dña. Igone B. B. v. D. Carlos U. L., D. Luis G. R. e «Instituto Religioso de las Siervas de Jesús de la Caridad»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.7.1996	RJ 1996\6084	Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	D. José Luis B. S. v. Dña. Isabel M. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.9.1996	RJ 1996\6720	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. José S. A. v. D. Enrique R. G. e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.2.1997	RJ 1997\940	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Miguel P. G. y Dña. Delia M. V. v. Dr. V. B., d. José Luis V. y Ana María G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.4.1997	RJ 1997\3249	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Instituto Nacional de la Salud v. D. Jorge Luis M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.6.1997	RJ 1997\5758	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	Dña. Yolanda A. F. v. «el médico cuya identidad se ignora integrante del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital Nuestra Señora de Covadonga de Oviedo», Dr. V. F. e Instituto Nacional de la Salud

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.6.1997	RJ 1997\5151	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Miguel Ángel R. C. v. Dña. Susana G. A., Dña. Marta G. A., D. José Luis G. A. y Dña. Mónica G. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.12.1997	RJ 1997\8964	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	INSALUD v. Dña. Silvia J. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.12.1997	RJ 1997\8816	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Ángela, «Control de Seguros, S. A.» y «Consorcio Hospitalario de Tarrasa, Hospital de San Lázaro» v. viuda e hijos de D. José P. D.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.2.1998	RJ 1998\634	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Carlos G. G. v. «Euromutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17.4.1998	RJ 1998\2055	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	Servicio Vasco de Salud v. Dña. Vicenta Z. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.12.1998	RJ 1998\9427	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	«Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús (Hospital de San Rafael)» y «Mutua General de Seguros» v. D. José María C. S. y D. Atilano R. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1998	RJ 1998\10164	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Luis P. P. v. Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Salud y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14.4.1999	RJ 1999\2615	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Teresa I. L. v. D. Miguel U. S., D. Alfonso de I. A., D. Luis Manuel C. L. y Servicio Vasco de Salud/Osakidetza
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.6.1999	RJ 1999\4894	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. M. ^a Rosario C. G. v. D. Enrique B. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.6.1999	RJ 1999\4895	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Clara Isabel M. D. y Dña. M. ^a Eugenia M. D. v. D. Jesús M. A., D. Rafael S. E. y D. Enrique Darío L. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5.2.2001	RJ 2001\541	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Amaia D. G. v. Dña. Marina S. L., Dña. Raquel G. R., «Aurora Polar Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros» y Servicio Vasco de Salud/Osakidetza
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.5.2001	RJ 2001\6197	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Marcial H. G. y Dña. María José R. R. v. Dña. Begoña R. H.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.12.2001	RJ 2002\2711	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. José Ramón A. H. v. Dña. Clara M. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4.2.2002	RJ 2002\1593	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	D. Juan Carlos F. T. v. D. Antonio María R. C., «La Unión y el Fénix Español, S. A.» e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 25.6.2003	RJ 2003\4261	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Javier, D. Juan Pedro y Dña. Pilar v. D. Mariano y «Winterthur Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.7.2003	RJ 2003\5391	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Isabel E. P. v. D. Francisco Javier B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.3.2004	RJ 2004\1668	Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán	Dña. Valentina v. Instituto Nacional de la Salud, Dña. María Antonieta y D. Juan Alberto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.9.2004	RJ 2004\5890	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Pablo (fallecido), D. Rodrigo (sucesor del fallecido D. Pablo) y D. Silvio v. D. Carlos Ramón
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.10.2004	RJ 2004\7218	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Alfredo v. D. Pedro Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.5.2005	RJ 2005\9332	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	Administración General del Estado v. D. José Ignacio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.10.2005	RJ 2005\8547	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	Dña. Raquel v. D. Carlos Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.11.2005	RJ 2006\4135	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Lucio I. L. v. «Osakidetza-Servicio Vasco de Salud»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.3.2006	RJ 2006\1823	Excmo. Sr. Román García Varela	D. Juan Ignacio y Dña. Mari Jose v. D. Luis Manuel, Dña. Julieta, Dña. Angelina, D. Carlos Antonio, D. José Luis y «Diputación de Valencia»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.10.2006	RJ 2006\6428	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos v. Dña. Maribel y «Centro Español de Dermatología Capilar, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 24.1.2007	RJ 2007\977	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Marco Antonio y Dña. Margarita v. Dña. Amparo y Servicio Andaluz de Salud (SAS)
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 28.3.2007	RJ 2007\3680	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Baltasar v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.4.2007	RJ 2007\3176	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Pedro v. D. Adolfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.5.2007	RJ 2007\4667	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Abelardo y Dña. Gloria v. D. José Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.10.2007	RJ 2007\5352	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Maite v. D. Serafín y Servicio Canario de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.11.2007	RJ 2007\8651	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Flor v. D. Alfonso y D. José Augusto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.12.2007	RJ 2008\469	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Herederos testamentarios de D. Germán v. «Hospital de la Santa Creu i Sant Pau», Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Seguridad Social, D. Carlos Miguel, D. Domingo y D. Roberto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 12.3.2008	RJ 2008\4045	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Alejandro v. Dña. María Milagros

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.6.2008	RJ 2008\4256	Excmo. Sr. Antonio Seijas Quintana	Dña. Filomena v. D. Luis Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 7.7.2008	RJ 2008\6872	Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco	D. Valentín v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.2.2009	RJ 2009\1147	Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco	D. Jesús Manuel v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.6.2009	RJ 2009\6460	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. María Consuelo v. «P. S. N. Agrupación Mutual Aseguradora» y D. Prudencio
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.11.2009	RJ 2010\138	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Gregoria v. «Winterthur Seguros Generales, S. A., de Seguros y Reaseguros», «Grupo Hospitalario Quirón S. A.» y «DKV Seguros y Reaseguros S. A. E.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.12.2009	RJ 2010\2913	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	Generalitat Valenciana v. D. Pedro Jesús
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.3.2010	RJ 2010\3778	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. José Enrique, Dña. Juana y D. Juan María v. «Grupo Hospitalario Quirón, S. A.», «Centro de Oftalmología Barraquer S. A.», D. Casimiro y D. Edemiro
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.5.2010	RJ 2010\5227	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» v. Dña. Celia y D. Luis Manuel (en representación de su hija menor Dña. Mónica)
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 25.6.2010	RJ 2010\5895	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	D. Indalecio v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.9.2010	RJ 2010\5155	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Onésimo v. D. Luis Francisco y «Clínica Parque San Antonio S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.11.2010	RJ 2010\7883	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Inés, Dña. Rocío, Dña. Violeta, D. Gabriel, Dña. Águeda, Dña. Camila, Dña. Elisa y D. Isaac v. Comunidad de Madrid y «Zurich España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.11.2010	RJ 2011\1313	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. María Virtudes v. «Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Asepeyo», D. Jenaro, D. Julio, «Clínica Parque S. A.» y D. Marino
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 3.12.2010	RJ 2010\8887	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	Dña. Andrea v. Comunidad Autónoma de Madrid y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 16.2.2011	RJ 2011\1490	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Trinidad v. Generalitat de Catalunya e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.3.2011	RJ 2011\1993	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Generalitat Valenciana y D. Matías
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 15.3.2011	RJ 2011\2139	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» v. Dña. Erica
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2011	RJ 2011\3405	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	D. Ernesto y Dña. Julia v. Comunidad Autónoma de Madrid y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.4.2011	RJ 2011\3643	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	D. Jerónimo v. Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2011	RJ 2011\6037	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Águeda (actuando en nombre propio y de su hijo incapacitado D. Alexander) v. «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, 22.7.2011	AC 2011\2105	Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán	D. Baldomero v. Dña. Gabriela y «Policlínico San Carlos»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2011	RJ 2012\1034	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Esmeralda v. «Mapfre Industrial, S. A. S.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.10.2011	RJ 2011\7671	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Dimas v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.11.2011	RJ 2012\1943	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Nicolás v. «Fundación Hospital Alcorcón»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.11.2011	RJ 2011\2530	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Miriam v. «Mapfre Industrial» y Comunidad de Madrid
Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, 28.11.2011	JUR 2012\330926	Ilmo. Sr. D. Joaquín Pablo Maroto Márquez	Dña. Adriana v. «Agrupación Mutual Aseguradora» y D. Ignacio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 16.1.2012	RJ 2012\488	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Nicolasa y D. Herminio v. «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.1.2012	RJ 2012\342	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Zulima y D. Nicolás v. Servicio Madrileño de Salud y «QBE Insurance Europe Limited Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.6.2012	RJ 2012\8064	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Comunidad y Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited» v. Dña. Zulima

