

El consentimiento informado en la reciente jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha dictado con fecha 28 de marzo de 2011 una sentencia que a buen seguro será motivo de análisis y discusión doctrinal para lo sucesivo, al contemplar el consentimiento informado como garantía aun en situaciones de urgencia (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=10097>). Pero justamente al releer la misma surge en la experiencia de todos los días ante los tribunales de Justicia la tozuda realidad de cómo el consentimiento informado sigue sin ser asumido de un modo real por el estamento sanitario, y ya no digamos por el colectivo odontoestomatológico, que se sigue resistiendo ante lo que sienten como invasión burocrática de los abogados, y esto motiva la revisión del mismo en la reciente jurisprudencia.

Como es sabido, el paciente, por el hecho de serlo, y de utilizar las prestaciones sanitarias, no pierde ni puede perder su dignidad de persona humana ni los derechos que les son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud. De este modo, con arreglo a la normativa vigente, tiene derecho a conocer el diagnóstico de su proceso patológico, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos para luego decidir lo que quiera y crea conveniente.

Así se reconoce expresamente el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000; y el artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C364/01 también señala al respecto que "en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley".

En este marco normativo internacional, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica regula el contenido y alcance de este derecho del paciente al consentimiento informado, así como las formas en que puede ser ejercido.

"El Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia que contempla el consentimiento informado como garantía aun en situaciones de urgencia"

Ofelia de Lorenzo*



JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha catalogado el consentimiento informado como "un derecho humano fundamental, un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo". Y entiende, además, que es "consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia (sentencias de 12 de enero de 2001 y 11 de mayo de 2001).

Esta declaración, con la sana intención de resaltar la importancia de este derecho, necesita ser matizada a la hora

de llevar a cabo interpretaciones sobre el alcance y contenido de este derecho del paciente.

En primer lugar, la calificación del consentimiento informado como derecho humano fundamental, puede inducir a error, al no quedar claro si con ello se pretende otorgarle la misma categoría que los llamados "derechos fundamentales y libertades públicas" en la Constitución Española, que estarían sujetos a la regulación por Ley Orgánica y garantizados con una tutela específica por los tribunales ordinarios y, en última instancia, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No resulta extraño, por tanto, que algún comentarista haya manifestado que la utilización de la expresión "derecho humano fundamental", respecto al consentimiento informado, por parte del Tribunal Supremo, pueda ser desconcertante, propugnando la conexión del consentimiento informado con los llamados, en el Derecho Privado, "derechos de la personalidad", que sirve para contraponerlos a los derechos patrimoniales y que conlleva una serie de consecuencias en cuanto a su indisponibilidad y condicionamiento respecto de su ejercicio por representación, que se ajustan correctamente con la regulación legal del consentimiento informado, aunque la reciente sentencia del Tribunal Constitucional nos pueda hacer tambalear lo anterior.

En sí mismo considerado, el derecho al consentimiento informado por parte del paciente consiste en el otorgamiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de autonomía a la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física, afectada por una enfermedad, con relación al sometimiento por parte de la misma a un tratamiento o actuación de un profesional sanitario.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuando se refiere al derecho a la información del paciente,

El consentimiento informado continúa sin ser asumido de un modo real por el estamento sanitario, y ya no digamos por el colectivo odontoestomatológico, que se sigue resistiendo ante lo que sienten como una invasión burocrática

necesario con carácter previo para la prestación del consentimiento, lo fundamenta "en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero, sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias".

El consentimiento informado es, pues, un proceso de interacción entre sanitario y usuario destinado a tomar decisiones clínicas.

El propio legislador, en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, relativo a las definiciones legales, nos ofrece el concepto del consentimiento informado del siguiente modo: es 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.

El documento final del Grupo de Expertos sobre Información y Documentación clínica organizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, con la participación de los servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Consejo General del Poder Judicial, con el objetivo de conseguir una visión interdisciplinar que tuviese en cuenta no sólo aspectos éticos y jurídicos, sino también clínicos, fundamentalmente desde la perspectiva de la documentación clínica, pone bien de manifiesto su carácter de sucesión de actos, no de agotamiento en un solo momento, su naturaleza recíproca, superadora de su consideración solo como derecho del paciente o como obligación del médico, y su finalidad de toma de decisiones, por tanto, de ambos, médico y paciente.

