

CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN EL ÁMBITO SANTARIO: DIVERSOS INSTRUMENTOS PARA SU APLICACIÓN

*ASSENT FOR REPRESENTATION IN THE SANITARY AREA: DIVERSE INSTRUMENTS
FOR HIS APPLICATION*

Dra. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, UCM.
aiberrocalanzarot@der.ucm.es

RESUMEN: La información y el consentimiento informado son derechos de los pacientes en ejercicio de su autonomía de voluntad que, constituye el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales y forma parte integrante de la lex artis ad hoc. El titular de la información y quien presta el consentimiento es el paciente, si bien, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones o se está ante un supuesto de consentimiento por representación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho a sus representantes legales. El presente estudio se va a centrar en el derecho a la información, consentimiento informado y en los diversos instrumentos para su prestación de los que el paciente se puede valer.

PALABRAS CLAVE: consentimiento informado; información; paciente; instrucciones previas; asistencia; mandato preventivo; menores de edad; incapaces de hecho e incapacitados.

ABSTRACT: The information and the informed assent are rights of the patients in exercises of his autonomy of will that constitutes the basic clinical of the relations welfare and form a part member of the lex artis ad hoc. The holder of the information and the one who givers assent is the patient though when the patient is not capable of taking decision or it is before a supposition of assent for representation, the assent the persons will give it linked to for familiar reason or of fact. The present study in going to center on the right to the information, informed assent and on the several instruments for give it.

KEY WORDS: informed assent; right to the information; patient; previous instructions; assistance; representative mandate; minors; incapable of fact; incapacitation.

FECHA DE ENTREGA: 28/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE.- 1. Concepto y finalidad.- 2. Contenido y alcance de la información sanitaria.- 3. Caracteres y forma de la información sanitaria.- 4. Sujetos a quienes corresponde transmitir el deber de información al paciente.- 5. Titular de la información sanitaria.- 6. El derecho a la información epidemiológica y sobre el sistema de la salud.- 7. Efectos de la información. Obligación de medios y de resultado. Medicina curativa y medicina satisfactiva.- III. CONSENTIMIENTO INFORMADO.- 1. Concepto, alcance y contenido.- 2. Excepciones al consentimiento informado.- 3. Capacidad para prestar válido consentimiento. El consentimiento por representación. Instrumentos para prestarlo.- A) Personas incapaces de hecho.- B) Personas con la capacidad modificada judicialmente.- C) Menores de edad.- D) Supuestos en los que no cabe el consentimiento por representación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -en adelante, Ley de Autonomía del Paciente- tuvo lugar una importante reforma en las relaciones médico-paciente, en concreto, en el tratamiento y salvaguarda de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios, como eje principal sobre el que se asientan dichas relaciones; en esencia, en lo que supone el desarrollo del derecho médico en España desde uno de sus principales vértices. Se regula, entre otros aspectos, el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad en el ámbito médico, las distintas cuestiones relativas a la autonomía del paciente, así como al principio general del consentimiento libre e informado, las instrucciones previas (voluntades anticipadas) y la historia clínica. Esta Ley completa las previsiones que la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad (en adelante, LGS) enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un tratamiento especial al derecho de autonomía del paciente. Se trata de una ley básica de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución española, sin perjuicio que el Estado y las Comunidades Autónomas adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley¹. Tiene como objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los

¹ Varias Comunidades Autónomas han aprobado leyes especiales en la materia: Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón; Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre de Ordenación Sanitaria de Cantabria; Cataluña: Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y a la documentación clínica; artículos 212-1 a 212-3 del Código Civil catalán; Castilla-La Mancha: La Ley 8/2000, de 30 de noviembre de Ordenación sanitaria; Castilla y León: Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de julio de Salud de Extremadura; Illes Balears: Ley 5/2003, de 4 de abril de Salud de las Illes Balears; La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de La Rioja; Madrid: La Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; y, la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro competente; Navarra: Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre de

pacientes, usuarios y profesionales, así como de los Centros y servicios sanitarios, públicos y privados en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica (artículo 1). Asimismo, tiene como precedente internacional el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre derechos humanos y biomedicina, en adelante CDHBM), suscrito el día 4 de abril de 1997 en Oviedo, ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2002. La especialidad de dicho Convenio reside en el hecho que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España -instrumento de ratificación el 23 de noviembre de 2007-² se reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidos aquellos que necesitan un apoyo más intenso. Además se señala que, la persona con discapacidad tiene su propia autonomía e independencia individual incluida la libertad para tomar sus propias decisiones. A la par que se establece la exigencia de participar activamente en el proceso de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidas las que les afecten directamente. En todo caso, se establece como principios de esta Convención, la dignidad como persona, su autonomía individual, incluidas la libertad de tomar sus propias decisiones (artículo 3 a)). Recientemente, la Disposición Final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha modificado la Ley de Autonomía del Paciente, incorporando los criterios de la Circular 1/2012, de 3 de octubre 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. A tal fin, introduce para una mayor claridad un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a la capacidad para prestar consentimiento a los menores emancipados o mayores de 16 años, indicando que no procede otorgar el consentimiento por representación, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud. Por otra parte, se añade a este artículo 9 un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo un representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente. Asimismo, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se modifica el artículo 17.10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LOPJM- y se considera situación de riesgo la negativa de los padres, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento para salvaguardar la vida e integridad física o psíquica de un menor. A tal efecto, las

derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra; y, Valencia: Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

² Publicado en el B.O.E. de 21 de abril de 2008. Firmado por España el 30 de marzo de 2007.

autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial bien directamente, o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos que se adopten la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor. No hemos de olvidar que, la prestación del consentimiento por representación ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcional a las necesidades del paciente y con respeto a su dignidad. Además, el paciente podrá participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. También con esta reforma de la LOPJM se define el concepto de interés del menor desde un triple aspecto: 1. El menor tiene derecho a que cuando se adopte una medida que le concierne, su interés superior sea valorado y considerado primordial en cualquier acción o decisión que se adopte y en caso de concurrir con otros intereses, se deben priorizar las medidas que respondiendo a este interés, respete también otros intereses. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir; 2. Un principio de carácter interpretativo. Se ha de optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Asimismo, se han de tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor y su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés personas (artículo 2.2 b)); 3. Como norma de procedimiento.

En todo caso, el menor tiene derecho a ser oído como establece el artículo 9.3 c) Ley de Autonomía del Paciente conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM en relación con cualquier decisión que incida en su esfera personas, familiar o social, teniendo 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. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto o tratado en cada supuesto. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez, cuando tenga doce años cumplidos (artículo 9.2 de la LOPJM).

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en el análisis del deber de información y en el consentimiento informado, en especial, en el consentimiento por representación y en los diferentes instrumentos que, de los que se puede valer el paciente para prestación de tal consentimiento.

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE.

1. Concepto y finalidad.

El deber de información se configura, por la mayoría de la doctrina y la

jurisprudencia como uno de los deberes integrantes de la *lex artis ad hoc*³ que, asumido por el médico, es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información inexacta o sesgada, puesto que toda obligación médica, como obligación de medios, comprende no sólo la aplicación de los procedimientos o técnicas más modernas y existentes en el estado actual de la ciencia médica, sino también el dar al paciente la información adecuada en cada caso, que le permita tomar una decisión libre y soberana sobre una actuación concreta en el ámbito de su salud⁴. Ciertamente, la exigencia que cualquier tratamiento o intervención médica

³ La sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003, 148063) establece que la *lex artis* “se refiere a una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que hubieran de efectuarse y la situación del paciente en cada caso, en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional concreta”.

⁴ GALÁN CORTÉS J.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001, p. 29; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactoria”, *La Ley*, 1995-3, pp. 707-708; MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001)”, *La Ley*, 2001-6, p. 1589. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 1997 (LA LEY 1997, 9738) señala que: “un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo”; asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 13 de abril de 1999 (LA LEY 1999, 5656) manifiesta en este sentido que “(...) el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo y siendo, como es, un riesgo importante en las anestésicas totales, la información debe ser requisito imprescindible (...) podemos traer a colación la sentencia de esa Sala del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, en donde se recoge, como uno de los componentes de la *lex artis ad hoc* el derecho de información (...) y es que no cabe compartir la irrelevancia de esta información según pretende la Audiencia, pues, es una exigencia ineludible dentro del total estructuración de la repetida *lex artis ad hoc*”. Igualmente, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 (LA LEY 1998, 191); de 16 de octubre de 1998 (LA LEY 1998, 9726); de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399) al afirmar que “la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal forma parte de toda actuación del paciente asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS de 25 de abril de 1994, de 2 de octubre de 1997, y 24 de mayo de 1999). Se trata que el paciente participe en la toma de decisiones que, afectan a su salud y que a través de la información que, se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”; y, de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4256).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 5572) señala al respecto que “el deber de información deriva del contenido obligacional del contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y su paciente, y del principio general de no dañar a otro; y tal daño se produce si el médico deja de informar en los supuestos y en la forma que las circunstancias aconsejen. Tal deber viene impuesto también por la buena fe contractual (artículo 7.1 y 1958 del Código Civil) y se halla recogido en el Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de abril de 1978, artículo 21, así como en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, artículo 10 número 2, 5 y 6 y en la propia Carta de Derechos y Deberes del Paciente del Instituto Nacional de la Salud, al disponer esta

cuenta con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad comporta la facultad de oponerse o no a la asistencia médica en una suerte de ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida⁵. El deber de dar información constituye un deber jurídico de notoria trascendencia que, desde la promulgación de la LGS y la Ley de Autonomía del Paciente, se ha convertido en un específico deber legal, adquiriendo por ello una considerable importancia⁶, que lo ha llevado a ser calificado en alguna ocasión como derecho humano fundamental⁷. Asimismo, se ha señalado que, tal deber de información supone una manifestación oportuna de un derecho natural del paciente a disponer y resolver acerca de su propia suerte y de aceptar libremente las posibles contingencias derivadas de la intervención médica y como contrapartida, de una obligación ética y moral del facultativo, pues, es capaz de percibir en qué condiciones y ante qué eventualidades

última en su punto cuarto que el paciente tiene derecho a recibir una información completa y continuada, verbal y escrita incluyendo alternativas al tratamiento”. Y añade “existe el de información del médico respecto de su paciente y el correlativo derecho de éste a ser informado, a quien corresponde decidir sobre su propia salud dentro de ciertos límites. Y esta decisión personal en ocasiones trascendente y médicamente orientada tras el diagnóstico y la exposición de las distintas alternativas posibles de curación puede devenir lesiva de los intereses del paciente cuando la información médica facilitada es incompleta o defectuosa, en cuyo caso, es susceptible de convertirse por sí misma en fuente autónoma de responsabilidad civil y factor causante de un daño objetivamente evaluable. El deber de información vendrá delimitado por su contenido, el sujeto al que se dirige y sobre todo su alcance y el modo de cumplir con este deber. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que habrá que analizar cada caso concreto”.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 20 de febrero de 2006 (AC 2006, 432); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, de 28 de mayo de 2009 (AC 2009, 1694); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 27 de junio de 2014 (AC 2014, 1750) la ausencia de consentimiento informado o su firma tardía suponía una mala praxis médica.

⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154). Asimismo, se ha afirmado que el derecho a la integridad física y moral resulta afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional, 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120); 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990, 137); y, 37/2001, de 28 de abril (RTC 2001, 37)).

⁶ MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: “El deber”, cit., pp. 1589-1590.

⁷ CORCOY BISASOLO, M.: “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ángel Tóro López*, Granada, 1999, p. 275. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); y, de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197) que han manifestado que “(...) el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

una determinada dolencia puede empeorar o aliviarse⁸.

En lógica consecuencia, este deber de obligado cumplimiento por los profesionales médicos, se corresponde con el correlativo derecho a ser informado del enfermo y, en su caso, con el de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. De no cumplirse adecuadamente este deber, nada impide la exigencia de responsabilidad tanto en la vía penal como civil, de la actuación médica, en algunos casos, incluso aunque la misma haya sido correcta⁹.

⁸ GARCÍA BLÁZQUEZ Y MOLINOS COBO, M.: *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico forenses)*, Comares, Granada, 1997, p. 120.

⁹ Así, la inobservancia del deber de información implica una actuación incorrecta que da lugar a responsabilidad civil, obligación de indemnizar por el resultado dañoso producido en caso de generarse y ello con independencia de que la actuación del facultativo sea técnicamente correcta, pues, el deber de información integra una de las obligaciones asumidas por aquél. En consecuencia, si el médico no informa al paciente es él quien asume los riesgos que se generan con su actuación, aun cuando su pericia y técnica hayan sido correctas, vid., entre otras las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (LA LEY 1992, 3323); de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 4897); de 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6084); de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 949); de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547); de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 3658); y, de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015, 641); la sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, sección 6ª, de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 8126); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 32593); y, de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª, de 25 de septiembre de 2014 (AC 2014, 1846). En esta línea, en ocasiones se hace abstracción de la causalidad entre el comportamiento y el daño, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 5462); y, de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554). Asimismo, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2007, pp. 313 y 322, señala que “lo correcto es entender que el incumplimiento del deber de informar por parte del facultativo constituye un supuesto de actuación negligente del mismo. es decir que, este deber, en tanto en cuanto está sancionado legalmente, forma parte de la *lex artis ad hoc*, por lo que si se omite o se cumple defectuosamente se incurre en responsabilidad civil”.

Algunas otras sentencias, sin embargo, prescinden de la teoría del riesgo como base donde sustentar la operatividad de la responsabilidad civil del médico por falta de información, exigen un nexo causal, de tal modo y manera que, la falta de diligencia determinada por la omisión de la información, haya provocado y sea la consecuencia del resultado dañoso, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 (LA LEY 1998, 1991); de 10 de noviembre de 1997 (LA LEY 1997, 10866); de 20 de febrero de 1999 (LA LEY 1999, 3340); de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958); de 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2397); de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638); y, de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3712) la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a un indemnización si no hay daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente. En este línea, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 316, para quien por lo que respecta a la responsabilidad civil en sede de consentimiento informado no se deroga la regla general de que se responde por los daños causados, si bien, la inexistencia de consentimiento informado no genera responsabilidad civil si la responsabilidad es exitosa; ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, coordinadores L. Fernando Reglero campos y José Manuel Busto Lago*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 382-383, manifiesta al respecto que “en tema de deberes de información y de consentimiento informado merecen atención especial y conjunta, extremos relativos al daño y a la causalidad. Si, a efecto de indemnización, la conducta negligente debe ser causa del daño, resulta

Ahora bien, cuando hablamos del derecho-deber de información es necesario distinguir entre: la información terapéutica y la información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión precisamente al tratamiento que, se prescriba. Se señala que, el deber de información terapéutica o de seguridad no es más que la información 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. Por otra parte, la información como requisito del consentimiento para el tratamiento, denominada también información clínica, constituye una obligación o deber del médico previo y necesario para que el paciente pueda consentir con conocimiento de causa entre las distintas opciones de tratamiento que se le presentan, cuál de ellas más le conviene, siendo en consecuencia, presupuesto de validez del consentimiento del paciente para todos los actos e intervenciones clínicas (consentimiento informado) y encontrando, en suma, su fundamento en el respeto a la libertad del paciente, en su derecho de autodeterminación¹⁰.