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.7.2012	RJ 2012\8287	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Raquel v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\9798	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Jesús Miguel v. Generalitat Valenciana, «HDI Hannover Internacional S. A.», «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de Aragón
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4.3.2013	JUR 2013\194151	Ilma. Sra. M.ª del Camino Vázquez Castellanos	D. Eleuterio y María Esther v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance Europe Limited, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.4.2013	RJ 2013\4058	Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho	Dña. Eugenia y D. Cornelio v. Consejería de Sanidad de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 28.6.2013	RJ 2013\4986	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Verónica v. Dña. Eulalia, D. Augusto y Dña. Tatiana
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\5004	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Molding Clinic S. L.» v. Dña. Consuelo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.5.2014	RJ 2014\2477	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Cayetano, Dña. Julia (actuando en representación de sus hijos menores Heraclio, Lucio y Roberto) y «AXA Seguros Generales» v. Dña. Yolanda
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 11 de Barcelona, 23.7.2014	JUR 2014\254706	Ilmo. Pedro Luis García Muñoz	D. Jerónimo v. Institut Català de la Salut
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 11 de Barcelona, 3.10.2014	JUR 2014\273933	Ilmo. Pedro Luis García Muñoz	D. Patricio v. Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.2.2015	RJ 2015\641	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Nicanor
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, 25.3.2015	AC 2015\816	Ilma. Sra. Pilar Cerdán Villalba	Dña. Adoración v. «Corporación Dermoestética, S. L.» y D. Mario
Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, 2.6.2015	JUR 2015\222784	Ilma. Sra. Carmen González Castrillón	D. Luis Pedro v. Dña. Emma
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, 18.1.2016	JUR 2016\47531	Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa	Sra. Amparo v. Sra. Eloisa y «The Pondoder, S. L.»
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª, 26.2.2016	JUR 2017\105642	Ilmo. Sr. D. Manuel José López Orellana	D. Marcos v. «Mapfre Empresas S. A.», D. Valentín, «Clínica Empirical S. L.» y «Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 16.3.2016	RJ 2016\1428	Excma. Sra. Pilar Teso Gamella	D. Carlos José v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.4.2016	RJ 2016\1495	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Antonio v. Dña. María Rosario
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 8.7.2016	RJ 2016\4323	Excmo. Sr. Rafael Toledano Cantero	Dña. Gracia v. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.7.2016	RJ 2016\3618	Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas	Dña. África (actuando en nombre propio y en representación de su esposo incapaz D. Lázaro) v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, 12.1.2017	JUR 2017\27580	Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García	«Tokini, S. L.» v. Dña. Fátima
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 23.3.2017	JUR 2017\120636	Ilmo. Sr. D. Daniel Ruiz Ballesteros	Dña. Martina v. Servicio Extremeño de Salud y «Zurich Insurance PLC Sucursal en España»
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 20.4.2017	JUR 2017\111675	Ilmo. Sr. D. Daniel Ruiz Ballesteros	Dña. Asunción v. Servicio Extremeño de Salud y «Mapfre Industrial S. A.»

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 3.10.2002	260/2002
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.6.2003	259/2003
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.6.2003	260/2003
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.7.2004	227/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.7.2004	243/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.11.2004	350/2004
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.2.2005	035/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.3.2005	089/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.6.2005	210/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.6.2005	213/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.10.2005	365/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.11.2005	409/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.12.2005	473/2005
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.3.2006	087/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.3.2006	093/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.3.2006	107/2006

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.6.2006	246/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.7.2006	271/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.7.2006	311/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.7.2006	337/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 11.9.2006	349/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2006	409/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 3.10.2006	427/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 3.10.2006	431/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.1.2007	012/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 7.3.2007	113/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.3.2007	123/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.6.2007	310/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.6.2007	344/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 10.10.2007	547/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 30.1.2008	067/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.6.2008	349/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.9.2008	463/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.9.2008	498/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.10.2008	592/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.12.2008	733/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.12.2008	755/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.1.2009	034/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.2.2009	128/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 1.4.2009	229/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.5.2009	361/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.6.2009	407/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 1.7.2009	450/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 30.9.2009	650/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.10.2009	720/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 11.11.2009	756/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.12.2009	868/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.1.2010	0007/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.1.2010	0023/2010

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.3.2010	0112/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.4.2010	0213/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.5.2010	0273/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.5.2010	0316/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.6.2010	0358/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.6.2010	0393/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.9.2010	0506/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.12.2010	0708/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.12.2010	0868/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.12.2010	0872/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 2.2.2011	0076/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.3.2011	0150/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.4.2011	0271/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.5.2011	0300/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.5.2011	0349/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.6.2011	0389/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.6.2011	0410/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.7.2011	0499/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.7.2011	0518/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.7.2011	0528/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2011	0616/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.10.2011	0705/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.11.2011	0770/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.12.2011	0806/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.3.2012	0156/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.4.2012	0296/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.5.2012	0365/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.6.2012	0463/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.6.2012	0502/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.6.2012	0534/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.7.2012	0643/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.7.2012	0647/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.9.2012	0710/2012

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 31.10.2012	0878/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.11.2012	0953/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.3.2013	0169/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.5.2013	0384/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 3.7.2013	0480/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 24.9.2013	0638/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.11.2013	0753/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.12.2013	0824/2013
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.2.2014	0108/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.3.2014	0184/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 6.5.2014	0327/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.5.2014	0346/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.6.2014	0399/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.7.2014	0505/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.9.2014	0573/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.9.2014	0574/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.10.2014	0666/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.10.2014	0667/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.10.2014	0669/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 14.10.2014	0675/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.10.2014	0699/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.11.2014	0748/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.11.2014	0750/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.11.2014	0773/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.11.2014	0777/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.11.2014	0779/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.4.2015	0287/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.4.2015	0315/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.6.2015	0440/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.7.2015	0518/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.10.2015	0668/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 10.11.2015	0736/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.11.2015	0766/2015

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 11.1.2016	0023/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.2.2016	0124/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.6.2016	0426/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 7.7.2016	0462/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.7.2016	0504/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.7.2016	0505/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.10.2016	0659/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.11.2016	0702/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.11.2016	0755/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.1.2017	0015/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.3.2017	0124/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.3.2017	0157/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.4.2017	0246/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 24.5.2017	0322/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 31.5.2017	0350/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.6.2017	0391/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 28.6.2017	0417/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.09.2017	0489/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.9.2017	0520/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2017	0546/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.10.2017	0614/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.11.2017	0634/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 24.1.2018	0028/2018
Consejo Consultivo de Andalucía, 31.1.2018	0052/2018

26.2 Francia

Tribunal y fecha	Ref.
Cour de cassation, Chambre civile 1, 29.10.1985	83-17.091
Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.4.1995	92-11.975
Conseil d'État, Assemblée, 26.5.1995	143238
Conseil d'État, Assemblée, 26.5.1995	151798
Conseil d'État, Assemblée, 26.5.1995	143673