Conviene no perder de vista esta perspectiva porque la configuración del consentimiento informado como derecho de los pacientes, sin duda la más importante manifestación del concepto del consentimiento, desde su consagración en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad hasta la regulación actual contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, supone ciertamente el reconocimiento del que deriva su exigencia jurídica y consecuentemente las sanciones por su contravención, pero no puede ni debe ocultar su evolución social, su fundamento ético y su finalidad clínica.

ACTO CLÍNICO

En estas tres perspectivas se fundan las afirmaciones de que el consentimiento informado es un requisito legal, un proceso continuado y un acto clínico más, de forma que cuando se habla del consentimiento informado no se alude sólo a su necesidad para poder acometer con validez jurídica un tratamiento médico o quirúrgico (consentimiento informado en sentido estricto), sino de garantizar el conocimiento por el propio paciente de su proceso, tanto como fin en sí mismo (derecho a la información) como para poder tomar decisiones en el curso de un tratamiento ya comenzado, incluso la de suspenderlo (revocación del consentimiento) y asegurar la colaboración necesaria del paciente o de terceros en aras al éxito del tratamiento (información terapéutica) y, por último el derecho a la información no clínica, integrante del derecho a la protección de la salud en sus aspectos colectivo y social primordialmente: derecho a servicios sanitarios accesibles y derecho a conocer los requisitos necesarios para su uso (artículo 10.2 de la Ley

Cosmetic SURGERY TIMES



SUSCRÍBASE
POR SÓLO 10 €
DE GASTOS
DE ENVÍO

Los últimos avances en medicina y cirugía cosmética, ahora a su alcance

S.P.A.

SPANISH PUBLISHERS ASSOCIATES S.L.

Manuel Jurado • Dpto. Suscripciones

Edif. Vértice • Antonio López, 249 - 1º • 28041 MADRID

Tel.: 91 500 20 77 • Fax: 91 500 20 75

suscripciones@drugfarma.com

General de Sanidad) y a la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud.

Que el consentimiento informado es también una obligación profesional tampoco puede discutirse, pues ya está formulado en los códigos de ética y deontología médica, en los que se dispone con carácter general que los pacientes tienen derecho a recibir información suficiente sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad.

Y, desde el punto de vista de su fundamentación ética, no cabe olvidar que los tratamientos sanitarios obligatorios se proscriben en la Constitución italiana de 1947, la fecha es importante ya que da idea de la sensibilización ante los excesos en la experimentación médica perpetrados durante la segunda guerra mundial, que proclama el derecho a la protección de la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y, a diferencia de nuestra Constitución, añade un segundo párrafo, del siguiente tenor literal: "Nadie puede ser obligado a un determinado trata-

de y de cuidados, la forma e intensidad en que la enfermedad o el tratamiento va a afectar a sus actividades, etc.

Este último aspecto de la información, que se funda primordialmente en el derecho a la protección de la salud y sólo más remotamente en la libertad del enfermo, tiene por finalidad garantizar el éxito del tratamiento, proporcionando al paciente los datos que le permitan aceptar y conocer su enfermedad, organizar y adecuar su conducta durante el tratamiento y permite al médico ofrecer explicaciones coherentes a lo largo de éste y justificar sus consejos y decisiones a lo largo del proceso patológico. Desde el punto de vista clínico, se ha dicho que facilita al paciente la comprensión de reacciones imprevistas y efectos secundarios y, consiguientemente, permite atenuar sus consecuencias y refuerza la colaboración del paciente y los allegados en la lucha contra la enfermedad.

