

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

ELENA PERNAS CIUDAD

MARTÍNEZ DOALLO, Noelia. *El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental*. Granada: Editorial Comares, 2021, 164 páginas.

La presente obra supone una profundización desde el punto de vista iusfundamental de un derecho básico en la sociedad actual como es el del consentimiento informado del paciente. Ahonda precisamente en una de las partes esenciales de la tesis doctoral de Noelia Martínez Doallo, titulada *El derecho al consentimiento informado del paciente como derecho fundamental y como derecho subjetivo*, del año 2020.

En su prólogo, realizado por el Profesor Seoane, se recoge la importancia, no sólo académica de este derecho, básico en la Bioética, sino también en el día a día de la ciudadanía, por sus implicaciones en los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal y en el derecho a la salud.

Se divide el libro en tres partes fundamentales, con un primer capítulo dedicado al consentimiento informado como derecho subjetivo; un segundo capítulo en el que entra a analizar en profundidad ese derecho; y un tercero que recoge las conclusiones esenciales del mismo.

En su presentación hace un recorrido histórico por el pasado del consentimiento informado, desde la jurisprudencia anglosajona de finales del siglo XVIII, pasando por el siglo XIX y el principio de beneficencia médica, terminando en su desarrollo a lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Se trata de un recorrido muy interesante y esquemático, estudiando tanto la legislación española como los tratados internacionales.

El primer capítulo se introduce en materia planteando la cuestión de cuál es el lugar jurídico del derecho al consentimiento informado, ya que existen contradicciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Considera que la interpretación actual se debe a una evolución pausada, a través de su construcción sobre ideas contrapuestas entre el ser y deber ser o el derecho y el deber. A pesar de todos los hitos históricos que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX, y que contribuyeron a transformar profun-

---

\* Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Correo electrónico: [epernas4@alumno.uned.es](mailto:epernas4@alumno.uned.es)

damente este derecho, considera evidente que se basa en el concepto de persona tal y como era entendida por la escolástica medieval, por lo que existe una íntima correlación entre el concepto como derecho subjetivo y las ideas de voluntad y de autonomía personal, y que en su evolución hasta la ciencia jurídica contemporánea se ha colocado en un lugar esencial, con diversas tesis, centrándose en las de Hans Kelsen, Wesley Newcomb Hohfeld y Robert Alexy. Con respecto a la obra de Kelsen, analiza especialmente la norma jurídica, con la evolución que el autor experimentó a lo largo de su obra, distinguiendo este concepto de otros como el de deber jurídico, teniendo en cuenta la polisemia del término “Derecho”, examinando todos los significados que él ofrece, y exponiendo que sólo las personas pueden ser sujetos de derechos. En la obra de Hohfeld, se centra en la noción de derecho subjetivo, estudiando la interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales, que este autor clasifica mediante tablas de “opuesto” y “correlativos”, desarrollando la distinción entre tipos de normas y clases de acciones humanas. En la obra de Alexy, también estudia el concepto de derecho subjetivo para este autor, que distingue entre implicaciones ético-filosóficas y dogmático-jurídicas, así como entre los conceptos de norma y posición, sin dejar a un lado la triple división de posiciones jurídicas subjetivas básicas en las que las personas se colocan según las normas. Tras el estudio de las tesis de estos tres filósofos, se centra en una explicación de este derecho basada en las ideas de éstos, de manera que procura una explicación y descripción precisa del consentimiento informado como un verdadero derecho subjetivo de los pacientes.

En este primer capítulo aborda el consentimiento informado como un derecho subjetivo del paciente a partir de las variadas perspectivas que plantean aquellos autores a los que estudia, que han posibilitado la clasificación de posiciones jurídicas subjetivas implicadas directamente en la relación jurídica y asistencial entre profesionales sanitarios y pacientes. Una vez analizado el consentimiento informado como un derecho subjetivo de los pacientes, pasa a examinar las razones que mantienen esa posición jurídica subjetiva.

En el segundo capítulo, pone de manifiesto la multitud de referencias doctrinales y jurisprudenciales que existen sobre los conceptos de autonomía decisoria y autodeterminación médica del paciente, para, de este modo, esclarecer los bienes jurídicos que subyacen a esa posición, los cuales permiten afirmar la existencia de una tangible noción de fundamentalidad en la estructura que explica el consentimiento informado, debido a la incuestionable conexión entre los conceptos antedichos que se relacionan con las nociones de persona, dignidad humana e integridad personal. Por lo que considera que existe una clara relación entre el consentimiento infor-