27. CARGA DE LA PRUEBA

27.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.3.1991	RJ 1991\2200	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	Dña. Lucía H. de P. v. D. Pablo H. de P. y Dña. Visitación T. del R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.7.1994	RJ 1994\6730	Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández	INSALUD, D. José O. L. y D. Gregorio A. de la C. v. D. Antonio M. B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.12.1997	RJ 1997\8964	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	INSALUD v. Dña. Silvia J. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.12.1997	RJ 1997\8690	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Instituto Nacional de la Salud v. Dña. María S. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.10.1998	RJ 1998\7565	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Institut Català de la Salut v. Dña. Carmen A. C. y «Hospital de San Pablo»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1998	RJ 1998\10164	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Luis P. P. v. Institut Català de la Salut, Instituto Nacional de la Salud y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.4.1999	RJ 1999\2583	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	D. Narciso G. R. y Dña. María Lorenza H. M. v. D. Juan María L. de A. y U. y «Clínica Virgen Blanca, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.4.1999	RJ 1999\2588	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Antonio B. C., «Winterthur Sociedad Suiza de Seguros», «Clínica Bofill, S. L.» y «Mutua Intercomarcal» v. D. Teodoro R. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 3.10.2000	RJ 2000\7799	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Ángel G. A. v. Instituto Nacional de la Salud e Instituto Nacional de la Seguridad Social
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.1.2001	RJ 2001\3	Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	D. Carlos V. H. v. Dña. Enriqueta G. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.4.2001	RJ 2001\6891	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Servicio Valenciano de Salud v. Dña. Encarnación M. A. y Dña. Pilar
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.12.2001	RJ 2002\2711	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. José Ramón A. H. v. Dña. Clara M. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 29.5.2003	RJ 2003\3916	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Sonia v. D. Luis Enrique y Servicio Valenciano de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 8.9.2003	RJ 2003\6065	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Dña. Estibalíz v. D. Carlos María y «Sanatorio Nuestra Señora de la Salud, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.4.2004	RJ 2004\2608	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Armando v. D. Jesús Manuel y D. Sergio

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.6.2004	RJ 2004\3859	Excmo. Sr. José Manuel Seira Míguez	Dña. Elvira v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.10.2004	RJ 2004\7218	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Alfredo v. D. Pedro Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.11.2004	RJ 2005\22	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Marta v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.1.2005	RJ 2005\995	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Alicia v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.3.2005	RJ 2005\4306	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Juan Ramón v. Administración General del Estado y Comunidad de Madrid
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.5.2005	RJ 2005\4902	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Angelina v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.6.2005	RJ 2005\5323	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	Dña. Gloria v. Administración General del Estado e Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.12.2005	RJ 2006\4254	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. José Carlos v. «Axa Aurora Ibérica, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Servicio Gallego de Sanidad de la Xunta de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.5.2006	RJ 2006\4724	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Medicentros, Sociedad Limitada», «Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija» y D. Javier v. D. Juan, Dña. María Rosario, D. Adolfo y Dña. Yolanda
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 26.6.2006	RJ 2006\5554	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Marco Antonio v. D. Luis María
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.10.2006	RJ 2006\8020	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Juan Luis v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 21.12.2006	RJ 2006\9567	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 16.1.2007	RJ 2007\1220	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Ángela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 6.2.2007	RJ 2007\2771	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	Dña. Paula v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.4.2007	RJ 2007\4294	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. María Luisa v. Servicio Gallego de Salud y Xunta de Galicia

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\4781	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Eva v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.10.2007	RJ 2007\5352	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Maite v. D. Serafin y Servicio Canario de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 2.11.2007	RJ 2008\731	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Mauricio v. Administración General del Estado y Servicio Andaluz de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.11.2007	RJ 2007\8253	Excmo. Sr. Román García Varela	«ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S. A.» y D. Juan Francisco v. Dña. Araceli
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.12.2007	RJ 2007\9154	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Beatriz v. Comunidad de Madrid y «Cía. de Seguros y Reaseguros Zurich España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.12.2007	RJ 2007\9034	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Leticia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 21.1.2009	RJ 2009\1481	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Yolanda v. Instituto Nacional de la Salud, Dña. Teresa y D. Rodolfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.6.2009	RJ 2009\6531	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	Servicio Gallego de Salud v. Junta de Galicia / Dña. Laura v. «Axa Aurora Ibérica, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.10.2009	RJ 2009\5564	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Laureano v. D. Obdulio y «Nisa Nueva Inversiones en Servicios S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.3.2010	RJ 2010\4544	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Belinda v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europa, Seguros y Reaseguros, S. A. («HCC EUROPE»)»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.5.2010	RJ 2010\4780	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Alejo v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2010	RJ 2010\5948	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Valle v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.11.2010	RJ 2010\8620	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	Dña. Lorena v. Junta de Galicia, Servicio Gallego de Salud, «AXA Aurora Ibérica de Seguros, S. A.» y «Policlínica Lucense, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.3.2011	RJ 2011\3327	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Banco Santander Central Hispano, S. A.» v. D. Juan Miguel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.6.2011	RJ 2011\5835	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.» v. «Tantpermil, S. L.» y Dña. Marisa
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2011	RJ 2011\6035	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Fidelia v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.9.2011	RJ 2012\941	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. José Augusto v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.10.2011	RJ 2011\7671	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Dimas v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.12.2011	RJ 2012\2604	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Matilde v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excmo. Sr. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en nombre propio y como padre de la menor Mercedes y de D. Saturnino) y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Instituto Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\300	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Tamara (en cualidad de tutora de D. Bernardino) v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros», Generalitat de Cataluña e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.11.2013	RJ 2013\7823	Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	D. Bienvenido v. Dña. Marina y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 9.6.2015	RJ 2015\5979	Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz	«Agrupación Mutual Aseguradora» v. Dña. Marí Jose

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 14.11.2016	JUR 2017\21065	Ilmo. Sr. D. Javier Rodríguez Moral	Dña. Graciela v. Servicio Andaluz de Salud (SAS) y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.6.2017	JUR 2017\176620	Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez	Dña. María Antonieta v. «Zurich Insurance Plc. Sucursal en España, S. A.», «Cruz Roja Española» y Servicio de Salud del Principado de Asturias
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 11.9.2006			352/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.9.2006			401/2006
Consejo Consultivo de Andalucía, 13.3.2008			175/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 17.9.2008			496/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 12.5.2010			0289/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.6.2010			0357/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 10.11.2015			0734/2015

28. PRESCRIPCIÓN

28.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.3.1993	RJ 1993\2284	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	«Azulejos Bechi, S. A.» v. D. Bautista G. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26.5.1994	RJ 1994\3750	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Dña. Josefa M. G. v. «Carnicería Sara»
Tribunal Supremo, 3.9.1996	RJ 1996\6500	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Francisco H. A. v. «J. Hocajo, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.12.1996	RJ 1996\9219	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	«Cubiertas y Mzov, S. A.» v. D. Emilio M. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.4.1997	RJ 1997\3249	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Instituto Nacional de la Salud v. D. Jorge Luis M. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.11.1999	RJ 1999\8057	Excmo. Sr. Román García Varela	«Mutua Vizcaya Industrial» v. Dña. Laura C. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.6.2000	RJ 2000\5304	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Sergio G. B. v. D. José G. G., D. Constantino L. D., D. Mario A. A. y «Minera Peñarosas, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.7.2000	RJ 2000\6689	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Felguera IHI, S. A.» v. D. Jacinto T. A.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.1.2002	RJ 2003\566	Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres	D. Emilio C. A. v. D. Amable V. F. y D. José María P. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 22.7.2003	RJ 2003\5851	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Blas v. «Miguel Torres, S. A.» y D. Raúl
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.4.2006	RJ 2006\2198	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	D. Valentín v. Gobierno de Canarias
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.9.2006	RJ 2006\8593	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Carlos Manuel v. «Hércules Hispano Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros» y «Natucer 2, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.10.2006	RJ 2006\6508	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	«Mandis, S. L.» y D. José Francisco v. D. Guillermo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 28.2.2007	RJ 2007\3678	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Salvador y Dña. Virginia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.7.2007	RJ 2007\6878	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Administración General del Estado v. D. Rosendo y otros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.5.2009	RJ 2009\2929	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Eliseo v. «Allianz, S. A. Compañía de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 15.12.2009	RJ 2010\2254	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	Dña. Flor v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 25.5.2010	RJ 2010\5156	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Miguel v. «Mapfre Mutualidad de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 16.11.2010	RJ 2010\8510	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Belarmino y Dña. Amalia (actuando en representación de su hijo menor Gerónimo) v. Junta de Andalucía
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.3.2011	RJ 2011\1993	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Generalitat Valenciana y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» v. D. Matías
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 6.5.2011	RJ 2011\4080	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	D. Bienvenido v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.10.2011	RJ 2012\1218	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Milagrosa v. Generalitat de Cataluña e Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.12.2011	RJ 2012\3522	Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	D. Fernando v. «Fomento de Construcciones y Servicios, S. A.» y «Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 22.2.2012	RJ 2012\4211	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Indalecio v. Generalitat Valenciana y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.3.2012	RJ 2012\5076	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Onésimo v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6229	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Adriano v. Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.7.2012	RJ 2012\7917	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Susana v. Comunidad Autónoma de Murcia, «Mapfre Seguros de Empresas, S. A.», «Houston Casualty Corporation Europe, Seguros y Reaseguros, S. A.» y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.7.2012	RJ 2012\8507	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Felicísimo, D. Arsenio y D. Carlos v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.9.2012	RJ 2012\9147	Excmo. Sr. Antonio Martí García	D. Melchor y Dña. Carolina (en representación de su hijo menor de edad Teófilo) v. Institut Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC, sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 8.10.2012	RJ 2012\9630	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Sabina y Dña. Brigida v. «QBE Insurance (Europe) Ltd., Sucursal en España», Comunidad de Madrid e «Instituto de Salud Carlos III»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.10.2012	RJ 2012\10333	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Administración General del Estado v. Dña. Filomena
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2013	RJ 2013\5003	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Milagros y «Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A. (Caser)» v. D. Samuel, Dña. María Purificación y Dña. Enma
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 17.6.2014	RJ 2014\4372	Excmo. Sr. Ramón Trillo Torres	«General Yagüe 8, S. L.» v. Comunidad de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 18.7.2016	RJ 2016\4087	Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina	«EROSKI Sociedad Corporativa» v. Comunidad Autónoma del País Vasco y Ayuntamiento de Basauri

29. DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

29.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4. 4. 2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.9.2003	RJ 2003\6065	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Dña. Estíbaliz v. D. Carlos María, el «Sanatorio Nuestra Señora de la Salud S. A.» y «Compañía de Seguros de Asistencia Sanitaria Adeslas S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.6.2009	RJ 2009\4323	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Adolfinia v. D. Rodrigo, «Clínica Inmaculada Concepción S. A.» y «ASISA»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2009	RJ 2009\5481	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Nicolasa v. «Mutua Fremap»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.12.2009	RJ 2009\8152	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	D. Celso v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.11.2010	RJ 2010\8291	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Sagrario v. Servicio Madrileño de la Salud y «Fundación Jiménez Díaz»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.5.2011	RJ 2011\3279	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Celia v. «P. S. M. Agrupación Mutua Aseguradora» y D. Felicísimo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2011	RJ 2012\1034	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Esmeralda v. «Mapfre Industrial, S. A. S.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.1.2012	RJ 2012\8	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Edemiro v. Servicio Aranés de Salud y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 3.4.2012	RJ 2012\5672	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. María José v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.10.2012	RJ 2012\9270	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Sergio v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 13.11.2012	RJ 2013\1659	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Pilar (actuando en nombre propio y como tutora legal de su esposo D. Teodulfo) v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Mapfre Seguros de Empresas, S. A.»

30. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

30.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 31.10.2007	RJ 2007\6815	Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	«Oasis International Airlines, S. A.» v. «Delta Air Lines Inc. »
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.12.2008	RJ 2009\162	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Ercros, S. A.» v. «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.3.2009	RJ 2009\1873	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Antonieta, D. Carlos María, Dña. María Virtudes y D. Federico v. «Altadis, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.5.2009	RJ 2009\3044	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Eureko Hispania, S. A.» v. «Price Waterhouse Auditores, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.5.2014	RJ 2014\4217	Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo	«Scrach Inver, S. L.» v. D. Florián

31. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
POR HECHO PROPIO

31.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3.12.1979	RJ 1979\4113	Excmo. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño	D. Ramiro B. M. v. «Cía. de Seguros la Estrella, S. A.», D. Fernando L. de los O. y «Mateu Mateu, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.5.1980	RJ 1980\1973	Excmo. Sr. Andrés Gallardo Ros	D. Antonio C. N. v. D. Joaquín G. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20.12.1980	RJ 1980\4752	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Martínez	Dña. Manuela de S. D. (por sí y defendiendo los intereses de la Comunidad de Propietarios del inmueble que reseña) v. «Agromán Empresa Constructora, S. A.» y «La Organización Sindical»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.10.1981	RJ 1981\3734	Excmo. Sr. Rafael Casares Córdoba	«Agromán Empresa Constructora, S. A.» v. D. Santos V. L.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.12.1981	RJ 1981\5154	Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López	Administración General del Estado v. D. Marciano I. B. y Dña. Sebastiana A. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27. 6.1983	RJ 1983\3691	Excmo. Sr. Antonio Sánchez Jáuregui	D. Francisco E. M. (como padre y en nombre de su hijo menor Lorenzo E. T.) v. «Pirotecnia Zaragozana, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.12.1984	RJ 1984\6118	Excmo. Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño	«T. y F. S. de Bilbao, S. A.» v. Dña. Claudia F. C.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.1.1985	RJ 1985\167	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	«Transportes A., S. A.» v. «N. H. Insurance Company»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.2.1985	RJ 1985\739	Excmo. Sr. José Luis Albácar López	D. Manuel G. N. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.6.1985	RJ 1985\3623	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	«Geplasmal, S. A.» v. D. Rafael E. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.12.1986	RJ 1986\7447	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Segismundo G. T. y Dña. María Teresa C. P. v. Dña. Mercedes F. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.12.1987	RJ 1987\9282	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	D. Joaquín D. S. v. D. Miguel J. P.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5.7.1994	RJ 1994\5602	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Amalio Ll. A v. D. Julio Ll. Ll.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.11.1995	RJ 1997\6362	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	«Compañía Telefónica de España» v. D. Luis Carlos T. D. y «Banco Vitalicio de España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.12.2000	RJ 2000\9445	Excmo. Sr. Román García Varela	«Transportes Anaitasuna, S. L.» y D. Juan Antonio C. O. v. «Velasco Express, S. A.» y «Gerling-Konzern, Allgemeine Versicherungs-Aktiengesellschaft»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 29.12.2006	RJ 2007\1714	Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés	«Martí & Renom, S. A.» v. «Autocares Raúl Font, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.12.2008	RJ 2009\162	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Ercros, S. A» v. «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.3.2009	RJ 2009\1873	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Antonieta, D. Carlos María, Dña. María Virtudes y D. Federico v. «Altadis, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.6.2009	RJ 2009\4323	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	Dña. Adolfin v. D. Rodrigo, «Clínica Inmaculada Concepción S. A.» y «ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.5.2014	RJ 2014\4217	Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo	«Scrach Inver, S. L.» v. D. Florián

32. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR HECHO AJENO

32.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5.7.1979	RJ 1979\2931	Excmo. Sr. Gregorio Díez Canseco y de la Puerta	«Puba, S. A.» v. «Norwich Unión Fire Insurance, S. L.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.6.1979	RJ 1979\2895	Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas	«Finanzauto, S. A.» v. «Empresa Marítima, S. A.», «Estibadores de Barcelona Reunidos, S. A.» y «Fénix Latino, S. A.»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4.1.1982	RJ 1982\178	Excmo. Sr. Jaime de Castro García	«Huellas del Norte, S. A.» (HUNOSA) v. «La Compañía Telefónica Nacional de España», D. Francisco M., D. Jacinto de la M. H., «Las Dos Castilas» y «Mediodía, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.11.1983	RJ 1983\5950	Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López	«Transportes C., S. A.» v. «D. y C., S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.5.1984	RJ 1984\2405	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Celestino Z. U. y «Müller y Cía» v. «Técnica Aseguradora, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3.7.1984	RJ 1984\3792	Excmo. Sr. Jaime de Castro García	«La Compañía Telefónica Nacional de España» v. «A., S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.7.1984	RJ 1984\3801	Excmo. Sr. Rafael Pérez Gimeno	«C. T. N. de España» v. D. Eustaquio S. M., D. José D. S. y D. José P. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.11.1985	RJ 1985\5918	Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas	«Horno S. José» v. D. Manuel B. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.9.1987	RJ 1987\6188	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	«Agrupación Marítima, S. A.» v. D. Edmundo N. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1.12.1987	RJ 1987\9170	Excmo. Sr. Adolfo Carretero Pérez	D. Luis I. M. v. Dña. Amparo-Marcelina G. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.6.1988	RJ 1988\4825	Excmo. Sr. Adolfo Carretero Pérez	Esposa e hijos del paciente fallecido v. Instituto Nacional de la Salud, «Resistencia Sanitaria», médicos, anestesista y enfermeras
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.6.1988	RJ 1988\5124	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Instituto Nacional de la Salud v. D. Francisco L. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.6.1990	RJ 1990\4945	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	D. Francisco E. L. v. Dña. Carmen C. J.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.11.1990	RJ 1990\9042	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Instituto Nacional de la Salud y D. Juan Daniel F. M. v. Dña. Justa M. M. (actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Asunción P. M., Luis Miguel P. M., M.ª Cristina P. M. y Justo P. M., y en beneficio y nombre de la comunidad hereditaria de su esposo fallecido D. Ángel P. B.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.4.1991	RJ 1991\2697	Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres	D. Adolfo M.ª G. M. y D. Ulrich H. M. v. Dña. Consolación B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.7.1991	RJ 1991\5435	Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez	INSALUD v. D. Horacio T. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.10.1991	RJ 1991\7246	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	«Cresa, S. A.» y D. Luis D. V. v. D. Fermín S. V. y D. Antonio M. C. y otros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.11.1991	RJ 1991\8720	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	«Casa de Reposo y Sanatorio del Perpetuo Socorro, S. A.» v. Dña. Encarnación A. E.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.4.1992	RJ 1992\3315	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	«Transportes Hermanos L., S. A.» v. D. Alberto G. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.3.1993	RJ 1993\2276	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Matías I. A. v. INSALUD y D. Cristóbal C. L.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.3.1993	RJ 1993\2545	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. Hipólito S. G. y «Clínica Vicente San Sebastián, S. A.» v. D. Bernabé I. M. y Dña. Carmen B. B. (actuando en nombre y representación de su hijo D. Eduardo I. B.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.7.1993	RJ 1993\5789	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Remigio M. M. v. Ayuntamiento de Palma de Mallorca
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.7.1993	RJ 1993\5810	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	D. Francisco G. H. y Dña. María de la Cabeza G. S. v. D. Rafael S. S., D. Rafael R. S. y «Red Nacional de Ferrocarriles Españoles»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.9.1993	RJ 1993\6650	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	INSALUD v. Dña. Yolanda R. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1.6.1994	RJ 1994\4568	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Dña. Fausta B. C. v. D. Benito R. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.9.1994	RJ 1994\7307	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	«Cruz Roja Española» y «Asistencia Sanitaria Interprovincial, S. A.» v. D. Miguel Ángel L. M. (en nombre y representación de su hijo Miguel Ángel L. P.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.10.1995	RJ 1995\7406	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Dolores S. F. v. Dña. María R. P. e INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.10.1995	RJ 1995\7407	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	Diputación Provincial de Málaga v. D. Antonio D. G. y Dña. María S. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.4.1996	RJ 1996\2882	Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo	D. Edgar A. A. y «Clínica Quirón Donostia, S. A.» (antes «Sanatorio Quirúrgico Martín Santos, S. A.») v. D. Francisco C. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20.12.1996	RJ 1996\9197	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	D. Francisco José M. G., «Alfer Construcciones y Promociones, S. A.» «Transportes Ochoa, S. A.», «Edificios Naves, S. A.» y «Eminsa, S. A.» v. D. Ángel S. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4.4.1997	RJ 1997\2639	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	«Inmobiliaria Bilbao, S. A.» v. D. Francisco G. F.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.4.1997	RJ 1997\2742	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. José María O. A. y Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. Dña. Tomasa P. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12.6.1997	RJ 1997\4769	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. esposa e hijas del paciente fallecido
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.7.1997	RJ 1997\5523	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Instituto Nacional de la Salud v. Dña. María del Carmen V. G.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20.9.1997	RJ 1997\6706	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. D. Francisco Javier M. G. (en nombre propio y de su hija menor Cristina M. G.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.11.1997	RJ 1997\7868	Excmo. Sr. Román García Varela	D. José María B. R. e INSALUD v. D. Jorge T. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27.11.1997	RJ 1997\8429	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	INSALUD v. padre del menor fallecido
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2.12.1997	RJ 1997\8964	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	INSALUD v. Dña. Silvia J. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.12.1997	RJ 1997\8775	Excmo. Sr. Román García Varela	INSALUD v. Dña. Margarita T. L. y D. Manuel Antonio D. I.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13.12.1997	RJ 1997\8816	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Ángela (viuda del médico anestesista), «Control de Seguros, S. A.» y «Consorcio Hospitalario de Tarrasa, Hospital de San Lázaro» v. viuda e hijos del paciente fallecido
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9.6.1998	RJ 1998\3717	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Agustín H. R. v. Servicio Andaluz de Salud (SAS)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.11.1999	RJ 1999\8618	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	Dña. Juana de la T. T. v. «Abbott Laboratories, S. A.», Instituto Nacional de la Salud y «La Unión y el Fénix Español, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.3.2000	RJ 2000\1508	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. Dña. Ángeles B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.6.2000	RJ 2000\5304	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Sergio G. B. v. D. José G. G., D. Constantino L. D., D. Mario A. A. y «Minera Peñarrosas, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.3.2001	RJ 2001\3986	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	D. Ángel R. G. y «Clínicas, S. A.» v. D. Juan Bautista C. P. y Dña. María Concepción L. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29.10.2002	RJ 2002\9314	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Ramón G. M. v. D. José Manuel V. H. (en representación de su hija menor Sara V. G.), D. Francisco M. P., «Vallesul, S. A.» y «Explotación y Comercialización de Aguas Minerales, S. A.» (Eycam, S. A.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.11.2002	RJ 2002\9640	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Instituto Nacional de la Salud v. D. Luis R. B., Dña. M.ª Jesús L. S., D. José G. A. y D. Julio Juan M. G.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.12.2002	RJ 2003\914	Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández	D. José L. P. (fallecido y sucedido por Dña. Mirta S. M.) v. Dña. Rosalía Dolores P. G. y «Sanatorio Virgen del Mar, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, 16.5.2003	RJ 2003\4756	Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán	«Necso Entrecanales Cubiertas, S. A.» v. Dña. Dolores (en nombre propio y representación de sus hijas menores de edad Trinidad y Clara)

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19.6.2003	RJ 2003\5357	Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	«Automóviles y Construcciones Sánchez Ferrero, S. A.» v. «Sociéta D'assistance Aux de Touristes (Europassistance)» y Dña. Marie Anne S. (en nombre propio y como tutora de Dña. Francoise S., Dña. Claire Frederine G. D. y D. Franz S.)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22.7.2003	RJ 2003\5391	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	Dña. Isabel E. P. v. D. Francisco Javier B. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 13.5.2005	RJ 2005\3996	Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán	Dña. Maribel v. «Mapfre Seguros Generales, S. A.» y «Catalana Occidente, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.10.2005	RJ 2005\8763	Excmo. Sr. Román García Varela	Dña. Remedios v. Institut Català de la Salut y «Winterthur Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.3.2006	RJ 2006\1054	Excmo. Sr. Antonio Sala Carceller	Dña. Celestina (en nombre propio y en representación de su hijo menor Serafín) v. «Deutsche Bank Sociedad Anónima Española», «Almacenes del Garraf, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 3.4.2006	RJ 2006\1871	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Promotora de Urbanizaciones Palentinas, S. L.» v. D. Ismael y Dña. Luisa
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.5.2006	RJ 2006\2399	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Marta y D. Darío v. Institut Català de la Salut
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.12.2006	RJ 2007\269	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Dña. Aurora, Dña. Estela, Dña. Maite y Dña. Silvia v. Dña. Beatriz, D. Federico e INSALUD (ahora Instituto Nacional de Gestión Sanitaria)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.12.2006	RJ 2007\377	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Bruno v. D. José María
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.12.2006	RJ 2006\9248	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Melisa v. D. Armando y «Winterthur Sociedad Suiza de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.1.2007	RJ 2007\552	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. D. José Enrique
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.3.2007	RJ 2007\1828	Excma. Sra. Encarnación Roca Trías	«Banco Pastor, S. A.» v. Dña. Victoria, Dña. Amanda y Dña. Ángeles
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.5.2007	RJ 2007\4618	Excmo. Sr. Vicente Luis Montés Penadés	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. D. Juan Enrique, Dña. Mari Trini, Dña. Elena y Dña. Rita
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.5.2007	RJ 2007\4620	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Valentina v. D. Lucio, Dña. Amelia, D. Paulino, D. Víctor, D. Andrés, «Clínica Platón Fundació Privada», Dña. María Antonieta y Dña. Ariadna