Aunque hayamos insistido en la distinción entre estos dos tipos de información, se ha de señalar que ambas se integran en el concepto global del derecho-deber de información clínica y participan por igual de las exigencias que, en relación al mismo se fijan legalmente¹¹.

Así, la Ley de Autonomía del Paciente contiene una regulación exhaustiva de lo que representa este deber-derecho de los pacientes a la información, adaptándolo a la demanda creciente que del mismo la realidad sanitaria actual exige. Se dedica a ello el Capítulo II titulado “El derecho de información sanitaria”, y dividido en tres artículos “El derecho a la información asistencial” (artículo 4); “Titular del derecho de información asistencial” (artículo 5); y “Derecho a la información epidemiológica” (artículo 6).

comprometido indemnizar aquellos daños que, de todos modos se hubieran producido”. Por lo que se pregunta ¿procede en tales casos, la reparación de los daños morales y patrimoniales derivados de la afección inevitable o de la intervención del tratamiento? A lo que responde que “en clave de causalidad al plano indemnizatorio sólo deberían conducirse los daños efectivamente causados por no haber informado o por no haber prestado el consentimiento o no haberlo hecho suficientemente informado”.

¹⁰ DE LORENZO Y MONTERO, R.: *El consentimiento informado en la cirugía ortopédica y traumatológica*, Editores Médicos, Madrid, 1997, p. 54; ROMERO CASABONA, C. M^a: *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 47-48; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria*, La Ley, Madrid 1995, p. 93; FRAGA MADIÁN, A., Y LAMAS MEILÁN, M.: “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista Xurídica Galega*, Monografías, 1999, pp. 79-80.

¹¹ DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes (Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica)*, Colex, Madrid, 2003, p. 26.

Viene a formar parte del proceso de participación activa de los pacientes o usuarios en la toma de decisiones clínicas y produce una continua interacción e intercambio de información entre el profesional sanitario y el paciente¹². Ahora bien, la información, a la que alude la citada Ley de Autonomía del Paciente, resulta exigible en toda actuación terapéutica, incluso en aquellos supuestos excepcionales de tratamiento sanitarios obligatorios por razones de salud pública en los que, no se requiere consentimiento (artículo 9.2 a)); y, ha de prestarse previo al consentimiento informado con la antelación suficiente¹³.

2. Contenido y alcance de la información sanitaria.

El artículo 4.1 de la Ley de Autonomía del Paciente contiene una regla general sobre el contenido de la información, estableciendo que, la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales y comprende como mínimo los siguientes extremos respecto de cada intervención: finalidad, naturaleza riesgos y consecuencias. A lo que habría que añadir como señalan SÁNCHEZ CARO y ABELLÁN las alternativas posibles a la intervención propuesta, pues, siempre que existan varias opciones clínicas, se hace necesario informar al paciente de las mismas, de los peligros que acarrear¹⁴. Si bien, en los supuestos en los que sea necesaria la prestación de un consentimiento informado por escrito, se fija también *ex lege* el contenido de la información, adjetivada como “básica” y se extiende: 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 probable en condiciones normales,

¹² DE LORENZO Y MONTERO R.: *Derechos*, cit., p. 28.

¹³ El artículo 43.9 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana señala que, habrá de prestarse al menos con 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. Y añade que, 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.

¹⁴ SÁNCHEZ CARO J., y ABELLÁN, F.: *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003, pp. 17-18.

Para GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5ª. ed., 2016, pp. 726-730, “el médico debe informar al paciente del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, de la forma (medios) y el fin de tratamiento médico, de las opciones o alternativas terapéuticas existentes en su caso, así como de sus consecuencias seguras y posibles, y de todas aquellas circunstancias que pueden incidir razonablemente sobre la decisión del paciente, entre ellas, la posible falta de medio del centro sanitario en el que se encuentra y las consecuencias que para su salud tendría rechazar el tratamiento”; y, en cuanto a los riesgos se ha de facilitar al paciente información sobre “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 (...) la información de los riesgos probables y de los riesgos típicos” (p. 732). Asimismo, la información de riesgos previsibles señala que “es, por consiguiente, independiente de su frecuencia, probabilidad o porcentaje de casos” (p. 737); y respecto de los riesgos atípicos dispone que “no existe obligación de informar sobre los mismos, pues, no resulta exigible a los profesionales sanitarios la información de todos y cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse” (pp. 750-751).

conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones (artículo 10.1)¹⁵.

¹⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2002 (RJ 2002, 5514) cuando afirma “se dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico, en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención. Y en el presente caso resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos previsibles e incluso frecuentes”. Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal, de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) “como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, sean de carácter permanente o temporal y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnico. Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos cuando sean remotos, poco probables o se produzca excepcionalmente y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 de enero de 2001)- no es la no obtención del resultado, sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide”. Y añade que “la información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos y solo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”; de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4352); y, de 20 de enero de 2011 (RJ 2011, 299) sobre información de los riesgos, incluidos los de anestesia, se refiere esta última; y, de 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4260) explicaciones sobre tratamiento, posibles secuelas, alternativas, complicaciones, así como todos los detalles en términos comprensibles a su entendimiento.

Por su parte, el artículo 8.5 de la Ley 3/2001 de Galicia se establece que la información deberá incluir: “Identificación y descripción del procedimiento, objetivo del mismo, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, consecuencias de la no realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente y contraindicaciones”; y, el artículo 49.9 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que la información que se proporcione al paciente deberá incluir al menos: “a) Identificación y descripción del procedimiento; b) Objetivos del procedimiento; c) Beneficios que se esperan alcanzar; d) Alternativas razonables al procedimiento; e) Consecuencias previsibles de su realización; f) Consecuencias previsibles de la no realización; g) Riesgos frecuentes; h) Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento por criterios científicos; i) Riesgos y consecuencias en función de la situación clínica del paciente y sus circunstancias personales; y, j) Contraindicaciones”.

Se considera en líneas generales como riesgos típicos de un tratamiento o intervención que, sean frecuentes; y aquéllas, igualmente típicos, que, aunque sean remotos o poco probables, cuando concurren y producen un perjuicio grave; no así los atípicos o excepcionales cuya posibilidad de producción en el acto médico concreto a efectuar es prácticamente nula sobre todo en medicina curativa. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164) señala que “como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de medicina curativa se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”; de 19 de abril de 1999 (LA LEY 1999, 9251); de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126); de 12 de enero 2001 (RJ 2001, 3) dispone que “poco importa la frecuencia a efectos de información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal la complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida, debió manifestárselo a la enferma”; de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958) se debía haber informado del riesgo de 0,44% de

En todo caso, el contenido mínimo que fija el artículo 4.1 coincide en algunos de sus extremos con el alcance del deber de información del profesional sanitario previo al consentimiento escrito del paciente definido como básico en el artículo 10.1 de la citada Ley de Autonomía del Paciente, en concreto, en los extremos relativos a los riesgos y consecuencias, si bien, de una forma más específica teniendo presente los supuestos limitados a los que se refiere –en concreto, los del artículo 8.2 de esta misma Ley-. De forma que, la combinación de ambos preceptos en estos últimos supuestos resulta necesaria para definir el alcance del contenido de la obligación de informar por parte del personal sanitario. Pues bien, de lo que no cabe duda es que en cualquier actuación médica se debe aportar toda aquella información que sea relevante para prestar un consentimiento libre y consciente por parte del interesado, en el que se deberá incluir como contenido ordinario, además del mínimo señalado; las características y naturaleza de la intervención, fines que se persiguen con ella, consecuencia que tendrá para la forma de vida del paciente, riesgos típicos de la misma, posibles alternativas de la intervención, molestias, efectos inmediatos de segura aparición, efectos colaterales o secundarios probables o posibles; a lo que habría que añadir, para los supuestos del artículo 8.2, las

necrosis como típico de la intervención; de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) se ha de informar de los riesgos previsible con independencia de su probabilidad o porcentaje y se deben excluir los desconocido por la ciencia médica en el momento de la intervención; y, de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638) que en relación a los riesgos afirma que “con carácter general 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 extraordinaria. El artículo 10 de la LAP incluye hoy dentro de la información básica que corresponde al consentimiento prestado por escrito 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 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 contraindicaciones”. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4323) distingue entre la previsibilidad y frecuencia en relación con los riesgos. Así afirma que: “(...) Así las cosas, ha de concluirse que el motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, al considerar “imprevisible” una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia de 3,5%, confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de la intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo, como declaró la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2005. Y como quiera que en el presente caso no hubo información alguna del riesgo típico de la lesión del nervio ciático, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida e incluso de lo alegado por el propio cirujano demandado al contestar la demanda y tal lesión efectivamente se produjo, la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad por el referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario”.

A modo orientativo algunos autores han llegado a considerar como riesgos atípicos los que aparecen en menor del 5% de los casos, pues entre 5% y 10% se les considera típicos, vid., SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contratos de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 59.

consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina, los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente, como asimismo, los riesgos probables que en condiciones normales, conforme a la experiencia o estado de la ciencia, o directamente relacionadas con la intervención puedan tener lugar; y, por último, las contraindicaciones¹⁶.

Finalmente, se ha de indicar que, esta Ley de Autonomía del Paciente contempla también el derecho de todo paciente o usuario a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que, le apliquen en un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para la salud (artículo 8.4)¹⁷.

3. Caracteres y forma de la información sanitaria.

De acuerdo con el artículo 4.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, la información clínica deberá ser verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, de forma que le puede ayudar a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad¹⁸. Lo que significa que esta información que el médico debe prestar al

¹⁶ ABEL LLUCH, X.: “El derecho de información sanitaria (I)”, *LA LEY*, año XXIV, núm. 5698, de 16 de enero de 2003, p. 2 señala que “el contenido ordinario de la información debe ponerse en relación con la finalidad de la información y, particularmente, si ésta es presupuesto de la prestación de un consentimiento informado, o, simplemente, el soporte para una toma de decisión (artículo 4.2) debe prestarse “toda la información disponible (artículo 4.1)”.

¹⁷ En este sentido, el artículo 9 de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 11.3 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears; y el artículo 4.1 m) de la Ley 6/2002 de Aragón.

¹⁸ Frente al controvertido artículo 10.5 de la LGS que se refería a que la información habría de ser completa, lo que resultaba inviable en la práctica; de ahí que, de forma mayoritaria la doctrina se muestra partidaria de sustituir dicho término por el de “suficiente”, “razonable” o “adecuada”. Vid., entre otros, ROMERO CASABONA, C. M^a: “El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente: aspectos jurídicos”, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Fundació Victor Grífols i Lucas, Barcelona 2012, pp. 93-94; GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad*, cit., p. 179.

Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña dispone que “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 requerimiento del paciente, para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma”; el artículo 212-1.1 del Código Civil catalán señala que “toda persona tiene derecho a recibir información verídica, comprensible y adecuada a sus necesidades y requerimientos sobre el alcance de cualquier intervención en el ámbito de su salud, que le ayuda a tomar decisiones de forma autónoma, salvo que haya expresado su voluntad de no ser informada. Este derecho es directamente exigible ante los tribunales de justicia”; el artículo 8.2 de la Ley 3/2001 de Galicia establece que “la información será verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente, continua, razonable y suficiente” y añade en su apartado 4 “será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente”. Asimismo, el artículo 8.2 de la Ley 6/2002 de Aragón señala que “la información proporcionada será lo más amplia posible, verídica y se expresará de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, con la finalidad de que éste pueda tomar las decisiones de una manera autónoma”. En esta línea, el artículo 17.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León dispone que “la información, con el fin de ayudar a cada persona a tomar decisiones sobre su propia salud, será veraz, razonable y suficiente, estará referida al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y comprenderá la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención”; el artículo 26.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria establece que

paciente deberá adaptarse a sus circunstancias personales, de manera que, deberá atenderse entre otros factores, a la edad del mismo, su estado de ánimo, su nivel cultural o de formación, su grado de madurez; deberá, asimismo, tener presente factores moduladores de carácter objetivo como la urgencia del caso, la necesidad de tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la gravedad de la enfermedad, la novedad del tratamiento, entre otros, y deberá proporcionarse en la cantidad que el paciente demanda –siempre que claro está que como indica el artículo 4.1 de la Ley, se trate de información “disponible”-. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 1997 cuando afirma que “la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continua precisa y exhaustiva, es decir que, para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”¹⁹. Y, precisa la sentencia de este mismo Alto Tribunal y

“la autoridad sanitaria velará por el derecho de los ciudadanos a recibir, por cualquier medio de comunicación, información sanitaria clara, veraz, relevante, fiable equilibrada, actualizada y de calidad que, posibilite el ejercicio autónomo y responsable de la facultad de elección y la participación activa del ciudadano en el mantenimiento o recuperación de su salud”; el artículo 11.1 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears dispone que “el paciente tiene derecho a que se le facilite en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluidos el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento. No obstante, se respetará la voluntad del paciente a quien se le ofrecen las alternativas siguientes: no querer ser informado; darle la posibilidad de decidir entre las distintas opciones terapéuticas del centro; renunciar al tratamiento y autorizar expresamente a otra persona para recibir esta información”; el artículo 11.1 a), b) y, c) de la Ley 2/2002 de La Rioja señala que “1. El paciente tiene el derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud y a disponer, en términos comprensibles para él, información veraz y adecuada referente a su salud, y al proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, la relación riesgo/beneficio, las consecuencias del tratamiento y las de no tratamiento, las alternativas al tratamiento planteado y siempre que, sea posible el pronóstico”. Asimismo, añade que “a) La información debe ser dada en un lenguaje comprensible (atendiendo a las características personales, culturales, lingüísticas, educacionales, etc.) de manera que pueda disponer de elementos de juicio suficientes para poder tomar decisiones en todo aquello que le afecte; b) Los profesionales sanitarios han de pedir a los pacientes indicaciones acerca de las personas a quienes deseen que se les facilite información sobre su proceso clínico, debiendo informar a las personas próximas a él en la medida que el paciente lo desee; c) En caso de menores o pacientes no capacitados para entender la información, se les informará de acuerdo con su grado de comprensión, así como también a sus familiares, representantes o personas vinculadas a ellos”; el artículo 49.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra la información será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y a los requerimientos del paciente, para ayudarle a tomar decisiones de una manera autónoma; y, el artículo 42.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana después de señalar que, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud en cualquier proceso asistencial, incluso en situaciones de incapacidad, en la forma y con los límites establecidos en la legislación básica, precisa que, la información debe ser veraz, comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, con el objeto de ayudarle a tomar decisiones sobre su salud.