mado y los derechos fundamentales, pudiendo describir la posición subjetiva del paciente como una manifestación o concreción de éstos últimos. Asimismo, estudia y aplica las obras de los tres autores que examina en el primer capítulo, y analiza las de otros, como Dworkin, Ross, Sieckmann, Donnelly, Gewirth o Feinberg, abordando, como se decía, los argumentos para considerar que el consentimiento informado es un derecho subjetivo del paciente desde una posición jurídica subjetiva. Entiende que existe una conexión con los conceptos de autonomía decisoria, autodeterminación médica del paciente, dignidad humana e integridad personal, por lo que existe un evidente vínculo entre el consentimiento informado y los derechos fundamentales, entendiendo que es posible afirmar que existe una posición subjetiva de los pacientes como concreción de los derechos fundamentales, la cual se encontraría, incluso, avalada por el Tribunal Constitucional español. Reflexiona y ahonda en el concepto como derecho fundamental, llevando a cabo una delimitación conceptual, entrando de lleno en los derechos fundamentales, pero también ampliando a los derechos humanos, no quedándose, por tanto, sólo en su positivización, y llevando a cabo un estudio de la universalidad, la inalienabilidad y el carácter absoluto, para llegar a la conclusión de que el consentimiento informado es un derecho fundamental de los pacientes, universal, inalienable parcialmente y no absoluto.

La última parte de la obra, trata de las conclusiones, siendo las siguientes:

Que el consentimiento informado constituye un derecho subjetivo del paciente y una norma adscrita de derecho fundamental.

A través de los planteamientos de todos los autores que analiza, demuestra cómo se puede afirmar que el consentimiento informado supone un derecho subjetivo del paciente, ya que se trata de la manifestación de un derecho fundamental, lo cual considera avalado por la jurisprudencia constitucional española, que vincula el consentimiento informado del paciente con el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Española de 1978. Con el razonamiento *iusfundamental* correcto, el Alto Tribunal español posibilita la adscripción de normas generales y especiales en esta materia sobre consentimiento informado como una norma de derecho fundamental directamente estatuida. Considera que suscribiendo la tesis de la adscripción se puede definir el consentimiento informado del paciente como la manifestación de un derecho fundamental.

Que el consentimiento informado es una regla que especifica un principio constitucional.

Tras un estudio jurisprudencial constitucional en España, sostiene que este Tribunal, en sus resoluciones a lo largo de los años, no ha desa-

rollado una terminología constante, por lo que se plantean dudas acerca de si el fundamento del consentimiento informado se encontraría en la integridad física del paciente, en la integridad moral, o, incluso, en ambas. Sin embargo, considera que la explicación más frecuente entiende que el consentimiento informado es una expresión de la autonomía y la autodeterminación del paciente, lo que supone una adecuación mayor a su fundamentación en la integridad moral.

Que el consentimiento informado del paciente es un derecho de titularidad universal, *prima facie* alienable y no absoluto.

Basándose en una idea básica, la cual es la concepción de los derechos fundamentales como derechos humanos que se positivizan en la Constitución, el derecho al consentimiento informado, al ser la manifestación de un derecho fundamental, se configura como un derecho de titularidad universal, aun considerando que su ejercicio es parcialmente alienable y no absoluto. Defiende que es un derecho de titularidad universal porque cualquier ser humano es potencialmente un paciente, pero es que, además, considera que esto no se puede llegar a ver afectado en el caso de una declaración de incapacidad, pues aun en este supuesto la titularidad del derecho se ostentaría plenamente, aunque sí tendría limitaciones en el propio ejercicio del derecho, que se trasladaría al representante. Tiene en cuenta que el ejercicio de este derecho es material y jurídicamente alienable, pues en la segunda fase decisoria la libre decisión del paciente es totalmente intransmisible. Con respecto al carácter absoluto de este derecho, establece que puede existir una colisión entre principios, lo que supone que sea necesario ponderar, lo que habla en contra de su carácter absoluto. Y, además, valora que existen razones morales que aconsejan la limitación del ejercicio de este derecho en determinados supuestos.

Que el consentimiento tiene una estructura compleja que se puede dividir en dos fases, que condiciona su explicación.

Con respecto a la estructura compleja del consentimiento informado, lo divide en dos fases: una primera caracterizada por el suministro de la información asistencial por parte del personal sanitario al paciente, que se orienta a asistir y a promover la segunda fase, que acontecerá posteriormente, de lo que proviene su carácter instrumental; y una segunda, en la que el paciente decide con total libertad sobre si aceptar o rechazar una intervención o tratamiento una vez que se le han presentado todas las alternativas posibles. Estima que esta estructura en dos etapas cuenta con la ventaja de posibilitar una adecuada distinción entre diversas posiciones jurídicas subjetivas implicadas y de sus elementos configuradores.