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11.7.2007	RJ 2007\5587	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Juan Ramón v. «Sociedad Civil Cárnicas Pons» y D. Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.9.2007	RJ 2007\4979	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	«Dragados y Construcciones, S. A.» v. Dña. Silvia, Dña. Penélope y D. Gabriel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.10.2007	RJ 2007\6813	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Club de Baloncesto Breogán, S. A. D.» v. D. Arturo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 4.12.2007	RJ 2008\251	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Clínica Parque San Antonio, S. A.», D. Iván, D. Lucio, «Adeslas» v. D. Pedro (personándose posteriormente en calidad de heredera Dña. María Inmaculada, Dña. Angelina y Dña. Carmela)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 11.6.2008	RJ 2008\4358	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Luis v. «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.» y «Siderurgia Sevillana, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.6.2008	RJ 2008\4260	Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán	Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) v. D. Jaime y Dña. Julia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 17.9.2008	RJ 2008\5881	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Royal Insurance España, S. A.» v. D. Mariano
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 1.10.2008	RJ 2009\134	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», «Allianz Cía de Seguros y Reaseguros, S. A.» y «Bufi y Planas, S. A.» v. «Mapfre Seguros Generales, S. A.» y «Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S. A.» (AGESA)
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.2.2009	RJ 2009\1369	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Sonia y Dña. Marcelina v. Institut Català de la Salut y Dña. María Cristina
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 6.5.2009	RJ 2009\2914	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Telefónica de España, S. A.» v. D. Valeriano
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 20.7.2009	RJ 2009\3161	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Unmequi Universal Médico Quirúrgica, S. A. y Seguros» y Dña. Apolonia (en nombre y representación de su hijo menor Ambrosio) v. D. Erasmo, «Winterthur» y «Allianz Cía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.12.2009	RJ 2010\293	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Jacinto, Dña. Claudia y D. Sergio v. «Instalaciones Assistencials Sanitarias», «Asistencia Sanitaria Colegio Sociedad Anónima de Seguros» y «Ambulancias Barcelona, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.4.2010	RJ 2010\4034	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	Dña. Marisa v. «Instalaciones Recreativas de Tenerife, S. A.»

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 14.5.2010	RJ 2010\3494	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	D. Román v. «Cruz Roja Española»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.6.2010	RJ 2010\4904	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Zurich España», «Centro Asegurador, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.», «Empresa Constructora Ocop, S. L.» y «Servicios y Contratas Prieto, S. A.» v. D. Samuel y «Seguros Catalana Occidente, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 27.10.2011	RJ 2012\1128	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Aceites Castedo, S. L.» v. «Alfa Laval Iberia, S. A.»
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, 20.5.2014	AC 2014\2091	Ilmo. Sr. D. Vicente Conca Pérez	D. Santiago v. D. Sergio y D. Teodulfo
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 8.2.2016	RJ 2016\235	Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno	D. Rubén D. Jesús Luis y Dña. Brígida

33. DOCTRINA DE LA UNIDAD DE LA CULPA CIVIL

33.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30.12.1980	RJ 1980\4815	Excmo. Sr. Jaime Santos Briz	«Talleres «Cardona, S. L.», D. Ángel C. F. y Dña. María Dolores G. P. v. «Sociedad Metalúrgica Duro-Felguera, S. A.»
Tribunal Constitucional, 5.5.1982	RTC 1982\20	D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León	Recurso de amparo interpuesto por D. Felicísimo José S. P. contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid (Sala de lo Civil) de 19 de noviembre de 1981
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.10.1983	RJ 1983\5332	Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso	D. Antonio Z. B. v. «Ivernasa, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20.12.1991	RJ 1991\9471	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	D. José R. L. y Dña. Josefa M. D. v. «Banco Exterior de España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6.10.1992	RJ 1992\7529	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	«Jotsa» y D. Manuel V. Ch. v. D. José C. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.2.1993	RJ 1993\771	Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil	«Previsión-Accidentes, Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo» v. Dña. Begoña L. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.12.1993	RJ 1993\9835	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	«Age, Bodegas Unidas, S. A.» v. «Bodega Interlocal Cooperativa de Najera»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15.12.1993	RJ 1993\9994	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	«Hoteles de Tenerife, S. A.» (HOTESA) v. D. José Ramón A. O.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1.2.1994	RJ 1994\854	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Señor M. v. «Hotel «Don Carlos»»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14.2.1994	RJ 1994\1468	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	D. José Daniel S. M., D. Evaristo A. T., «Ocaso S. A.» y otros v. Dña. María Dolores R. A.
Tribunal Constitucional, 25.4.1994	RTC 1994\122	D. Eugenio Díaz Eimil	Recurso de amparo promovido por D. Antonio C. N. contra la SAP de Barcelona (Sección 8.ª) de 29 de noviembre de 1991
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21.6.1994	RJ 1994\4968	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	D. José D. F. y Dña. Manuela G. C. v. D. José Manuel N. R.
Tribunal Constitucional, 18.7.1994	RTC 1994\222	D. Julio Diego González Campos	Recurso de amparo interpuesto por D. Francisco D. V. contra la SAP de Las Palmas (Sección 2.ª) de 25 de marzo de 1992
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11.4.1995	RJ 1995\3183	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	«Mancomunidad de la Urbanización Fonseca» v. Dña. María del Pilar P. de la F., D. Felipe Magín A. G., Dña. Ángela G. P. y D. Fredj B.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.10.1995	RJ 1995\7544	Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros	«Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, S. A.» (FEVE) v. D. Teófilo I. B. y otros
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.2.1997	RJ 1997\1240	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	Institut Català de la Salut v. Dña. María P. V.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.6.1997	RJ 1997\5151	Excmo. Sr. Francisco Morales Morales	D. Miguel Ángel R. C. v. Dña. Susana G. A., Dña. Marta G. A., D. José Luis G. A. y Dña. Mónica G. A.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31.12.1997	RJ 1997\9493	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	Servicio Andaluz de Salud (SAS) v. Dña. Rosario S. C.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6.4.1998	RJ 1998\2140	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Commercial Union Assurance Company, PLC, Compañía Británica de Seguros y Reaseguros» v. «Procoro Baldominos e Hijos, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6.5.1998	RJ 1998\2934	Excmo. Sr. José Luis Albácar López	D. Francisco V. C. (en representación de su hijo menor de edad Francisco V. C.) v. Instituto Nacional de la Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18.6.1998	RJ 1998\5290	Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	Institut Català de la Salut v. Dña. Ángeles R. T., Dña. Yolanda F. R. y Dña. Raquel F. R.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24.7.1998	RJ 1998\6141	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Cibernos Barcelona, S. A.» v. «Caia D'Estalvis de Manresa»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16.10.1998	RJ 1998\7565	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Institut Català de la Salut v. Dña. Carmen A. C. y «Hospital de San Pablo»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28.12.1998	RJ 1998\10161	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Francisco R. T. v. Servicio Andaluz de Salud (SAS)