¹⁹ RJ 2003, 3916. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) que señala que, “se ha de hacer de una forma comprensible y adecuadas a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y en su vista elegir, rechazar o

Sala de 28 de julio de 2008 que “la completitud de la información no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias”²⁰. En todo caso, quien fija el *quantum* de la información no es el médico –salvo en los supuestos de “estado de necesidad terapéutica” (artículos 5.4 y 9.1)-, sino el paciente. Deberá, asimismo, evitarse por parte del médico recurrir a un lenguaje técnico, pues, no se trata de dar una conferencia magistral, sino de fomentar un diálogo. El requisito de la adecuación de la información a las posibilidades de comprensión del paciente también está contemplado en el artículo 5.2 según el cual “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad (...), cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”. La intervención del paciente en todo el desarrollo del proceso asistencial resulta imprescindible. Por lo que, a estos caracteres de la información clínica podemos añadir otros no mencionados expresamente en el citado artículo 4.2, como son: el que debe ser continua su prestación, durante todo el tiempo que, dure la actuación asistencial; y que sea facilitada con la suficiente antelación y de forma previa a la prestación del consentimiento con el objeto que, el paciente pueda reflexionar y decidir libremente.

Respecto a la forma en que debe transmitirse la información al paciente o a terceras personas a la misma, rige como regla general la forma verbal²¹, aunque es necesario dejar constancia por escrito de dicha información en la historia clínica, debiendo comprender como mínimo la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (artículo 4.1)²². Esto concuerda con el artículo 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente según el cual, el consentimiento prestado por el paciente

demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialistas o centro distinto”.

²⁰ RJ 2008, 4638. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, de 13 de noviembre de 2013 (AC 2014, 759) la información proporcionada fue suficiente; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 25 de noviembre de 2014 (AC 2014, 2245) información poco clara.

²¹ En esta línea, el artículo 42.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7636); y de 13 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5564); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 30 de octubre de 2002 (AC 2003, 1867).

²² ABEL LLUCH X.: “El derecho”, cit., p. 3, señala que “la oralidad, amén de ser una previsión legislativa que refuerza y dinamiza la relación médico-paciente, pertenece a la propia esencia de tal relación que, además de la competencia profesional, presupone la delicadez humana de tratar como persona al paciente y ofrece las ventajas siguientes: a) Facilitar la necesaria y deseable proximidad en la relación médico-paciente, así como la continuidad, fluidez y espontaneidad de la información; b) Permite al médico responsable adecuar el consentimiento de la información a las circunstancias y requerimientos del paciente, lo cual también es una exigencia legal; c) Permite que el paciente, si lo desea, solicite al médico que, complemente la información con aspectos que son de su interés”.

En el misma línea, el artículo 8.2 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 11.1 de la Ley 2/2002 de La Rioja establece que, el paciente tiene derecho a una información veraz y adecuada referente a su salud, y al proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, la relación riesgo/beneficio, las consecuencias del tratamiento y las de no tratamiento, las alternativas al tratamiento planteado y siempre que, sea posible el pronóstico”; y añade en su número 4 que “el ciudadano tiene el derecho a disponer de la información escrita sobre su proceso asistencial y estado de salud en términos comprensibles, con el contenido fijado en las disposiciones vigentes”; el artículo 49.8 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 43.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana

será verbal con carácter general, si bien deberá prestarse por escrito en los supuestos legales tasados. Una previsión similar a esta última no se contiene en relación con la información, pues, expresamente no se señalan los supuestos en que la información debe prestarse por escrito. Pero en lógica consecuencia, deberá bastar la transmisión de la información de forma verbal cuando el paciente pueda consentir oralmente y por ende, será necesaria la constancia por escrito de la información en los casos en que la ley establece que el consentimiento debe ser prestado utilizando también este mismo medio de expresión²³.

Ahora bien, la transmisión de la información en la forma indicada no se reduce necesariamente a un solo acto, sino que tal como se ha señalado, va a ser objeto de un proceso continuado, debido entre otras razones, a que en ocasiones se van a suceder distintos actos autónomos de los anteriores y no inicialmente previstos como posibles por el médico cuando comenzó la asistencia, que van a requerir necesariamente la prestación de un consentimiento válido por el paciente. Además, se ha de añadir que la información que recibe el facultativo es continua en función de las nuevas pruebas que se van realizando y de la propia evolución del paciente, lo que en lógica consecuencia exigirá la proporcionalidad de la información de una forma paulatina, con el fin que el consentimiento mantenga su validez para cada tratamiento o intervención.

4. Sujetos a quienes corresponde transmitir el derecho de información al paciente.

El artículo 4.3 señala como sujetos responsables de transmitir la información sanitaria al paciente: al médico responsable del mismo y a él corresponde la carga de la prueba²⁴. El artículo 3 lo define como “el profesional que tiene a su cargo

²³ ROMEO MALANDA, S.: “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes (I)”, *LA LEY*, año XXIV, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, p. 2; ABEL LLUCH, X.: “El derecho”, cit., p. 3 quien, precisa, asimismo que, en aquellos supuestos en los que dada la naturaleza de la intervención en el ámbito de la sanidad requieren una plasmación y soporte documental, lo será a efectos “por una parte, de garantizar el hecho y el contenido de la información y, por otra parte, servir de elemento probatorio ante una reclamación judicial en los supuestos de denuncia de la infracción de este deber legal”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) se refiere a la facilitación por personal del centro sanitario en un impreso modelo sin especificación alguna de la concreta operación de riesgo medio-alto a realizar. Al efecto “es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida no correcta información. Son documentos éticos y legalmente inválidos que se limitan a obtener la forma del paciente, pues, aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, lo que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada y no un simple trámite administrativo, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”.

²⁴ En este sentido, el artículo 42.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única, de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065) incumbe a los profesionales de la medicina intervinientes y al

coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial (...). No obstante, tal como se desprende de la dicción del artículo 2.6, no sólo es el sujeto pasivo de la obligación de informar (así como de las obligaciones de documentación clínica y respecto a la voluntad del enfermo que, junto a la clásica obligación de realizar una actividad curativa diligente, componen el contenido obligatorio de la prestación de servicios sanitarios) el médico, sino “todo profesional que interviene en la actividad asistencial”. En este sentido, señala el párrafo 3 del citado artículo 4 que los profesionales que atienden al paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto también serán responsables de informarle. De manera que, quedan dentro del ámbito de aplicación de ambas normas todo el personal sanitario, aunque su responsabilidad quede constreñida a las funciones, siempre menores que, las que asuma el facultativo dentro de la relación jurídica asistencial. Ello no obsta para que el caso de intervenciones multidisciplinares o sucesivas de distintos profesionales en unidad de tiempo, el equipo médico designe a un “interlocutor válido”, por así llamarlo con el paciente que garantice el deber de información y evite la reiteración inútil de la información por distintos profesionales²⁵.

Centro sanitario; y, de 17 de junio de 2015 (RJ 2015, 2651) probado que se informó a la paciente de la naturaleza de la actuación médica y las alternativas y que no fue privada de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía. No hay daño imputable a una omisión del deber de informar. No se le garantizó el resultado.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define médico responsable 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 asistenciales”.

²⁵ ABEL LLUCH, X.: “El derecho”, cit., p. 3; DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos*, cit., p. 39. Por su parte, GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 683 señala al respecto que “el médico responsable deberá propiciar o fomentar tal 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”.

Por su parte, el artículo 2.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña dispone que “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 concreto”; el artículo 8.3 de la Ley 6/2002 de Aragón establece que “corresponde al médico o equipo de médicos responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. Esta responsabilidad es igualmente exigible a los demás profesionales sanitarios que le atiendan o le aplique una técnica o un procedimiento concreto”; el artículo 11.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears además de indicar que, el médico responsable del paciente ha de garantizar el cumplimiento del derecho a la información, añade que, los profesionales asistenciales que le atienden y le aplican una técnica o un procedimiento concreto también han de asumir la responsabilidad en el proceso de información al paciente; el artículo 21 de la Ley 8/2003 de Castilla y León dispone al respecto que: “1. En todos los centros, servicios o establecimientos debe asignarse a los pacientes un médico, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, y en su caso, un enfermero responsable del seguimiento de su plan de cuidados. Su identificación debe darse a conocer a los destinatarios de la información asistencial. 2. En el ámbito hospitalario, se deberá procurar que la asignación e identificación del médico y el enfermero

Ahora bien, consecuencia lógica de los artículos 2.6 y 4.3 es la responsabilidad de los obligados ante el incumplimiento de lo debido: en este caso, el incumplimiento de la obligación de información. El médico no solo es responsable, sino que, además, es garante que la información sea recibida por el destinatario (paciente). Como garante responderá siempre, bien de forma directa si él ha incumplido; o, bien de forma indirecta, si son algunos de los otros profesionales que de él dependen, los que han incumplido²⁶.

En este contexto, este deber del médico de garantizar el derecho del paciente a recibir la información sanitaria adecuada tiene como límite lo que se conoce como “privilegio terapéutico” o “excepción terapéutica” prevista en el artículo 5.4, que consiste en “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”²⁷. El daño que se puede ocasionar al paciente, si se le proporciona la información sobre su estado de salud, puede ser de tal envergadura que las circunstancias aconsejan que la misma no se le transmita (estado de necesidad terapéutico) y que el médico puede actuar profesionalmente, incluso si fuera el caso, sin obtener también su consentimiento o, en su caso, el de las personas llamadas a prestarlo por representación, pues, la excepción del beneficio terapéutico no constituye uno de los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente. En el caso de que esta información no sea transmitida “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” (artículo 5.4 *in fine*). Ha de precisarse que, al tratarse de una “excepción por necesidades terapéuticas” solo justificada en situaciones muy

responsable tenga lugar en el menor intervalo de tiempo posible tras el ingreso del paciente. 3. En los casos de ausencia de profesionales asignados, los centros, servicios y establecimientos garantizarán que otros profesionales del quipo asuman la responsabilidad de aquéllos; 4. De conformidad con el principio establecido en el artículo 17.3 de esta Ley, deben asumir también responsabilidad en el proceso de información al paciente todos los profesionales que lo atiendan o le apliquen una técnica o procedimiento concreto, con una especial implicación del enfermero responsable en cuanto a su proceso de cuidados”; los artículos 44.1 y 49.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que, en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios debe asignarse al paciente, para cada proceso, un profesional sanitario, que será el responsable de la información y su interlocutor principal con el equipo asistencia, sin perjuicio del deber de todos los profesionales que atiendan al paciente de facilitarle información; y, el artículo 42.2 apartado 6 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

²⁶ CERVILLA GARZÓN M^a. D.: “Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, *Actualidad Civil*, núm. 12, semana de 17 al 23 de marzo de 2003, p. 317. En igual sentido, se pronuncia el artículo 2.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 42.2 *in fine* de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana; el artículo 8.3 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 42.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; el artículo 6 de la Ley 3/2001 de Galicia dispone que el titular de la obligación de información es el facultativo “sin perjuicio de la que le corresponda a todos los profesionales dentro del ámbito de su intervención”.

²⁷ En el mismo sentido, el artículo 7 de la Ley 3/2001 de Galicia; y, el artículo 20 de la Ley 8/2003 de Castilla y León si bien, en función de la evolución de dicha necesidad terapéutica existente el médico podrá de forma progresiva, debiendo aportar al paciente la información competente en la medida en que aquella necesidad desaparezca.

excepcionales, por lo que debe interpretarse el citado artículo 5.4 de forma muy restrictiva.

Otra de las excepciones o límites al deber de informar se plantea en aquellas hipótesis en las que existe una situación de urgencia, peligro inmediato para la vida o integridad física del paciente, de modo que no puede perderse el tiempo en proporcionar una información previa²⁸. En estos supuestos, el médico tiene la obligación de actuar, siguiendo su propia conciencia, en interés del paciente y con el único objetivo o finalidad de salvar la vida del paciente²⁹; sin perjuicio que el deber de información al paciente se conserve y tenga lugar en un momento posterior, en concreto, durante el resto del tratamiento³⁰.

5. Titular de la información sanitaria.

El paciente es, según el artículo 5.1 primer inciso, el titular del derecho a la información, señalando, además, el segundo inciso de este apartado que “también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”³¹. Ahora bien, el

²⁸ El artículo 42.3 *in fine* de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que, podrán restringirse el derecho a no ser informado cuando sea necesario en interés de la salud del paciente, de terceros, de la colectividad o de las exigencias terapéuticas del caso, debiendo hacer constar dicha circunstancia en la historia clínica.

²⁹ En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4262): “...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 el 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”.

³⁰ CARRASCO GÓMEZ J. J.: *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1998, p. 83.

³¹ En la misma línea, el artículo 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-1.2 del Código Civil catalán; el artículo 8.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 11.6 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears señala que, las personas autorizadas por el paciente también tiene derecho a ser informadas en los términos establecidos en este artículo; el artículo 18.1 de la Ley 8/2003 de Castilla y León y añade en su apartado 2 que “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 determinen”; los artículos 43 y 49.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra el primero, en relación con los destinatarios del derecho a la información, cuando se trate de menores, serán titulares sus padres o tutores cuando aquél sea menor de dieciséis años, sin perjuicio del menor para recibir información sobre su salud en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico. Cuando a criterio del médico responsable el paciente carezca de capacidad para comprender la información o para hacerse cargo de su situación a cada de su estado físico o psíquico, se informará a las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho, sin perjuicio de la obligación de informar al paciente en le medida que lo permita su grado de comprensión. Y en caso de paciente incapacitado legalmente, el titular del derecho a la información será el tutor, en los términos que fije la sentencia de incapacitación y sin perjuicio del derecho del incapacitado a recibir información sobre su salud en un lenguaje adecuado que permita la comprensión de la misma; y, el artículo 42.2 apartado 3 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

paciente será informado en la medida adecuada a sus posibilidades de comprensión, aun estando incapacitado, cumpliendo en este supuesto con el deber de informar también a su representante legal (artículo 5.2)³². Si se diera el caso que el paciente, según el criterio del médico, carece de la capacidad suficiente para entender la información referida a la concreta actuación médica, a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá, entonces, en conocimiento de aquellas personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (artículo 5.3)³³. Se están refiriendo el legislador de la Ley de Autonomía del Paciente al expresarse en estos términos, tanto al menor de edad, como tal incapacitado legalmente en virtud de sentencia judicial y sometido a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada; como igualmente, al incapacitado de hecho. En todos estos casos, el derecho a ser informado del paciente descansa en el respeto a la autonomía y libertad de decisión y resulta pieza clave en el actual sistema sanitario, predeterminando, en consecuencia, todas las actuaciones que se lleven a cabo³⁴.