ODONTOESTOMATOLOGÍA

Por último, en relación con el contenido y alcance del consentimiento informado, quiero expresar mi especial preocupación con respecto al sector de la odon-

La referida resolución judicial aborda de forma muy concisa la problemática del consentimiento informado en el orden penal de la jurisdicción y, a la luz de las diversas pruebas documentales, testificales y periciales practicadas en el juicio, declara que "las manifestaciones de los testigos y el informe pericial del médico forense, así como el contenido del historial clínico documentado resultan contundentes y fueron sometidas a contradicción, desprendiéndose no sólo que no existió el preceptivo consentimiento informado, sino que se produjo una defectuosa colocación de determinados implantes incumpliendo las más elementales normas de cuidado exigibles a un profesional sanitario, circunstancias éstas que, entre otras, acreditan la conducta imprudente del odontólogo.

De otra parte, la segunda de las resoluciones judiciales antes citadas es el auto dictado por la Audiencia Provincial de Cuenca, el cual revoca la resolución recurrida que acordó el archivo de las actuaciones y declara que, pudiendo ser constitutivos los hechos de un delito de lesiones imprudentes previsto en el artículo 152 del Código Penal, se acuerde la celebración del juicio oral en el que se resuelva sobre esta cuestión.

Dicha resolución judicial apunta que cuestiones tales como si el consentimiento ha de reputarse tácito en virtud de una eventual actitud pasiva del paciente o de actos concluyentes del portador del bien jurídico o, lo que es lo mismo, la probabilidad de que el afectado consintiera con anterioridad al acto profesional, o si la conducta indiciariamente típica no es, sin embargo, antijurídica por no concurrir la parte negativa del tipo del injusto, hacen necesaria la celebración del nuevo juicio, señalando la Sala que, en el recurso de apelación, es suficiente para declararlo así la posible existencia de indicios racionales de criminalidad que en el presente caso vienen determinados por la posible falta de información sobre las complicaciones de la intervención por parte de la facultativo y, en consecuencia, por una posible falta de prestación del correspondiente consentimiento informado del paciente a las mismas.

Como se ve, el consentimiento informado puede constituir uno de los elementos indiciarios de la posible responsabilidad criminal del odontólogo, a la luz de las resoluciones judiciales antes citadas, lo que obliga a hacer una llamada de atención sobre la conducta de quien omite el consentimiento del paciente que será o no punible si la correcta obtención del consentimiento se incluye dentro de la *lex artis*.

*Socia-directora del Área Contenciosa
"De Lorenzo Abogados"
www.delorenzoabogados.es

Hay una línea jurisprudencial menor que está comenzando a esbozarse con consecuencias en el orden penal para los odontoestomatólogos... Recientemente se han dictado dos resoluciones judiciales, una de las cuales condena a un odontólogo, y la otra considera que existen indicios delictivos

miento sanitario si no es por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana".

El consentimiento para el tratamiento médico excede, pues, de la idea de consentimiento contractual y deriva directamente de la dignidad de la persona. Sólo la Ley, y por motivos razonables y graves, puede imponer un tratamiento sanitario. E incluso la ley que lo imponga tendrá siempre el límite impuesto por el respeto a la persona humana. La ley que exceda este límite será una ley inconstitucional y por tanto nula.

Pero la información no queda circunscrita a un momento preciso, el previo a la obtención del consentimiento, sino que es un derecho-deber que se satisface continuamente, a lo largo de todo el tratamiento, y de ahí que el dentista deba, también con deber jurídicamente exigible por parte del paciente, informarle sobre todo su proceso, singularmente sobre la enfermedad que padece y sus características, los hábitos de vida que debe adoptar, el régimen dietético

toestomatología por una línea jurisprudencial menor que está comenzando a esbozarse sobre las consecuencias en el orden penal para el profesional de la falta del consentimiento informado, cuestión ésta que es necesario analizar a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, recientemente, se han dictado dos resoluciones judiciales al respecto, una de las cuales condena al odontólogo, y la otra considera que existen indicios delictivos por parte del profesional.

La primera de las resoluciones judiciales antedichas ha sido dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona y condena por imprudencia profesional a un odontólogo por la defectuosa colocación de un implante que precisó una nueva intervención quirúrgica, habiendo quedado acreditada la existencia de fuertes dolores y problemas de masticación, imponiendo al odontólogo una pena de cuatro meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por un período de dos años y seis meses.