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8.4.1999	RJ 1999\2660	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Promociones CYP, S. A.» v. «Hoteles Coach, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.6.1999	RJ 1999\7637	Excmo. Sr. Ernesto Peces Morate	D. Eduardo B. A. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.10.1999	RJ 1999\8666	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	«Pils Don Gou, S. L.» v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.6.2000	RJ 2000\7154	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Dña. Yong L. Ch. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7.10.2002	RJ 2003\357	Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo	Dña. Mónica y D. Juan Pedro M. B. v. D. Carlos Ll. N.
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25.5.2001	RJ 2001\3381	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	«Oleaginosas Españolas, S. A.» (OESA) v. «Estación Receptora de Granos y Semillas a Granel S. A.» (ERGRANSA) y «Zurich Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10.10.2002	RJ 2002\9975	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Fernando A. R. v. D. Fidel M. M.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, 11.3.2003	RJ 2003\3765	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	«Promociones de Obras Inmobiliarias Vigo, S. A.» V. Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.4.2004	RJ 2004\2053	Excmo. Sr. Pedro González Poveda	Dña. Filomena v. D. Baltasar
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 10.6.2004	RJ 2004\3605	Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	D. Salvador y «Clínica Virgen del Consuelo, S. A.» v. D. José Augusto
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 23.12.2004	RJ 2005\82	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	«Red Nacional de Ferrocarriles» (RENFE) v. Dña. Pilar y D. Rubén
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.7.2005	RJ 2005\5341	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Milagros y D. Jaime (en nombre propio y como sucesores procesales de su hija menor Isabel) v. D. Juan Manuel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.3.2006	RJ 2006\5291	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	«Canteras del Llobregat, S. A.» v. Dña. Blanca, D. Guillermo y Dña. Flor
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, 27.6.2006	RJ 2006\9490	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	«Yudaya, S. A.» v. Cabildo Insular de Lanzarote
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 5.1.2008	RJ 2008\1548	Excmo. Sr. Francisco Marín Castán	«Cubiertas y Mzov, S. A.» v. Dña. Julia, D. Julián, Dña. Verónica, D. Cristóbal, D. Jesús Miguel, D. Rogelio, «UAP Ibérica Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S. A.», «FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social», D. Jon, D. Clemente y D. Juan Ignacio

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 18.7.2008	RJ 2008\4720	Excmo. Sr. José Almagro Nosete	D. Cristóbal v. D. Ángel Daniel
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 22.12.2008	RJ 2009\162	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	«Ercros, S. A.» v. «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 7.10.2010	RJ 2010\7314	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	«Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products, B. V.» v. «Cerámicas Utzubar S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 19.6.2012	RJ 2012\10103	Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	«Sociedad Agraria de Transformación n. 3043 ANSO» y «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros S. A.» v. «Dual Ibérica Riesgos Profesionales S. A.» y «Arch Insurance Company (Europe) Limited»
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 30.5.2014	RJ 2014\4217	Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo	«Scrach Inver, S. L.» v. D. Florián

34. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

34.1 España

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.9.1992	RJ 1992\7007	Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar	Dña. Josefa T. R. v. Ayuntamiento de Albacete
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 31.5.1999	RJ 1999\6154	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	D. Miguel Ángel L. L. v. INSALUD
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4.ª, 2000	RJ 2000\3258	Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	D. Jesús Manuel Q. L. v. Servicio Gallego de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 25.11.2000	RJ 2001\550	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Instituto Nacional de la Salud v. Dña. Aurelia H. A. y D. Alfonso J. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.3.2001	RJ 2001\1382	Excmo. Sr. Pedro Antonio Mateos García	Administración General del Estado v. Dña. Raquel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 22.12.2001	RJ 2002\1817	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Dña. Covadonga M. A. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.2.2002	RJ 2002\1718	Excmo. Sr. Pedro Antonio Mateos García	Servicio Gallego de Salud v. D. Julio G. A.

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.6.2002	RJ 2002\6292	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Agustín R. G. v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 14.10.2002	RJ 2003\359	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	Instituto Nacional de Salud v. D. Cipriano S. G., Dña. Rosa S. L., Dña. Sheila S. S. y D. Iván S. S.
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 21.10.2002	RJ 2003\1113	Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate	D. José Julián L. G. v. Instituto Nacional de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 30.3.2004	RJ 2004\2321	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Maite v. Xunta de Galicia y Servicio Gallego de Salud
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 17.5.2004	RJ 2004\3714	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	Servicio Gallego de Salud v. D. Juan y D. Gabriel
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 14.10.2004	RJ 2004\7414	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Gaspar v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 11.11.2004	RJ 2004\7721	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. José Ignacio v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 26.11.2004	RJ 2005\22	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Marta v. Administración General del Estado y «Mapfre Industrial, S. A. de Seguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.2.2005	RJ 2005\5216	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Julieta v. Generalitat Valenciana, D. Carlos Jesús y D. Rogelio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 14.3.2005	RJ 2005\3620	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	D. Ismael y Dña. Paloma v. Instituto Nacional de la Salud y Administración del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.9.2005	RJ 2005\7503	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Francisca v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2005	RJ 2005\9332	Excmo. Sr. Francisco González Navarro	Administración General del Estado v. D. José Ignacio
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 9.11.2005	RJ 2005\7531	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Gloria v. Administración General del Estado
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 28.4.2006	JUR 2006\195911	Ilmo. Sr. D. Enrique Gabaldón Codesido	D. Pedro Jesús v. Dña. Raquel
Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, 11.10.2006	JUR 2006\245405	Excmo. Sr. Ángel Novoa Fernández	Dña. Laura, D. José Antonio y D. Lucas v. Administración General del Estado

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 12.12.2006	RJ 2006\9563	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	D. Alfredo v. D. Ernesto, Dña. Gabriela y Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 16.1.2007	RJ 2007\1220	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Ángela v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 7.3.2007	RJ 2007\953	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Silvia (en nombre propio y en el de su hijo menor Bernardo) v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 20.4.2007	RJ 2007\4294	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. María Luisa v. Servicio Gallego de Salud y Xunta de Galicia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\4781	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Eva v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 13.7.2007	RJ 2007\6862	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. María Esther v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 10.10.2007	RJ 2007\7321	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Filomena v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 23.10.2007	RJ 2007\9372	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Gobierno de Canarias v. Dña. Carmen
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 31.10.2007	RJ 2007\8478	Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto	D. Enrique y Dña. Consuelo v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.12.2007	RJ 2007\9365	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Silvia v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 1.2.2008	RJ 2008\1349	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Inmaculada v. «Mapfre Industrial, S. A. S.» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 19.6.2008	RJ 2008\6479	Excma. Sra. Margarita Robles Fernández	Dña. Esther v. Administración General del Estado y Comunidad Autónoma de Castilla y León
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.9.2009	RJ 2009\5481	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Nicolasa v. «Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 61» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 4.12.2009	RJ 2009\8152	Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	D. Celso v. Administración General del Estado