Por otra parte, la expresión “en la medida en que el paciente lo permita” contenida en el citado precepto puede interpretarse referida tanto a las personas destinatarias como al contenido de información a proporcionar; y consagra el respeto a un derecho personalísimo del paciente como es la información sobre los datos relativos a su salud; y ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Autonomía del Paciente, pues, no olvidemos que la información médica afecta a la intimidad del sujeto y solo éste puede dar acceso a la misma; permitiendo que sea conocida por otras personas bien de una manera expresa o tácita.

Ahora bien, el paciente, como titular del derecho a la información sanitaria, tiene derecho, asimismo, a que se respete su voluntad a no ser informado (derecho a no saber)³⁵, sin perjuicio que pueda designar a otra persona a quien facilitar la información sanitaria conforme dispone el artículo 5.1 segundo inciso. Para que tenga operatividad la renuncia es preciso que el sujeto haya manifestado, previamente, su voluntad al respecto y que la misma tenga lugar dentro de los límites y con las formalidades que la ley señala. Así, según dispone claramente el artículo 9.1 segundo inciso la renuncia a no saber debe ser expresa y constar

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define paciente como “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”.

³² El artículo 42.2 apartado 5 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana señala al respecto que, los menores emancipados y los mayores de 16 años son titulares del derecho a la información. Al resto de los menores se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, cuando sean mayores de 12 años, debiendo informar plenamente a los padres o tutores, que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores.

³³ En este sentido, el artículo 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña, artículo 42.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad valenciana; artículo 43.1 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 9 de la Ley 6/2002 de Aragón.

³⁴ Vid., artículo 43.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

³⁵ Vid., asimismo, artículo 11.1 de la Ley 2/2002 de La Rioja; y, el artículo 42.2 apartado 4 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

documentalmente por escrito³⁶. Esta renuncia a no ser informado no exime al paciente de la obligación de prestar el consentimiento para ser sometido a cualquier intervención médica, consentimiento que, en este caso, sería consentimiento no informado. No obstante, este derecho a no saber no es absoluto, sino que se encuentra limitado, tal como indica el artículo 9.1 en su primer inciso “por el interés en la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”³⁷. Tales limitaciones determinan con claridad que el médico en estos supuestos debe informar.

6. El derecho a la información epidemiológica y sobre el sistema de salud.

Todo paciente, además de tener derecho a conocer los datos relativos a su salud, también lo tiene respecto a los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para la salud individual. Es lo que se conoce como derecho a la información epidemiológica reconocido en el artículo 6, el cual explicita además que esta información habrá de difundirse en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley³⁸.

Asimismo, la Ley Autonomía del Paciente contiene una obligación de información de carácter administrativo, que sale, por tanto, del círculo obligacional que une al médico y al enfermo y cuyo destinatario son los pacientes como usuarios. Tienen éstos derechos a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos, debiendo existir para ello en los centros y servicios sanitarios una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los siguientes extremos: los derechos y obligaciones de los usuarios; las prestaciones disponibles; las características asistenciales del centro o del servicio y las dotaciones de su personal, instalaciones y medios técnicos (artículo 12.1 y 2 de la Ley de Autonomía del Paciente).

7. Efectos de la información. Obligación de medios y de resultado. Medicina curativa y medicina satisfactiva.

³⁶ Vid., el artículo 19 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, precisa que, deberá dejarse constancia escrita de tal renuncia en la historia clínica. Esta situación añade podrá “ser revocada por escrito en cualquier momento y pudiendo el paciente designar un familiar u otra persona para recibir la información”; y, el artículo 42.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra deberá respetarse la voluntad del paciente de no ser informado. El escrito de renuncia deberá ser incorporado a la historia clínica y podrá ser revocado en cualquier momento.

³⁷ En esta línea artículo 11.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; y, el artículo 19 *in fine* de la Ley 8/2003 de Castilla y León

³⁸ En el mismo sentido, el artículo 4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 10 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 24.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 23 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; y, el artículo 42.3 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

En terminología comúnmente aceptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde las sentencias de 21 de marzo de 1950³⁹ y 25 de abril de 1994⁴⁰, se distingue entre medicina curativa, necesaria o asistencial y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda, es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo o, en fin, para transformar una actividad biológica. En ambos casos, la información que se facilita al paciente es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo una actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo ante la innecesariedad de la misma. Y si bien es cierto que uno y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, vinculadas en determinados casos a una discutida obligación de medios y resultados, la diferencia entre ambas modalidades no aparece en ocasiones muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente que, las consiente, con aproximación a una medicina de medios en la que la posibilidad de elección está condicionada por una situación previa de riesgo, que permite mantener un criterio menos riguroso que el que se exige en medicina satisfactiva en la que como se ha dicho “la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención” (sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2005)⁴¹. Ahora bien, como destaca la sentencia de 4 de octubre de 2006⁴² los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comporta por sí la garantía de resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico al paciente cuando resulte de la narración fáctica. Además en la medicina voluntaria el deber de información se muestra más riguroso para la adecuada formación del consentimiento informado que, se justifica por la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención⁴³; frente a la cirugía necesaria, curativa o asistencial en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesaria o falta de premura de la misma⁴⁴. En este contexto, el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de octubre de

³⁹ RJ 1950, 394.

⁴⁰ RJ 1994, 3073.

⁴¹ RJ 2005, 8547. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871).

⁴² RJ 2006, 6428.

⁴³ En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4667).

⁴⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 583) en este caso, se cumplió la información en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes inherente a cualquier tipo de prótesis utilizadas en el momento de

2008⁴⁵ dispone que, la doctrina jurisprudencial sobre la información médica en lo que aquí puede interesar, cabe resumirla en los siguientes apartados: “1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más convenientes a sus intereses (sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 2007, de 4 de diciembre de 2007, de 18 de junio de 2008). Es indispensable y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que puedan sobrevivir de la intervención que se autoriza; 2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (sentencias de 28 de noviembre de 2007 y 29 de julio de 2008), revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 2004; de 26 de abril de 2007 y 22 de noviembre de 2007); 3. Cuando se trate de medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (sentencias de 17 de abril de 2007, de 30 de abril de 2007, de 28 de septiembre de 2007, y de 29 de julio de 2008); 4. En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones 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 relativa; y 5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil (sentencias, entre otras, de 21 de diciembre de 2006 y 14 de mayo de 2008).

Ahora bien, esa distinción discutida entre obligación de medios y resultado, aplicando la primera en relación con la medicina curativa y la segunda, con la medicina satisfactiva, se ha matizado en la propia jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 30 de junio de 2009⁴⁶ señala que: “la

contratar. La rotura de la prótesis en una intervención quirúrgica no supone la inhabilidad absoluta del servicio contratado, coincidente con una intervención quirúrgica destinada a realizar un aumento de mamas, que se llevó a cabo con absoluta corrección por profesionales médicos, en contemplación al principio de identidad e integridad de la prestación convenida.

⁴⁵ RJ 2008, 5789.

⁴⁶ RJ 2009, 6460. En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 138); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778); de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5155); de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 4641); de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2477); y, de 13 de abril de 2016 (RJ 2016, 1495) que, añade “es, asimismo, doctrina reiterada de esta Sala que “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”. Añade que, “estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se

distinción entre obligación de medios y resultado no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial. (...) La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no se puede garantizar un resultado concreto. Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada, a una buena praxis, sino a la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica 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 la mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario sería 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 los que dispone la medicina actual (STS de 12 de marzo de 2008). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactoria y sobre obligación de medios-obligación de resultado, dice la sentencia de 23 de octubre de 2008, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto, influyen de

acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que, permite al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesariedad de la misma y ello, sin duda como precisa la sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamento de los riesgos excepcionales, a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención si esta información no fue proporcionada debidamente”. Finalmente, señala que “en este caso hubo información y que ha sido calificada de correcta y suficiente en la sentencia y no consta de la lectura de la misma que a la paciente se la prometiese resultado. La promesa de resultado no es una consecuencia de la información sino una deducción que la sentencia obtiene de la equivocada doctrina jurisprudencial con la que da respuesta al problema planteado, en el seno que este debía necesariamente obtenerse porque así lo exigía el contrato al margen de la buena o mala praxis médica, criterio que, es, además, contradictorio con la información recibida en la que al paciente se le advierte de los riesgos de la operación, que finalmente se materializaron, pese a la cual decide someterse a ella. La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala”; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 4 de mayo de 2012 (AC 2012, 995); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 7 de junio de 2013 (AC 2013, 1495).

manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que “no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica en la resolución recurrida”.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1. Concepto, alcance y contenido.

La Ley de Autonomía del Paciente dedica el Capítulo IV a un principio general que inspira la totalidad de la misma y que, debe, en consecuencia, presidir cualquier actuación médica, como es el respeto a la autonomía del paciente que, consiste en reconocer validez y eficacia jurídica a las decisiones que libre, reflexiva y voluntariamente toma el paciente sobre los tratamientos sanitarios que le van a llevar a permitir o rechazar éstos. Y en este sentido, se debe tener presente que, las decisiones que se toman en el ejercicio de la autonomía privada como base del consentimiento a prestar, deben ser respetadas por los profesionales sanitarios, quienes además, están obligados a aplicar correctamente sus técnicas en cada actuación asistencial (artículo 2.6 de la Ley de Autonomía del Paciente). Precisamente, se ha de señalar que, este sometimiento soberano, voluntario y libre a una actuación adecuada en el ámbito de la salud, incluyen no sólo a esta sino también al respeto a la dignidad humana e intimidad de quien se somete a ella⁴⁷. Se trata de un derecho del paciente y su obtención representa un deber del médico⁴⁸. El paciente tiene derecho a decidir libremente, tras recibir la información adecuada – prevista en el artículo 4 de la Ley de Autonomía del Paciente- entre las opciones clínicas disponibles⁴⁹.

Considera la mayoría de la doctrina, que al igual que, ocurre con el derecho a la información, el consentimiento informado es presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*⁵⁰. Asimismo, se ha llegado a afirmar su naturaleza de derecho fundamental⁵¹.

⁴⁷ DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos*, cit., p. 54.

⁴⁸ Vid., asimismo, el artículo 3.2 de la Ley 3/2001 de Galicia, y, el artículo 48.2 y 3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra que establece al respecto que: “2. La autonomía de la voluntad del paciente comprende la libertad para elegir de forma autónoma entre las distintas opciones que le exponga el profesional sanitario responsable, para negarse a recibir un procedimiento diagnóstico, pronóstico o terapéutico, así como para revocar una anterior decisión sobre su propia salud. 3. Las decisiones de los menores no emancipados sobre su propia salud vendrán determinadas por su capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de las actuaciones sobre la misma y deberán ser respetadas con los límites previstos en la legislación vigente”.

⁴⁹ Vid., asimismo, el artículo 3.3 de la Ley 3/2001 de Galicia.

⁵⁰ GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 621. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10149) que dispone al respecto que “el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* (SSTS de

El deber de información que, integra, tal como hemos manifestado en líneas precedentes, una de las obligaciones asumidas por los facultativos en el ejercicio de su profesión médica, se constituye en un requisito previo al consentimiento –salvo que se haya excluido expresamente por el paciente–, para que éste pueda otorgar su aceptación al acto médico de una forma válida y eficaz; aquélla ha de ser adecuada y comprensible, de modo que el consentimiento no quede viciado por una incompleta o sesgada información⁵². Se puede afirmar que, entre los derechos del paciente se encuentran los relativos a la información y consentimiento, ambos, íntimamente ligados, en lo que se conoce como consentimiento informado, fruto de la consagración legal del principio de autonomía o derecho de autodeterminación del individuo⁵³. El paciente habrá de estar previa y oportunamente informado para

2 de octubre de 1997, de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, entre otras) y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; de 2 de octubre de 1997 y de 24 de mayo de 1999). Siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe proporcionar a quien prestó su consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información medicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la cesión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro”; de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059); de 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3384); de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2716); y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003, 148063); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1ª, de 20 de febrero de 2003 (AC 2003, 265); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3ª, de 7 de marzo de 2007 (AC 2007, 829); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8ª, de 23 de julio de 2007 (AC 2007, 1858); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 28 de enero de 2008 (JUR 2008, 114524) señala al respecto que “es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, destacando el cómo debe practicarse en los términos que precedentemente quedan recogidos, para señalar que “en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información”. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente”; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 23 de diciembre de 2009 (AC 2010, 707) es una exigencia ética y legalmente exigible a la profesión médica. Se trata de una información básica y personalizada, no un simple trámite administrativo, en el que paciente/cliente adquiere una participación activa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 13 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1702); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 24 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 43861) la ausencia de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *lex artis*; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (AC 2013, 1351); y, de esta misma Audiencia y sección, de 24 de febrero de 2017 (AC 2017, 674).

⁵¹ GRACIA GUILLÉN, D.: *Ocho tesis*, cit., p. 116. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); y de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197). En contra de esa calificación, PARRA LUCÁN, Mª. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, mayo 2003, p. 18.

⁵² FRAGA MADÍAN A. y LAMAS MEILÁN, M.: *El consentimiento*, cit., p. 16; MANRIQUE DE LARA, J.: *El deber*, cit., p. 1591.

⁵³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323) conecta el deber de información con la necesidad de consentimiento del paciente, exigiendo que este último haya de prestarse tras recibir una información objetiva, veraz, completa, y asequible y se

consentir el concreto acto médico y el consentimiento constituye un requisito indispensable para la realización de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico⁵⁴.

El artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define el consentimiento informado 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 tengan lugar una actuación que afecta a su salud”⁵⁵.