Por otro lado, debido a esa estructura bifase, observa que existe la presencia de dos derechos subjetivos del paciente, relacionados con los

deberes de los profesionales sanitarios implicados en la relación asistencial: el derecho del paciente a recibir toda la información adecuada, que debe ser proveído por el personal sanitario, y el derecho del paciente a aceptar o rechazar la intervención o tratamiento, relacionado con el deber de los profesionales sanitarios de solicitar su autorización o abstenerse en caso de rechazo.

Que la renuncia del paciente a su derecho supone un cambio en la posición jurídica de los profesionales sanitarios.

Sobre la renuncia del paciente a este derecho, estudia varias posibilidades. La primera de ellas, basada en la creación de un nuevo derecho del paciente, un “derecho a no saber”, lo que supone la elusión de los dilemas sobre la alienabilidad, aunque ello suponga incidir en nuevas dificultades. Y, la segunda, consistente en la concepción de la renuncia al derecho a la información por el paciente entendiendo que existe una suspensión del derecho correlativo del personal sanitario.

Que las restricciones extrínsecas al consentimiento informado pueden ser explicadas bien como un “privilegio” hohfeldiano, bien como un nuevo “deber” de los profesionales sanitarios.

Aborda los principales supuestos de limitación externa del derecho a la información, siendo estos la incapacidad natural del paciente y lo que denomina como “estado de necesidad terapéutica”. En el primer caso, debido a la situación de emergencia generada, se puede suspender el deber correlativo del derecho debido a que no es posible otorgar la información a los familiares o representantes del paciente. Mientras que en el segundo, entiende que se podría estar tratando de un privilegio del personal sanitario a no informar, correlativo a un “no derecho del paciente”, el cual no podrá alegar su incumplimiento.

Que la integridad personal es el fundamento del consentimiento informado del paciente.

Acerca de la práctica judicial, desarrolla la realidad de que las alegaciones que se efectúan sobre el derecho al consentimiento informado lo son sobre defectos o ausencia de la fase informativa, como consecuencia de un resultado corporal lesivo. E, incluso, repara en el caso de que, aunque no se produzca un daño en el paciente, y éste haya obtenido un resultado curativo de su salud, puedan existir casos concretos en los que sea procedente la reclamación judicial.

Sobre la responsabilidad del personal sanitario sobre este derecho, pone de manifiesto que hay diversas soluciones con sus correspondientes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad. Una consistente en la circunscripción de su fundamento en la integridad física del paciente, aunque sea insatisfactorio e incoherente, al desatender por completo el

componente moral existente en la propia definición de este derecho como expresión de la autonomía del paciente. Y otra que radicaría en considerar solamente la integridad moral como su fundamento, que, aunque más adecuado conforme a su explicación y función dentro del Derecho, con la posibilidad de obtención de la tutela judicial al margen de la verificación de un resultado lesivo para la salud del paciente, reconocería el incumplimiento de un derecho con la producción de un daño con la posibilidad de la aparición de problemas, al presentar una función más sancionadora que compensatoria, sin dejar a un lado el hecho de que la presencia de un daño moral es altamente subjetiva y de difícil prueba.

Por lo tanto, la autora considera que, tras su análisis del consentimiento informado, puede afirmar que es un derecho subjetivo del paciente en sentido estricto, una manifestación de un derecho fundamental, al menos en el sistema jurídico constitucional español, basándose en la diferenciación entre normas de conducta y de competencia, por un lado, y de actos jurídicos y naturales, por otro; por la organización de las normas en principios y reglas; por la tesis de la adscripción y por la positivización de los derechos humanos en la Constitución.

La autora contribuye, sin ninguna duda, a una aclaración de un derecho todavía poco estudiado en la actualidad y que, con la coyuntura actual, relacionada con la COVID-19, tendrá un mayor impacto y relevancia en el futuro. Pero no sólo en el campo de la práctica de la medicina, sino también en el iusfilosófico, pues todavía no está todo dicho sobre este derecho, como tampoco sobre otros muchos que componen la Bioética y el Bioderecho, pero sí debe de tratarse de una llamada de atención a esta rama del Derecho, para que profundice y actualice este campo, de forma que se puedan afrontar los retos que supone un mundo en constante cambio y con nuevas dificultades que deben ser abordadas también por la Filosofía del Derecho.

Estamos, pues, ante un riguroso y profundo análisis del derecho al consentimiento informado, ya que no hay más que ver las referencias doctrinales, normativas y jurisprudenciales, de lectura obligada para todas aquellas personas que quieran tener una visión amplia, pero al mismo tiempo, profunda, de este derecho.