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.3.2010	RJ 2010\4544	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Belinda v. Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europa, Seguros y Reaseguros, S. A.» (HCC EUROPE)
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2010	RJ 2010\5948	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Valle v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, 30.6.2010	RJ 2010\5968	Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano	Dña. Adelina v. Generalitat Valenciana
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.7.2010	RJ 2010\6463	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Sacramento v. Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 12.11.2010	RJ 2010\8291	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Sagrario v. Servicio Madrileño de la Salud y «Fundación Jiménez Díaz»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 23.3.2011	RJ 2011\2512	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Encarna v. «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.3.2011	RJ 2011\2676	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Sara v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 29.6.2011	RJ 2011\6037	Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez	Dña. Águeda (actuando en su propio nombre y en el de su hijo incapacitado D. Alexander) v. «Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 27.9.2011	RJ 2012\941	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. José Augusto v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 2.11.2011	RJ 2012\1752	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Amelia v. Servicio Canario de Salud y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 7.12.2011	RJ 2012\2604	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	Dña. Matilde v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.3.2012	RJ 2012\5102	Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo	D. Pedro (actuando en nombre propio y como padre de la menor Mercedes), D. Saturnino y Dña. Purificación v. Comunidad de Madrid y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 24.4.2012	RJ 2012\6232	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Zulima v. Generalitat de Cataluña, Institut Català de la Salut y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 5.6.2012	RJ 2012\7240	Excmo. Sr. Antonio Martí García	D. Gregorio y Dña. Marta (en su propio nombre y en el de su hijo incapaz Jerónimo) v. Generalitat Valenciana y «HDI Hannover Internacional España, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 18.6.2012	RJ 2012\7449	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Elena y D. David v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, S. A.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 25.6.2012	RJ 2012\11045	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Dña. Blanca v. Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 26.6.2012	RJ 2012\8446	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. María Luisa v. Comunidad de Madrid y «Mapfre Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 10.7.2012	RJ 2012\8287	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Raquel v. Administración de la Generalitat Valenciana y «Houston Casualty Company Europe Seguros y Reaseguros»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 17.7.2012	RJ 2012\7904	Excmo. Sr. Antonio Martí García	Dña. Trinidad y D. Claudio (en representación de su hijo menor de edad D. Héctor) v. Servicio de Salud del Principado de Asturias y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 19.9.2012	RJ 2012\9194	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	Dña. Silvia v. Generalitat Valenciana y «Hospital Valencia al Mar S. L.»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\9798	Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García	D. Jesús Miguel v. Generalitat Valenciana, «HDI Hannover International, S. A.», «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros» y Comunidad Autónoma de Aragón
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 9.10.2012	RJ 2012\9799	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	Comunidad de Madrid y «QBE Insurance (Europe) Limited» v. D. Juan Pablo
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 20.11.2012	RJ 2013\314	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Juan Manuel y Dña. Marina v. Institut Català de la Salut y Generalitat de Cataluña
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 4.12.2012	RJ 2013\1508	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. León v. «Segurcaixa Adeslas, S. A. de Seguros y Reaseguros» y Administración General del Estado
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 21.12.2012	RJ 2013\1165	Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí	D. Jesús María y Dña. Débora (en sus propios nombres y derecho y en nombre y representación de su hijo D. Abelardo) v. Institut Català de la Salut

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 30.4.2013	RJ 2013\4058	Excmo. Sr Ricardo Enríquez Sancho	Dña. Eugenia y d. Cornelio v. Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 30.9.2013	JUR 2013\375632	Ilma. Sra. Beatriz Galindo Sacristán	Dña. Milagros y Dña. Genoveva v. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 24.4.2014	JUR 2014\284469	Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez	D. Mateo (en su propio nombre y en nombre y representación de Dña. Julia, Dña. Almudena, Dña. Graciela, D. Plácido, D. Luis Francisco, D. Belarmino, D. Francisco y D. Moisés) v. Servicio Andaluz de Salud y «Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 11.6.2014	JUR 2014\233463	Ilmo. Sr. D. Rafael Villafañez Gallego	Dña. Vanesa v. Osakidetza/Servicio Vasco de Salud
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 7.7.2014	JUR 2015\133520	Ilmo. Sr. D. Rafael Rodero Frías	D. Alexis y Dña. Concepción v. Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 3.2.2015	JUR 2015\206892	Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez	Dña. Benita v. Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y «Hospital de San Juan de Dios de Córdoba»
Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 6.10.2015	RJ 2015\4879	Excmo. Sr. José Requero Ibáñez	Dña. Constanza, D. Héctor, Dña. Frida y Dña. María v. Comunidad Autónoma de Castilla y León y «Zurich España, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14.9.2016	JUR 2017\3220	Ilma. Sra. M.ª del Camino Vázquez Castellanos	D. Severiano v. Comunidad de Madrid y «Zurich España de Seguros y Reaseguros»
Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 20.1.2017	JUR 2017\52026	Ilmo. Sr. D. José María Pérez-Crespo Paya	Dña. Valle y D. José María v. Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y «WR Berkley Insurance»
Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, 27.1.2017	JUR 2017\61250	Ilma. Sra. María Begoña González García	Dña. Socorro, D. Amador y Dña. Adelaida v. Junta de Castilla y León y «Mapfre Empresas, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, 2.3.2017	JUR 2017\206092	Ilmo. Sr. D. Marcos Marco Abato	Dña. Encarna, Dña. Filomena y D. Jesús María v. Administración de la Generalitat Valenciana

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA ORDENADA POR PAÍSES Y MATERIAS ■

Tribunal y fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 6.3.2017	JUR 2017\156506	Ilma. Sra. Dña. María Fernanda Navarro Zuloaga	D. Roberto v. Servei Català de la Salut y D. Xavier Avellana i Sauret
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6.4.2017	JUR 2017\153810	Ilma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey	Dña. Olga v. Comunidad de Madrid
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27.4.2017	JUR 2017\165205	Ilma. Sra. Ana Rufz Rey	D. Ginés y Dña. Paloma v. Comunidad de Madrid y «Zurich Insurance PLC. Sucursal en España, S. A.»
Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 2.5.2017	JUR 2017\167797	Ilmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía	Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y «Zurich Insurance PLC, Sucursal en España» v. D. Mauricio
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11.5.2017	JUR 2017\181505	Ilma. Sra. Dña. Ana Rufz Rey	D. Luis Antonio v. Comunidad de Madrid y «Zurich Insurance PLC»
Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 24.7.2017	JUR 2017\218879	Ilmo. Sr. D. José Ramón Chaves García	D. Luciano v. Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (SESPA) y «W. R. Berkley Insurance (Europe) Limited Sucursal en España»
Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27.7.2017	JUR 2017\235276	Ilmo. Sr. D. Rafael Villafañez Gallego	Dña. Laura v. Comunidad Autónoma de Madrid y «Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros»
Tribunal y fecha			Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.7.2007			409/2007
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.2.2008			121/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.9.2008			460/2008
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.2.2009			114/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 30.9.2009			651/2009
Consejo Consultivo de Andalucía, 20.1.2010			0029/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 4.3.2010			0111/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.4.2010			0235/2010
Consejo Consultivo de Andalucía, 26.1.2011			0047/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.5.2011			0322/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 29.11.2011			0770/2011
Consejo Consultivo de Andalucía, 25.4.2012			0296/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 2.5.2012			0337/2012
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.4.2014			0279/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.10.2014			0696/2014

■ EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Tribunal y fecha	Ref.
Consejo Consultivo de Andalucía, 19.11.2014	0778/2014
Consejo Consultivo de Andalucía, 2.12.2015	0817/2015
Consejo Consultivo de Andalucía, 27.1.2016	0063/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 22.6.2016	0431/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 8.9.2016	0529/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 18.10.2016	0651/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 15.11.2016	0729/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.11.2016	0754/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.11.2016	0755/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 21.12.2016	0829/2016
Consejo Consultivo de Andalucía, 1.2.2017	0060/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 23.2.2017	0108/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 16.3.2017	0157/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.5.2017	0276/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 9.5.2017	0278/2017
Consejo Consultivo de Andalucía, 31.5.2017	0346/2017

La autora analiza en profundidad el régimen jurídico del consentimiento informado en el ámbito sanitario. A tal efecto, comienza con el estudio de sus raíces en el *case law* norteamericano, cuyo conocimiento resulta imprescindible para comprender el espíritu y razón de ser al que responde tal institución y cuyo distorsionado entendimiento explica, en muchas ocasiones, las irregularidades cometidas por los profesionales sanitarios al realizar las actuaciones encaminadas a recabar el consentimiento informado del paciente. Seguidamente, se centra en el examen del régimen jurídico-positivo y jurisprudencial de la información asistencial y el consentimiento del paciente, desgranando su normativa reguladora a nivel autonómico, estatal e internacional, amén de en otros países de nuestro entorno jurídico, aportándole así a su obra una perspectiva de Derecho comparado imprescindible en una sociedad globalizada como la actual. Asimismo, estudia con exhaustividad la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, así como la doctrina que se infiere de los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, máxima autoridad jurídica en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma. Finalmente, analiza los presupuestos básicos de la responsabilidad civil en su aplicación concreta a las hipótesis de omisión del consentimiento informado del paciente y las particularidades propias de cada una de las modalidades de responsabilidad a las que éste puede recurrir cuando es objeto de una actuación sanitaria desplegada sin la obtención de su previo consentimiento informado.