Los requisitos de libertad y voluntariedad a los que se refiere el mencionado artículo 3 y pone de manifiesto la doctrina, constituyen elementos esenciales en la construcción básica del consentimiento informado y son reiterados por el artículo 8.1, el cual, además, hace una remisión al artículo 4 relativo al requisito de la información previa al consentimiento. Un consentimiento libre de cualquier vicio que lo invalide y voluntario en cuanto haya valorado oportunamente las opciones propias de cada caso. En este sentido, se ha señalado que, la trascendencia de tal consentimiento informado implica que el mismo se convierta en el instrumento adecuado para la efectividad de un principio esencial que supone que el paciente sea capaz de decidir acerca de su propio destino⁵⁶.

pronuncia en los siguientes términos: “El motivo ha de desestimarse, al fundarse en una inexistencia de culpa que está en contradicción con la apreciación de la Sala de Apelación que, este Tribunal comparte; la operación a la que fue sometida la menor Mónica no era ineludible y necesaria, siendo posible otros tratamientos alternativos, evitándose el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó, que no se le advirtió a la madre de Mónica de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas para que ella decidiera. Estas son las actividades y omisiones culposas que, llevan a la Sala de Apelación a sostener fundamentalmente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible”. En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 31 de julio de 1996 (LA LEY 1996, 8974) señalando que, el consentimiento del paciente previo al acto médico, que deberá ser otorgado por aquél tras recibir la información precisa, especialmente sobre los riesgos de la intervención en el supuesto de operaciones quirúrgicas: “A esta clara imputabilidad hay que añadir el incumplimiento de un deber médico fundamental que, figura en todos los Códigos Deontológicos, y que especialmente en el presente caso, debió ser tenido en cuenta. Si se trataba de una operación considerada como de alto riesgo, cuyos resultados negativos se producían, aunque fueron en escasa proporción, resultaba indispensable explicar a la enferma en qué consistía el riesgo y obtener previamente su autorización; consentimiento que debió constar de una forma explícita, clara y concluyente”.

Asimismo, vid., el artículo 30.2 de la Ley 7/2002 de Cantabria que establece que “el consentimiento del usuario a que se le practiquen los procedimientos médicos citados deberá estar precedido de la información precisa, clara y completa por parte del equipo responsable de los mismos”.

⁵⁴ Vid., el artículo 30.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria.

⁵⁵ El artículo 3.1 de la Ley 3/2001 de Galicia define el consentimiento informado en los siguientes términos: “A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables”.

⁵⁶ RUIZ VADILLO, E.: *La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales*, Madrid, 1996, p. 1.

El consentimiento se expresará en forma verbal (artículo 8.2)⁵⁷, salvo en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, que será prestado por escrito, lo que constituye otra de las importantes innovaciones de esta Ley⁵⁸. No obstante, dada la generalidad de la redacción del precepto, en la práctica se convierte la formalidad escrita en la más común⁵⁹. En todo caso, la constancia

⁵⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8891); de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7135); y, de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2716); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13^a, de 26 de enero de 2011 (AC 2011, 322).

⁵⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428) señala que “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 trata de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros se puede afirmar con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. El artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones”; y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649).

Asimismo, el artículo 2.2 de la Ley de Autonomía del Paciente dispone que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

⁵⁹ Vid., en esta línea, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 301 al señalar que, en caso de duda es preferible que el consentimiento conste por escrito. Asimismo, en este sentido, se pronuncia el artículo 6.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña, si bien añade en su apartado 3 algunas precisiones sobre el documento en el que el consentimiento debe contenerse, en caso de que éste adopte la forma escrita, así señala que “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”. Igualmente, el artículo 49.1 y 2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra después de establecer que el documento de consentimiento debe ser específico para cada episodio clínico, 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. Esta información constará en la historia clínica”. Por su parte, el artículo 12.1 de la Ley 6/2002 de Aragón se pronuncia de igual forma que la ley estatal. También como la normativa estatal, el artículo 6.1 b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 30.3 de la Ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 12.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 3/2001 de Galicia exige la forma escrita con carácter definitorio y consustancial al consentimiento informado. Asimismo, establece en el artículo 10.1 el contenido mínimo del documento-formulario, en el que, además, de constar documentalmente la información precisa y previa a la emisión del mismo, deberá figurar como datos mínimos: “identificación del centro, identificación del procedimiento; identificación del paciente, representante legal, familiar o allegado que presta el consentimiento; identificación del médico que informa; consentimiento del paciente o del familiar, allegado o representante legal que autoriza, declaración del paciente de que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación; lugar y fecha, firmas del médico, paciente, familiar, representante legal o persona a él allegada”; y, por último el apartado 2 de este artículo se establece que “en el documento de consentimiento informado

por escrito del consentimiento del paciente en los supuestos descritos posibilita incorporar anejos y otros datos de carácter general, aunque se otorgará un documento de consentimiento para cada actuación o intervención sanitaria (artículo 8.3 de la Ley de Autonomía del Paciente)⁶⁰. En todo caso, los documentos o formularios del consentimiento deben ser específicos y personalizados, por cuanto como señala la doctrina, un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos⁶¹, y, si bien, pueden servir de elemento probatorio para constatar la existencia de consentimiento, no constituyen *patente de corso* para justificar la actuación médica, ni determina que la información y el consentimiento se hayan obtenido correctamente⁶². 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 que, asimismo, tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.⁶³ Y el paciente tendrá derecho a una copia del documento escrito de consentimiento y firmado por él mismo. Resulta evidente que, el consentimiento del paciente debe prestarse antes de la actuación o intervención médica y ha de subsistir durante todo

quedará constancia de que el paciente o la persona destinataria de la información recibe una copia de dicho documento y de que comprendió adecuadamente la información”.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059) “es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente, y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda optar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por lo que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y resultado de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas”; y, la 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1481). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 211291) no hay consentimiento informado en el impreso de autorización de la intervención dirigido a la clínica y sin que conste información sobre la misma o expresión de que se haya explicado al paciente la intervención y su alcance.

⁶⁰ En la misma línea, el artículo 12.2 de la Ley 6/2002 de Aragón que establece al respecto que “se efectuará un documento de consentimiento para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. El documento deberá contener como mínimo información sobre la finalidad y naturaleza de la intervención así como sus riesgos y consecuencias más frecuentes”.

⁶¹ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., pp. 706-707.

⁶² En similares términos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 302. Por su parte, precisa, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., pp. 709-710, que “los documentos impresos de carácter genérico en modo alguno sirven, por consiguiente, para acreditar el cumplimiento de esta obligación por parte del médico, más bien al contrario, al igual que, sucede con aquellos protocolos que carecen de la personalización necesaria, pues lo contrario, implicaría otorgar una carta en blanco al facultativo”. Y añade que “estos documentos tipo o documentos genéricos de consentimiento informado constituye una clara y evidente infracción del deber de información del médico”.

⁶³ Vid., asimismo, el artículo 4 apartado 1 de la Ley 3/2001 de Galicia.

el tratamiento o actuación sanitaria⁶⁴. El artículo 2.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, en esta línea, señala que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”; y el artículo 8.1 de este mismo texto legal precisa que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Ahora bien, pese a constituir principio general la necesidad de consentimiento previo del paciente en todas las actuaciones médicas, la Ley de Autonomía del Paciente, como ya establecía la LGS y de forma más clara, prevé una serie de supuestos en donde no es necesaria la obtención del consentimiento; en concreto, en el artículo 9.2 se indica que, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente en los siguientes casos: 1. La existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitaria establecidas por la ley; y 2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, cuando no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él⁶⁵.

Por otra parte, aun partiendo de la base que el acto de prestación del consentimiento es un acto personal del sujeto afectado, pues, el paciente es titular del mismo⁶⁶, también de forma excepcional, puede ser suplido su consentimiento en los casos en los que el sujeto se encuentra imposibilitado legal o físicamente para ello. El artículo 9.3 en consonancia con el artículo 6 CDHBM, regula uno de los aspectos más importantes en la práctica sanitaria habitual: la prestación del consentimiento por representación cuando el paciente está incapacitado para consentir, o se trata de menores de edad.

⁶⁴ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 687 precisa que, “el consentimiento ha de modularse a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan tratamiento en distintas fases, con el que se protege el derecho a la libertad del paciente”. Y añade que, “se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada y no de tracto único”.

⁶⁵ Vid., asimismo, el artículo 7.1 a) y b) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 11.2 a) y b) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 6.2 a) y b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 33 a) y b) de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 13 de la Ley 6/2002 de Aragón que, aclara que, en tales supuestos se pueden realizar las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada; el artículo 12.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears añade el supuesto en que el paciente haya manifestado por escrito el deseo de no ser informado; asimismo, el artículo 50 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra se refiere a estos supuestos y, añade “c) Cuando el paciente haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, sin perjuicio de que se obtenga el consentimiento previo para la intervención, dejando constancia documentada de esta renuncia a la información”; y, el artículo 43.8 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

⁶⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4262) ha señalado con ocasión de una ligadura de trompas efectuada en el curso de una cesárea, sin la oportuna autorización de la interesada que, “el consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera el cónyuge del interesado, a no ser que concurran ciertas circunstancias (urgencia o incapacidad)”.

El objeto del consentimiento vendrá dado –teniendo en cuenta lo manifestado con relación al contenido mínimo de toda información contenido en el artículo 4.1 y con relación al consentimiento escrito, además, lo previsto en el artículo 10.1-, por la actuación médico-quirúrgica ajustada a la *lex artis*, ya se trate de intervención o de simples tratamientos, con los riesgos que le son inherentes, sin comprender el resultado, puesto que éste es aleatorio y depende de múltiple factores tanto endógenos como exógenos, que resultan ajenos al actuar del facultativo, pero que pueden influir en que no se logre el fin perseguido⁶⁷. 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 que en el curso de la realización del procedimiento surjan nuevas dificultades o nuevos problemas que puedan requerir una modificación 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 justificar su actuación en una excepción de urgencia o estado de necesidad. Obvio resulta decir que el consentimiento prestado es específico de cada intervención; y, la carga de la prueba incumbe al médico⁶⁸. La ausencia u omisión del consentimiento puede determinar la responsabilidad del médico⁶⁹.

⁶⁷ FRAGA MADÍAN A., y LAMAS MEILÁN, M.: *El consentimiento*, cit., p. 67; GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 715. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554); y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649) señala que “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 trata de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros se puede afirmar con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia, no ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, de 17 de abril de 2007 y 30 de abril de 2007). El artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 34 de noviembre incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones”.

Por su parte, el artículo 52.2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra establece que, el documento de consentimiento informado deberá contener, además de la información a que se refiere el artículo 49.9, al menos los siguientes datos: a) Identificación del centro, servicio o establecimiento sanitario; b) Identificación del profesional sanitario responsable del procedimiento; c) Identificación del paciente y, en su caso, del representante legal o persona vinculada a él por razones familiares o de hecho; d) identificación y descripción del procedimiento que contendrá todas las cuestiones relevantes e importantes del mismo según los criterios médicos; e) Declaración de quien presta el consentimiento en la que conste que ha comprendido adecuadamente la información, que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación y que ha recibido una copia del documento; f) Lugar y fecha; y, g) Firma del profesional sanitario responsable del procedimiento y de la persona que presta el consentimiento.

⁶⁸ En esta línea, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 711. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724); y, de 9 de junio de 2015 (RJ 2015, 5979); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 104484).

⁶⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2633); y de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de

Finalmente, se sigue manteniendo como no podía ser de otra forma, teniendo presente el margen de libertad que corresponde al paciente en la toma de decisiones, por un lado, hay que referirse al derecho que tiene el paciente de negarse al tratamiento, a la intervención, en esencia, de rechazo a la misma, en cuyo caso deberá firmar el alta voluntaria y constar tal negativa por escrito tal como prescribe el artículo 2.4. Si el paciente no firma el alta voluntaria la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las

Navarra, sección 1ª, de 1 de febrero de 2002 (AC 2002, 1114) responsabilidad del médico por la omisión del consentimiento, aun siendo la realización de la intervención correcta; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 11 de junio de 2008 (JUR 2008, 273551) la omisión del consentimiento determina la asunción del riesgo por el médico.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de 27 de octubre de 2001 (RJ 2001, 1079) dispone que “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 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 previsibles 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. 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 demostrarse 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 precisamente 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 acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerados de responsabilidad (artículo 1105 del Código Civil) y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información al paciente; c) Que el 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 el 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 título de imputación a que este examen se contrae”. Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 12 de julio de 2013 (AC 2014, 245) señala que, “el incumplimiento del deber de información por parte del médico y por ende, la omisión o deficiencia del consentimiento informado, no está anudada, de forma inmediata y automática, a una consecuencia indemnizatoria, resultando imprescindible para ello la identificación de un daño derivado de la materialización de un riesgo del que el paciente no fue informado con carácter previo a la intervención médica, correctamente ejecutada desde el punto de vista técnico, para así poder declarar con fundamento en tal incumplimiento, la responsabilidad civil, ya que pueda haber responsabilidad civil sin culpa, pero no sin daño. Por consiguiente, aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis médica y una infracción de la *lex artis* al configurarse como un presupuesto y elemento esencial de la misma su ausencia no puede *per se* dar lugar a responsabilidad civil si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente”.

condiciones reguladas en la ley. Ahora bien, en el caso que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión. No obstante, el no aceptar un 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. Todo ello quedará debidamente documentado en la historia clínica (artículo 21 de la Ley de Autonomía del Paciente)⁷⁰; y, por otro, la facultad de revocar el consentimiento en cualquier momento, sin que sea preciso para ello que, el paciente justifique de forma alguna su decisión⁷¹. No obstante, la Ley exige que tal revocación conste por escrito en la historia clínica⁷², lo que no tiene mucho sentido en los casos que, la información y el consentimiento se prestaron de forma oral⁷³.

En este contexto, el paciente también tiene derecho a que se tome en consideración su voluntad expresada con anticipación en un documento de instrucciones previas, cuando no se encuentre en situación de manifestarla en el momento de la intervención. El artículo 11.1 de la Ley de Autonomía del Paciente señala que, por el documento de instrucciones previas –en algunas legislaciones autonómicas se opta

⁷⁰ Vid., asimismo, el artículo 3.3 de la Ley 3/2001 de Galicia que, igualmente, establece que la negativa al tratamiento conste por escrito; y el artículo 28.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León. Por su parte, el artículo 6.1 a) de la Ley 2/2002 de La Rioja establece al respecto que “los usuarios del Sistema Público de Salud de La Rioja mayores de dieciséis años tienen derecho a negarse que se les practique cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico. Asimismo, el consentimiento del usuario a que se le practiquen los procedimientos médicos citados deberá estar precedido de la información precisa, clara y completa por parte del equipo responsable de los mismos”; el artículo 30.4 de la Ley 7/2002 de Cantabria señala que “los usuarios del sistema sanitario podrán rechazar cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico, estando obligados a registrar tal negativa por escrito, en la forma que reglamentariamente se determine”; y, el artículo 53 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra que dispone al respecto que: “1. En los casos en los que el paciente se niegue a recibir un tratamiento, 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 clínica. 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. 2. De no existir tratamientos alternativos disponibles o de rechazarse todos ellos, se propondrá al paciente la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro, a propuesta del profesional sanitario responsable, podrá ordenar el alta forzosa del paciente en los términos previstos por la legislación vigente”.

⁷¹ Vid., el artículo 30.5 de la Ley 7/2002 de Cantabria.

⁷² Igualmente, el artículo 6.1 c) de la Ley 2/2002 de La Rioja. Sin embargo, se prescinde de la constancia documental de tal revocación, en el artículo 6.4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; en el artículo 12.4 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 12.3 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears; el artículo 28.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; y, el artículo 49.1 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

⁷³ ROMERO MALANDA, S.: “Un nuevo”, cit., p. 3 señala al respecto que, “otra cuestión distinta es que sí tenga que quedar registrada por escrito el alta voluntaria derivada de dicha negativa en los casos que proceda”.

por la denominación de voluntades anticipadas⁷⁴- “una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos 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”⁷⁵. Establece la Ley básica estatal que, la persona que ha de otorgar las instrucciones previas es una persona mayor de edad con capacidad de obrar plena⁷⁶, lo que contrasta con lo establecido en algunas legislaciones autonómicas donde se posibilita que puedan otorgarlas el menor emancipado o el incapacitado judicialmente cuando la sentencia de incapacitación lo permita⁷⁷. En este documento se pueden establecer las opciones e instrucciones expresas y previas sobre determinadas actuaciones e intervenciones clínicas haya expresado el paciente –si las desea recibir o no–; cuestiones relacionadas con el final de la vida, siempre que sean conformes con la *lex artis*, también la designación de un representante para que sirva

⁷⁴ Vid., el artículo 8 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 15 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 54 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; el artículo 34 de la Ley 7/2002 de Cantabria se refiere a la expresión de la voluntad con carácter previo; y, el artículo 45 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana se refiere al derecho a las voluntades anticipadas o instrucciones previas.

⁷⁵ En el mismo sentido, el artículo 8.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-3.1 del Código Civil catalán; el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 34.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 30.1 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, también, establece expresamente que solo podrán realizar estas instrucciones previas las personas mayores de edad, capaces y libres; y, el artículo 2 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid que señala al respecto que “por el documento de instrucciones previas, una persona manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o, llegado el momento de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”.

Para DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 419 el término “libre” parece referido a la declaración de voluntad y no directamente a la persona. Y añade que, “el tenor literal del precepto es lo suficientemente claro para entender que debe tratarse de personas mayores de 18 años, sin que pueda interpretarse que los menores emancipados pueden otorgar el documento de instrucciones previas, lo cual le parece poco coherente con el tratamiento que los emancipado y los que han obtenido el beneficio de mayor edad tienen en otros preceptos de la ley”. Aparte de lo anterior, señala, asimismo que, “parece que en los casos de incapacitación tampoco se reconoce eficacia a este tipo de documentos, pues, el precepto habla de una persona “capaz””.

⁷⁶ Vid., en esta línea, el artículo 4 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid establece que se requiere ser mayor de edad y no haber sido incapacitado judicialmente y manifestar libremente la correspondiente declaración de voluntad.

⁷⁷ El artículo 15.1 de la Ley 6/2002 de Aragón establece que por voluntades anticipadas el documento en el que una persona con capacidad legal suficiente, mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, en su caso, con la asistencia prevista en el Código Civil aragonés. Y añade en su apartado 3 que “además de los mayores de edad, menores emancipados y menores aragoneses mayores de catorce años en los términos indicados en el apartado primero de este artículo, podrán emitir declaración de voluntades anticipadas los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”. Asimismo, el artículo 45.1 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana establece que, podrá prestar voluntades anticipadas o instrucciones previas una persona mayor de edad o menor emancipado con capacidad legal suficiente.

como interlocutor válido con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, y en su caso, si así se hubiera establecido, tomar decisiones relativas a la aplicación o no de determinados tratamientos o la realización o no de determinadas intervenciones, esto es, sustituir en el otorgamiento del consentimiento informado en los casos en que este proceda⁷⁸; de no ser informado en caso de diagnóstico fatal, sobre donación de órganos con fines terapéuticos, docentes o de investigación; sobre las personas que, en su caso, se ha de informar, la aplicación de medidas paliativas o que, no se tomen medidas que prolonguen la vida artificialmente por medios de tecnologías y tratamientos extraordinarios –órdenes de no reanimación–, y, en fin, se puede contener referencia a los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias⁷⁹. En todo caso, no serán aplicadas las instrucciones previas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas⁸⁰. Estas instrucciones pueden modificarse o revocarse en cualquier momento, dejando constancia por escrito⁸¹, deben, asimismo, incorporarse tales instrucciones a la historia clínica, y con el fin de asegurar su eficacia en todo el territorio nacional, su inscripción en el Registro Nacional de Instrucciones Previas, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección que, ha sido creado por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Se encuentran legitimados para acceder a los asientos del Registro Nacional: a) Las personas otorgantes de las instrucciones previas inscritas en él; b) Los representantes legales de las personas otorgantes o los que a tal efecto hubieran sido designados de manera fehaciente por estas; c) Los responsables acreditados de los registros autonómicos;

⁷⁸ En esta línea LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntades anticipadas (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 130 al señalar que “en el documento de instrucciones previas se podrá indicar si en caso de contradicción con la voluntad del otorgante éste prefiere que prevalezca la decisión del representante o su propia voluntad, sobre todo porque puede existir un conflicto de intereses”. Asimismo, el artículo 212-3.1 *in fine* del Código Civil catalán.

En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 430 para quien, lo que no cabe es designar representante para que decida en lugar de aquél.

⁷⁹ Vid., el artículo 15.1 a), b) y c) de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 8.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-3.2 del Código Civil catalán; el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de Galicia en relación con el nombramiento de representante; el artículo 34.3 de la Ley 7/2002 de Cantabria que, establece la posibilidad de dejar constancia escrita de las personas en las que el usuario delega su representación; los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid –este último referido al nombramiento de representante–, en el que se indica que se podrán designar uno o varios representantes por el orden y en la forma que estime conveniente para que, llegado el caso, sirvan como interlocutores suyos con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Podrán nombrarse los representantes en el mismo documento de instrucciones previas o en otro documento independiente; y el artículo 54.1 apartado 4 – designación de representante– y apartado 5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

⁸⁰ En el mismo sentido, el artículo 8.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 5.3 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 11 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid; y, el artículo 54.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

⁸¹ Vid., asimismo, el artículo 7 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid; y, el artículo 212-3.5 del Código Civil catalán.

d) Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo. En todo caso, la persona otorgante de instrucciones previas, o en su caso, sus representantes legales o los designados en el documento registrado ejercerán sus derechos de acceso mediante la presentación de la oportuna solicitud escrita al encargado del registro quien, previa comprobación de la identidad del peticionario, podrá expedir la oportuna certificación acreditativa. De todas formas, los responsables de los registros autonómicos y las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma y por el Ministerio de Sanidad y Consumo podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de comunicación telemática, previa solicitud del facultativo que estuviese tratando al otorgante. A tal efecto, deberán disponer de un certificado de clase 2 CA emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, o de un certificado de forma electrónica reconocida, emitido por el prestador de servicios de certificación homologado, conforme a las prescripciones sectoriales y a la legislación de firma electrónica. A tal fin, se establece un sistema que garantice técnicamente la identificación de la persona destinataria de la información, la integridad de la comunicación, la disponibilidad las 24 horas del día, la conservación de la información comunicada y la confidencialidad de los datos. Por otra parte, las personas designadas por las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de sus respectivos registros autonómicos, en la forma que en cada caso se determine. Y, en fin, las personas que, en razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro nacional de instrucciones previas están sujetas al deber de guardar secreto (artículo 4). En cuanto al procedimiento registral, hay que señalar que, una vez inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de éste lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada. Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas y se procederá a notificar el acto de inscripción al registro autonómico, en el término de siete días por el mismo procedimiento telemático. Cuando la información mínima resulte incumplida o se aprecie algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se señale que, no podrá ser superior a 15 días. Transcurrido dicho plazo son suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento (artículo 3)⁸².

⁸² La Disposición Transitoria única de este Real Decreto 124/2007 se refiere al otorgamiento de instrucciones previas en comunidades autónomas que no han regulado el procedimiento disponiendo a tal fin que “1. Cuando una comunidad autónoma no haya regulado el procedimiento al que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la persona que desee otorgar instrucciones previas, o, en su caso, su representante legal o la persona designada a tal efecto, en el propio documento, por el otorgante, las presentará ante la autoridad sanitaria de dicha comunidad autónoma, la cual en el plazo y condiciones fijadas en el artículo 3 de este Real Decreto

Habrà de constar por escrito⁸³ y, aunque la normativa estatal no se indica nada sobre cómo han de formalizarse las instrucciones previas, en las normativas autonómicas, sin embargo, si se precisan los procedimientos que permiten su otorgamiento así: 1. Ante Notario; 2. Ante dos o tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar⁸⁴; 3. Ante el personal o funcionario habilitado al efecto en el departamento o Consejería competente en materia de salud⁸⁵. Corresponde, en todo caso, al médico

deberà remitirlas al Registro nacional para su inscripción provisional, el cual notificarà dicha inscripción provisional a la comunidad autónoma correspondiente; 2. En estos casos, tales instrucciones previas y los documentos que las acompañen quedarán en depósito y bajo la custodia del Registro nacional hasta tanto se cree el correspondiente registro autonómico; 3. Creado ese registro, el Registro nacional de instrucciones previas le hará entrega de las instrucciones y documentos en él depositados conforme lo dispuesto en el apartado anterior y, al propio tiempo, notificarà a los interesados esta entrega. El registro autonómico, por su parte, comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días, la inscripción efectuada y tomarà carácter definitivo en esta la inscripción que, en su momento, se realizó provisionalmente; y, 4. En lo que se refiere a estas inscripciones, el acceso al Registro nacional de instrucciones previas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 4”.

⁸³ El artículo 5 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid añade que, debe figurar en el mismo la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

⁸⁴ Vid., el artículo 5.2 de la Ley 3/2001 de Galicia que precisa que, dos como mínimo no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

⁸⁵ Vid., el artículo 8.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña alude solo al otorgamiento ante notario y tres testigos, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relaciones de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante; el artículo 15.5 de la Ley 6/2002 de Aragón que se refiere a estas tres formas de otorgamiento. Si bien, solo ante dos testigos, de los cuales uno no puede tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante; el artículo 30.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, igualmente, señala las tres formas de otorgamiento descritas; y en el caso de testigos han de ser tres mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial u otro vínculo obligacional con el otorgante”; también el artículo 34.2 a), b) y c) de la Ley 7/2002 de Cantabria que, en caso de testigos, se ha de prestar ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado, ni relación laboral, patrimonial o de servicios, ni relación matrimonial ni de análoga afectividad a la conyugal con el otorgante; por su parte, el artículo 5.2 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid señala como procedimientos para otorgar instrucciones previas, además de en las unidades administrativas y en los servicios de atención al paciente de las instituciones y centros sanitario y socio-sanitarios, público y privados, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio o vínculo de análoga relación de afectividad en la forma establecida legalmente, relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligaciones con el otorgantes; señala que, igualmente, los pacientes de manera excepcional y en un contexto de riesgo vital podrá manifestar sus instrucciones precias en cualquier soporte que de forma fehaciente exprese su libre e inequívoca voluntad. En este supuesto, dicha voluntad deberá incorporarse en la historia clínica, además, será precisa la firma del médico y de la enfermera responsable de dicha atención. Para garantizar el respeto de la voluntad del paciente, la dirección del centro lo notificará al Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid. Asimismo, el artículo 55 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra se refiere e los tres tipos de procedimiento, y en caso de testigos han de ser tres, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

encargado directamente de prestar la asistencia al paciente de cumplir con las instrucciones previas⁸⁶.

En este contexto, hay que señalar que, el consentimiento informado no representa un derecho ilimitado, pues, hay límites que, analizaremos, y derivan de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo o en caso de riesgo para la salud pública o en razón de la necesidad derivada se situaciones de urgencia.

2. Excepciones al principio de consentimiento informado.

El artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente se hace referencia, por una parte, a los supuestos ya mencionados en líneas precedentes, en los que se exime al médico de la obligación de recabar el consentimiento del paciente, como son los de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por ley y, riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, sin perjuicio de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él -urgencia vital- (apartado 2)⁸⁷; y, por otra, se recoge aquellos otros casos en los que, aun siendo necesario el consentimiento, éste no proviene de la persona que se somete a la intervención médica de que se trata, sino de una tercera persona (apartados 3, 4 y 5). Se trata de lo que el legislador ha llamado “consentimiento por representación”, incluyendo en el apartado 3 a las personas incapaces de hecho, a las personas con la capacidad modificada judicialmente –incapacitadas legalmente- y a los menores de edad sin o con suficiente juicio, pues, en este último supuesto, el legislador tiene presente y hace también una previsión al respecto, como es la relativa al caso de los menores maduros y al valor jurídico de su consentimiento.

Antes de analizar los supuestos de “consentimiento por representación”, con relación a los riesgos para la salud pública a causa de razones sanitarias (letra a) del apartado 2 del citado artículo 9) se hace referencia a la preservación y protección de la misma frente a los riesgos que puedan derivarse de la extensión incontrolada de alguna enfermedad transmisible al ser humano con relativa facilidad. Supone la admisión de tratamientos obligatorios o coactivos impuestos por la Ley, pues se otorga prioridad a los intereses colectivos frente a los individuales. Respecto a los casos de urgencia vital, el artículo 9.2 letra b) faculta al personal sanitario para intervenir inmediatamente a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento “cuando exista riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. Nos estamos

⁸⁶ Vid., asimismo el artículo 8.1 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid.

⁸⁷ En esta línea, el artículo 11.2 a) y b) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 6.2 a) y b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 33 a) y b) de la Ley 7/2002 de Cantabria precisa, con relación a la no realización del procedimiento diagnóstico o terapéutico represente un riesgo para la salud pública. En estos casos, deberá comunicarse a la autoridad judicial, en el plazo de veinticuatro horas, las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias; el artículo 13 de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 43.8 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

refiriendo a situaciones de inconsciencia, de deficiencia o enfermedad mental del paciente, donde por su estado no está capacitado para otorgar el consentimiento, ni es posible acudir a los representantes legales o familiares del paciente o personas vinculadas de hecho a él y donde además, la propia urgencia del caso exige la actuación inmediata del facultativo.

3. Capacidad para prestar válido consentimiento. El consentimiento por representación. Instrumentos para prestarlo.

El artículo 9 apartado 3 de la Ley de Autonomía del Paciente viene a regular los diversos supuestos en los que el consentimiento se puede otorgar por representación. Se trata de supuestos muy heterogéneo, entre los que se vienen a incluir aquellos en los que la persona carece de representante y su consentimiento viene a ser prestado por personas vinculadas con él; y en los que precisamente en atención a diversas circunstancias el consentimiento no lo presta directamente el paciente, como viene a ser la regla general prevista en el artículo 8; lo que no predetermina el que no deba recibir previamente información, en base a lo dispuesto en el artículo 5⁸⁸. Ahora bien, el legislador estatal utilizar la expresión “consentimiento por representación” que, no casa bien con una materia como es la relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad. De ahí que, hubiera sido preferible mantener la propuesta en la Proposición de Ley “por sustitución”⁸⁹.

No obstante, conviene precisar, por un lado, que, la prestación del consentimiento por representación se debe realizar según los parámetros contenidos en el artículo 9.5 de la Ley de Autonomía del Paciente, cuya pretensión es garantizar el respeto a la autonomía privada del paciente. Tales parámetros se concretan en que la decisión tomada por el representante ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del paciente, que actúe a su favor y que respete su dignidad. La exigencia de actuación a favor del paciente, sea menor o con la capacidad modificada judicialmente, conlleva que los representantes adopten decisiones relativas a su salud guiados únicamente por su interés y siguiendo la escala de valores de aquél y no la suya propia, sin que dicha actuación tenga que identificarse necesariamente con la mejor o más recomendable opción médica. Además el respeto a la dignidad personal del paciente pretende evitar el denominado “encarnizamiento terapéutico” que consiste en aplicar todos los medios posibles para salvar la vida del paciente con independencia del sufrimiento que pueda causar o del estado en que puede quedar tras la aplicación del tratamiento o la realización

⁸⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., pp. 345-346.

⁸⁹ El artículo 7 de la Proposición de Ley presentada en el Congreso tenía como redacción “Excepciones a la exigencia de consentimiento y otorgamiento de consentimiento por sustitución”. Tras una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la número 79, que fue admitida se sustituye la palabra sustitución por representación. La justificación que se dio a la redacción de esta enmienda fue que “en nuestro derecho la palabra adecuada es representación” (B.O.C.G., número B-134, 27 de septiembre de 2001, p. 57).

de la intervención⁹⁰, resultando especialmente relevante en el supuesto de “enfermo en estado crítico”. Se introduce así criterios objetivos de contenido ético que deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso. Y, por otro lado, que el consentimiento al que nos vamos a referir en los siguientes apartados, es el consentimiento del paciente a la actividad médica concreta, tenga ésta una finalidad directamente terapéutica o no, pues, resulta indispensable para legitimarlo⁹¹. Si bien, la necesaria intervención del representante legal en la prestación del consentimiento exigirá tener presente la normativa de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil; como, asimismo que, cuando nos referimos a representación legal nos estamos refiriendo a los titulares de la patria potestad, al tutor o al defensor judicial, al curador, y en caso de menores en situación de desamparo, a la Entidad Pública que asume la tutela automática de menores en situación de desamparo (artículo 172 del Código Civil).

A) Personas incapaces de hecho.

El paciente, como hemos señalado, es quien necesariamente ha de expresar su consentimiento al tratamiento médico correspondiente, decisión personal que dimana del derecho de autonomía o autodeterminación del individuo. Por consiguiente, al paciente, mayor de edad, con plena capacidad de obrar para prestar su consentimiento, le corresponde otorgarlo, siendo aplicable todas las reglas relativas al mismo ya analizadas.

Ahora bien, para que el consentimiento sea válido para el médico es necesario, asimismo, que el paciente sea capaz de tomar decisiones, que esté en plena posesión de sus facultades físicas o psíquicas; que sea, en esencia, capaz de entender y de querer la trascendencia del acto a consentir. Puede darse el caso que éste no se halle en esta situación, bien por tener su capacidad de decisión disminuida (de forma temporal: minoría de edad; o sobrevenida: incapaz de hecho), o bien por carecer totalmente de ella (capacidad modificada judicialmente).

Pues bien, a la situación de incapacidad de hecho alude tanto el artículo 9.3 a) como el artículo 5.3 de la Ley de Autonomía del Paciente cuando se refiere al titular del derecho a la información. Ambos preceptos hacen referencia a los supuestos de incapacidad transitoria o sobrevenida. Estamos ante una falta de capacidad, donde el paciente se haya impedido temporalmente tanto de entender la información que le proporciona el médico, como, igualmente, de tomar la decisión más adecuada. Se trata, por tanto, de aquellas personas que sin estar necesariamente inconscientes ni tratarse de menores o personas incapacitadas judicialmente, no pueden, por no encontrarse en la plenitud de sus facultades, prestar válidamente el consentimiento. En estos supuestos, como señala el artículo 9.3 a), el consentimiento será sustituido

⁹⁰ SEUBA TORREBLANCA, J. C., y RAMOS GONZÁLEZ, D.: “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica”, *Indret*, núm. 2, 2003, p. 8. Vid., asimismo, el artículo 14.3 de la Ley 6/2002 de Aragón.

⁹¹ SANTOS MORÓN, M^a. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médico. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 54.

por el del representante legal, y a falta del mismo, por el de las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho⁹². Ahora bien, esta referencia a la sustitución del consentimiento por parte del representante legal resulta un tanto dudosa, pues, el paciente no está, en principio, incapacitado judicialmente; y, además, porque, tal como dispone el artículo 5.3, aquella se proporcionará a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho sin aludir al representante legal. Por lo que, en lógica consecuencia, resulta más correcta la referencia contenida en el artículo 5.3 que la de este artículo 9.3 a)⁹³. En todo caso, no se indica nada de quienes serán las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. No obstante, el artículo 6.1 a) apartado segundo de la Ley 3/2001 de Galicia precisa que “en caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad”. Igualmente, el artículo 43.4 a) de la Ley 10/2014 de la Comunidad valenciana señala que, 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.

Ahora bien, el hecho que la persona esté incapacitada transitoriamente para tomar decisiones y su consentimiento sea sustituido por el de su representante, o por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, no impide que su opinión sea tenida en cuenta, a los efectos de facilitar al máximo su participación en el proceso asistencial, pues el respeto a su dignidad personas así lo exige⁹⁴. En todo

⁹² Vid., el artículo 7.2 a) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 6.1 a) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 31 a) de la Ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 14.1 a) de la Ley 6/2002 de Aragón.

⁹³ No obstante, esta referencia a la figura del representante también tiene lugar en alguna legislación autonómica, olvidando, igualmente, que la legitimación en este supuesto opera al margen de la representación legal: así, el artículo 31 de la ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 6.3 a) de la Ley 2/2002 de La Rioja.

⁹⁴ ROMEO MALANDE, S.: “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 4172002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (y II)”, *LA LEY*, año XXIV, núm. 5704, de 24 de enero de 2003, p. 1. Asimismo, se expresa en este sentido el artículo 6.3 del CDHBM: “cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”. Igualmente, vid., el artículo 7.4 último inciso de la Ley 21/2002 de Cataluña; y el artículo 212-2.3 del Código Civil catalán que dispone al respecto que “si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el artículo 212-1.4”. estas personas son: las designadas en documento de voluntades anticipadas, el asistente legalmente

caso, a quien corresponde decidir si tiene el paciente capacidad para expresar su opinión es al médico. Quien dejará constancia motivada y expresiva de la misma. Si existe desacuerdo entre la opción del médico y el paciente entorno a su capacidad, será necesario solicitar la intervención de la autoridad judicial. No obstante, exista o no discrepancia, en situaciones de urgencia vital, el médico deberá actuar inmediatamente, sin tener que solicitar ningún consentimiento. Corresponde evaluar la capacidad del paciente al médico que, en su caso, podrá solicitar la ayuda de otros especialistas –psiquiatras o psicólogos clínicos–, así como de los Comités Asistenciales Éticos que, existen en los Centros Sanitarios.

Por otra parte, el paciente puede haber designado previamente a una persona, a efectos de que emita en su nombre el consentimiento informado, correspondiendo a ella esa decisión. Puede haberse nombrado esa persona en el documento de instrucciones previas como representante en los términos analizados en líneas precedentes; o en el caso de tratarse de un apoderamiento o mandato preventivo en los dos supuestos contenidos en el artículo 1732.3 del Código Civil: 1. Apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*: el apoderamiento se otorga en previsión de incapacidad del poderdante; de forma que, surtirá efectos, cuando ésta tenga lugar. La incapacidad abarca un espectro más amplio al incluir todos aquellos supuestos en que con carácter temporal o permanente una persona no puede prestar válidamente el consentimiento⁹⁵. Puede, por tanto, dentro del amplio margen de posibilidad que ofrece el término “incapacidad” bastar la simple falta de capacidad natural acreditada por el apoderado mediante dictamen médico; o dejar su apreciación al amplio arbitrio del apoderado; o, en fin, estar el poderdante incapacitado judicialmente para que el apoderado sea eficaz. Todo depende de la voluntad de quien otorga el poder. El apoderado puede actuar ante la incapacidad del poderdante en la toma de decisiones y actuaciones sanitarias; y, 2. Apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos: se trata de un poder ya otorgado que se mantiene subsistente y eficaz, pese a la incapacitación sobrevenida de la persona, sea ésta como en el caso anterior declarada o no judicialmente, pues así se ha previsto por ésta, en el margen de autonomía que el ordenamiento le brinda respecto de todo aquellos que su capacidad de autogobierno le permita regular hacia el futuro. El poderdante ha dispuesto su eficacia, aunque sea posteriormente incapacitado. En este caso, el apoderado, igualmente, puede tomar decisiones referentes a tratamientos o actuaciones sanitarias⁹⁶.

De todas formas, en cualquiera de estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Por lo que, es posible que, aun siendo incapacitado judicialmente,

designado, el representante legal, la persona que tiene la guarda de hecho, y los familiares o las personas que están vinculadas a ella según proceda.

⁹⁵ Vid., JIMÉNEZ CLAR, A. J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de discapacitados*, Valencia 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia 2005, p. 151.

⁹⁶ Vid., BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El “apoderamiento o mandato preventivo” como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”, en LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 202.

subsista el apoderamiento preventivo y las decisiones referentes al paciente las siga adoptando el apoderado; o se extinga en la misma resolución judicial de incapacitación o por el tutor, siendo éste entonces quien decida en estos casos.

Finalmente, en caso de nombramiento de asistente que, conforme dispone el artículo 226-1 del Código Civil catalán puede solicitarlo a la autoridad judicial por el procedimiento de jurisdicción voluntaria “la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ellas misma o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”. En todo caso, la autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial podrá determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de lo que debe cuidar el asistente. Así, a los efectos que nos interesan, en el ámbito personal, el asistente deberá velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refiere los artículos 212-1 y 212-2 respectivamente, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos⁹⁷ y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas (artículo 226-2-2). Por lo que, podrá consentir cualquier actuación o tratamiento médico relativo a la persona del asistido cuando no pueda decidir por sí misma. En todo caso, a instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial podrá acordar la reducción o ampliación del ámbito de las funciones del asistente, si es necesario dadas las circunstancias. Si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación del su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial (artículo 226-4).

B) Personas con la capacidad modificada judicialmente.

La incapacitación es un estado civil de la persona física que, se declara judicialmente cuando concurren en ella alguna de las causas establecidas por la ley (artículo 199 del Código Civil). A estas causas se refiere el artículo 200 del mismo cuerpo legal como “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma”. La limitación de la capacidad que sufre el incapacitado judicialmente ha de ser necesariamente sustituida o completada por una persona. Por su parte, el artículo 760.1 de la LEC señala que, la sentencia que declara la incapacitación deberá determinar la extensión y límites de la misma, así como el régimen al que debe quedar sometido el incapacitado. Y añade, en su apartado 2, que si en la demanda de incapacitación se solicitó el nombramiento de la persona o personas que hubieran de asistir o representar al incapaz (artículo 759.2

⁹⁷ El artículo 212-1.4 del Código Civil catalán dispone al respecto que “si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, este debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda”.

de la LEC), se podrá proceder por el Tribunal al nombramiento de tales personas. Pues bien, trasladándose al ámbito médico-sanitario, a estas personas con la capacidad modificada judicialmente se refiere el artículo 5.2 de la Ley de Autonomía del Paciente en relación al titular del derecho a la información asistencial y artículo 9.3 b) “cuando el paciente esté incapacitado judicialmente”. Mientras que la información se deberá proporcionar, además de al paciente, a las personas encargadas de su guarda (representantes legales). Una información que deberá transmitirse a aquél “de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”. El consentimiento, en cambio, en este mismo supuesto será sustituido por el representante legal designado judicialmente⁹⁸, sin participar el paciente incapacitado de la “ventaja” que el legislador estatal parece consolidar, en cambio, cuando regula el derecho a la información. No obstante, partiendo de esta premisa, lo cierto es que, puede suceder que el paciente, aun estando incapacitado, tenga, sin embargo, capacidad para entender el alcance de la intervención, por lo que cabe preguntarse ¿se debe prescindir de su consentimiento u operar como sucede en la información dejándole participar, si a juicio del facultativo reúne suficientes condiciones de madurez? La mayoría de la doctrina, sin embargo, responde a esta cuestión señalando que, si el incapacitado tiene suficiente “condiciones de madurez”, esto es, capacidad natural para querer y entender el significado y alcance de la actuación a realizar, no se deberá prescindir de su consentimiento⁹⁹. Lo que está en consonancia con la base sobre la que se asienta la Convención de la ONU de personas con discapacidad de favorecer la participación del discapacitado en todas las actuaciones

⁹⁸ En esta línea, el artículo 14.1 b) de la Ley 6/2002 de Aragón; si bien, establece el apartado 2 del artículo 14 que “se podrán realizar, sin la exigencia del consentimiento previo del paciente, las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada”; el artículo 33.1 b) de la Ley 7/2002 de Cantabria y añade el apartado 2 de este mismo precepto que, el consentimiento regulado para este supuesto como para el caso que el médico responsable entienda que el usuario no está en condiciones de entender de manera clara, precisa y completa la información relativa al procedimiento diagnóstico o terapéutico indicado, deberá, además, contar con autorización judicial cuando de los procedimientos o prácticas se derive un gran peligro para la vida o la integridad física o psíquica del enfermo; el artículo 6.3 b) de la Ley 2/2002 de La Rioja que, precisa que “este consentimiento deberá expresarse por escrito en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos o prácticas médicas que, impliquen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles para la salud del usuario, y deberá, asimismo, contar con autorización judicial cuando de tales procedimiento o prácticas se derive un gran peligro para su vida e integridad física o psíquica. Cuando razones de urgencias impidan obtener la autorización judicial, se deberá comunicar al juez lo actuado en el plazo de veinticuatro horas”; el artículo 12.5 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears para cualquiera de los supuestos de incapacidad del paciente para tomar decisiones. El derecho sobre cualquier tipo de intervención que afecte a su salud corresponderá a los representantes legales que determine la sentencia de incapacidad. Y, añade que, en el caso de inexistencia de declaración judicial, corresponderá a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él. La situación de incapacidad no obsta para que los pacientes sean informados y participen en el proceso de toma de decisiones de manera adecuada a su grado de discernimiento; el artículo 51.1 b) de la Ley Foral 17/2010; y, el artículo 43.4 b) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

⁹⁹ SANTOS MORÓN, M^a. J.: *Incapacitados*, cit., pp. 37-38; RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 256-257; PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La capacidad”, cit., p. 32.

Precisamente, en el artículo 6.1 b) *in fine* de la Ley 3/2001 de Galicia se establece que “la opinión del paciente será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad”.

relacionadas con el mismo, incluso en el ámbito sanitario y, de tener presente que, la incapacidad constituye la última opción, y que se debe optar por realizar “un traje a medida” a la hora de concretar el campo de actuación del discapacitado, en el que se favorezca, asimismo, al máximo la autodeterminación de individuo y su dignidad.

Ahora bien, como ocurre en el supuesto analizado con anterioridad, corresponde al médico apreciar si el paciente incapacitado tiene suficiente madurez para poder consentir. Evidentemente, la capacidad de discernimiento necesaria para comprender las implicaciones de un tratamiento de poca entidad no puede ser la misma que, la que puede ser exigida para entender los riesgos y beneficios de una intervención de mayor entidad y riesgo. Si existen discrepancias con el médico, tanto por parte del paciente como del representante legal, acerca de las condiciones de madurez del incapacitado, será la autoridad judicial la que decida. También será necesaria la intervención judicial cuando la decisión tomada por los representantes legales sea perjudicial para la integridad o salud del representado-paciente, o entrañe un grave riesgo o le pueda suponer graves secuelas. No obstante, como hemos mencionado en más de una ocasión, si existe una razón de urgencia vital, el médico deberá actuar de manera inmediata, amparando su actuación el estado de necesidad.

C) Menores de edad.

El artículo 154 del Código Civil atribuye a los padres que ostenten la patria potestad la representación legal de sus hijos menores no emancipados, como una de las formas de prestarles asistencia, de velar por ellos. El fundamento de dicha representación legal se encuentra, por tanto, en la protección de la persona, al no ser capaz por sus especiales circunstancias, de desenvolverse por sí mismo, de actuar con plena independencia y autonomía jurídica. El menor hasta que no alcance su plena madurez y sea capaz naturalmente de asumir el resultado de su propia actuación con libertad, su autonomía queda limitada como medida que redunde en su propio beneficio. Por mandato legal, se sustituye su voluntad por la de ciertas personas a las que de forma irrenunciable y automáticamente se legitima para actuar en nombre e interés del menor representado¹⁰⁰. En consecuencia, este derecho y deber de representar que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores no emancipados, comprende todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes del representado, en esencia, en todos aquellos asuntos que puedan beneficiarles, salvo aquellos que se encuentren expresamente exceptuados. Precisamente, en el apartado segundo del artículo 162 se excluyen de la representación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Entre estos derechos de la personalidad, hemos de destacar, el

¹⁰⁰ BARRADA ORELLA, R.: “El ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor emancipado”, *LA NOTARÍA*, núms. 7-8, julio-agosto 1997, p. 110 señala, al respecto que “a medida que el menor desarrolla sus aptitudes físicas e intelectuales, a medida que la capacidad del menor madura, el ejercicio de las funciones representativas debe disminuir en su rigor, adaptándose elásticamente al desarrollo real de la personalidad del representado”.

derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, cuyo carácter personalísimo y el reconocimiento expreso de la capacidad natural del menor en el ejercicio de los mismos, resulta especialmente relevante cuando nos adentramos en el campo sanitario, y al menor se le tiene que someter a un tratamiento médico o a una intervención quirúrgica. Por lo que dicho precepto responde a la idea que en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que, el representante no puede actuar o su actuación es solo complementaria. Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez. Por su parte, el artículo 2 de la LOPJM dispone que, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva¹⁰¹.

Por tanto, la representación legal de los menores tiene como límite el interés del representado y el respeto al libre e integral desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española), y su dignidad individual como persona. Este respeto conlleva la necesidad de reconocerle cierto ámbito de autonomía, esto es, un progresivo ámbito de actuación de forma independiente y conscientemente responsable¹⁰². Ahora bien, este reconocimiento de un ámbito de capacidad al menor de edad, favorecedor de su libre desarrollo de su personalidad no puede llevarse a tales extremos que, pongan en peligro su propia existencia. Resulta esencial actuar siempre en interés del menor¹⁰³. Son dos, pues, los principios sobre los que ha de operar la regulación que se viene elaborando entorno a la figura del menor, y que inciden en la propia operatividad de la excepción: la capacidad natural y el interés del menor. Lo que determina esa capacidad natural de discernir viene delimitada en la realización de actos relativos a los derechos de la personalidad por el contenido de la ley y por las condiciones de madurez del menor; y debe, asimismo, analizarse, atendiendo al caso concreto, la naturaleza de los derechos sobre los que el menor de edad está ejerciendo la disposición y las consecuencias que, la misma en un futuro va a tener para él¹⁰⁴; y sobre todo si estás va a redundar

¹⁰¹ Las Resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2380) y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631) señalan que “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que autorizase a aquél actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del artículo 322 del Código Civil en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Y, añaden que “(...) si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa 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 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad”.

¹⁰² BARRADA ORELLA, R.: “El ejercicio”, cit., p. 109.

¹⁰³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Capacidad”, cit., p. 953; VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, p. 144.

¹⁰⁴ CORDOY BIDASOLO, M.: “El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento”, *Protección de los menores en el Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 299; BARRADA ORELLA, R.: “El ejercicio”, cit., p. 123.

en su interés, es decir, si le van a resultar o no beneficiosas¹⁰⁵. Se trata, en definitiva, en este nuevo marco jurídico, de buscar el punto de equilibrio –en interés siempre del menor- de la doble necesidad a la que el Ordenamiento Jurídico debe atender, por un lado, el reconocimiento al menor de una capacidad de obrar progresiva, un ámbito de autonomía acorde con su propia personalidad; y, por otro, la necesaria intervención de los padres, como representantes del menor, limitando su actuación siempre en su propio beneficio e interés.

En este contexto, el artículo 9.3 c) de la Ley de Autonomía del Paciente establece expresamente la capacidad necesaria de los menores para prestar el consentimiento a un tratamiento médico, y la actuación en su caso, de quienes ejercen la patria potestad como “representantes legales”, desplegando toda la diligencia necesaria para garantizar la vida e integridad física de sus hijos menores, cuando aquellos carecen de condiciones de madurez suficientes para la toma de decisiones que, afectan a su vida e integridad personal, no sólo en aquellos supuestos que la propia norma lo exige, sino también cuando el acto en concreto por su propia envergadura lo determina, en aras de lograr una adecuada protección.

Se ha de distinguir entre supuestos de consentimiento “por representación” que, son los relativos a los menores de edad no emancipados, que carecen de capacidad natural de entender y querer –de condiciones de madurez suficientes-; y, los menores de edad no emancipados, pero con suficiente madurez para entender el alcance de la intervención (menores maduros). El artículo 9.3 c) solo se refiere a los primeros, los segundos carecen de mención legal¹⁰⁶. Respecto a los menores de edad incapacitados habrá de estarse a la sentencia de incapacitación.

En el caso de paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención –menores no maduros-, el consentimiento lo presta su representante legal, después de haber escuchado la opinión del menor, conforme lo dispuesto en el artículo 9 de la

No obstante, de las posibles interpretaciones en torno a la excepción primera del artículo 162, la doctrina se inclina mayoritariamente por entender que los actos relativos a la personalidad corresponde realizarlos al menor cuyas condiciones de madurez le permitan comprender su alcance, dejando el requisito de la previsión legislativa para las demás hipótesis, vid., URIBE SORRABAS, A.: “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, p. 261; DÍEZ PICAZO, L.: “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, Sevilla 1982, p. 304.

¹⁰⁵ VARGAS CABRERA, B.: *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, p. 9, señala que, debe primar siempre el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés futuro sobre el de presente.

¹⁰⁶ En cambio, a estos menores, sí se refiere el artículo 6.4 de la Ley 2/2002 de La Rioja cuando dispone que “el usuario menor de 16 años que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención o tratamiento, deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado. Si careciere de dicha capacidad, dicho consentimiento habrán de prestarlo, en los supuestos y formas establecidos en esta Ley, sus representantes legales, informándose en todo caso el menor de forma comprensible y adecuada a su edad y necesidades sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud”; y, el artículo 212-2.1 del Código Civil catalán.

LOPJM –que serán aquéllos también titulares del derecho a la información asistencial¹⁰⁷. Ciertamente, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y, por ende, a consentir los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud de los menores en su posición de garantes de tales bienes jurídicos en función del deber de velar por ellos que, les impone el artículo 154 del Código Civil y, en el ámbito sanitario el artículo 9.6 de la Ley de

¹⁰⁷ Recordemos que el artículo 9.1 de la LOPJM establece que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado son 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”. Y añade el apartado 2 que el derecho a ser oído y escuchado “se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”. Por su parte, el artículo 6 apartado 2 del Convenio de Oviedo señala que “cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. 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. El apartado cuarto del citado precepto añade que, el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5. Y, el apartado quinto, finalmente, dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada. El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones. También se pone de manifiesta en tal informe, la necesidad que existan procedimientos adecuados para “los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente”.

En esta línea, el artículo 7.2 d) de la Ley 21/2000 de Cataluña en 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; el artículo 6.1 c) de la Ley 3/2001 al disponer, asimismo que, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos; el artículo 33.1 c) de la Ley 7/2002 de Cantabria remite a la legislación básica estatal y señala que prestará el consentimiento el representante legal y añade en el artículo 32 que “los menores será consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada”; y, el artículo 14.1 c) de la Ley 6/2002 de Aragón. Por su parte, el artículo 12.6 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears en cuanto a los menores de edad, siempre que no estén emancipados o tengan dieciséis años cumplidos, señala que el derecho a decidir corresponderá a sus padres, tutores o curadores que ostente su representación legal. Si bien, la opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles. En el caso que, haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la última autorización se someterá a la autoridad judicial; el artículo 51.1 c) de la Ley Foral 17/2010 de Navarra cuando se trata de paciente menor de entre doce y dieciséis años, 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 la opinión de éste, si tiene doce años cumplidos; y, el artículo 43.4 c) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

Autonomía del Paciente, en esta línea, exige que el consentimiento por representación se otorgue “siempre a favor del paciente y con respecto a su dignidad personal”. Ahora bien, si los progenitores están separados o divorciados, aunque la guarda se atribuya en exclusiva a uno de ellos, ambos son titulares de la patria potestad y deberán prestar el consentimiento conjuntamente. Si se trata de actos cotidianos o rutinarios en la vida del menor o de urgencia vital bastará con el consentimiento del progenitor que esté presente, bien porque tenga atribuida la guarda, o bien porque está ejercitando su derecho de visitas¹⁰⁸. Igualmente, en caso de guarda y custodia compartida (artículo 92 del Código Civil) las decisiones relativas a actuaciones o tratamientos sanitarios de sus hijos menores de edad corresponden tomarlas a ambos progenitores como titulares de la patria potestad, sin perjuicio de las indicadas decisiones rutinarias, ocasionales o de poca trascendencia, o de urgencia vital que en este caso, decidirá el progenitor que tenga en ese momento la guarda. En todos estos casos, se actuará siempre en interés del menor¹⁰⁹.

De existir conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con suficiente madurez y la de sus padres o representantes legales, el médico decidirá siempre atendiendo al interés superior del menor.

Por otra parte, siendo posible la toma de decisiones en función de la representación en materia relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad, ello no excluye, sin embargo, la posibilidad brindada por el artículo 158.6 del Código Civil, de un cierto control judicial en la actuación de los representantes legales. Si bien, el artículo 9.3 c) no hace referencia a este control, si bien no se impide la operatividad del mismo cuando la decisión del representante pueda ocasionar un perjuicio al menor, negándose, por ejemplo, a que se le realice una intervención precia para su vida o integridad. El citado artículo 158.6 permite al Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictar cualquier disposición que considere oportuna “a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”¹¹⁰. Precisamente, la operatividad de dicho artículo 158.6 puede tener lugar cuando las decisiones, acciones u omisiones de los padres o representantes legales pueden presumirse contrarias a los intereses del menor o de la persona incapacitada¹¹¹.

¹⁰⁸ En esta línea, vid., el artículo 43.5 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

¹⁰⁹ En esta línea, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 661, si bien, precisa que, en ocasiones, será necesaria la práctica de pruebas periciales médicas para determinar el mejor interés del menor, cuando falta el consenso entre ambos progenitores.

¹¹⁰ El artículo 51.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra establece que, en caso que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

¹¹¹ En esta línea, vid., el artículo 43.6 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana. Por su parte, el artículo 212-2.4 del Código Civil catalán señala al respecto que “si las personas llamadas a dar el consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir”.

En este contexto, con la reforma operada por la Ley 26/2015 se considera situaciones de riesgo la negativa de los padres, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento para salvaguardar la vida e integridad física o psíquica de un menor. A tal efecto, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos que se adopten la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10 de la LOPJM). No se ha de olvidar que, la prestación del consentimiento por representación ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del hijo –paciente- y con respeto a su dignidad personal. Además, el paciente podrá participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En el caso, de guarda voluntaria asumida por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de menores, que tiene lugar cuando los padres/progenitores o tutores no pueda cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el juez en os casos en que legalmente proceda (artículo 19 de la LOPJM y artículo 172 bis del Código Civil), los progenitores seguirán teniendo la titularidad de la patria potestad y la responsabilidad en la toma de decisiones en materia de actuaciones e intervenciones sanitarias relativas a su hijo o hijos menores de edad. De declararse el desamparo del menor, corresponde asumir la guarda por ministerio de la ley a la Entidad Pública (artículo 172 del Código Civil). La asunción de la guarda lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, por lo que la toma de decisiones relativas al menor de edad desamparado corresponde a la Entidad Pública –que también será el titular de la información-; incluso puede procederse a la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. De tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades (artículo 19 bis.1 de la LOPJM).

De estar el menor bajo guarda de hecho y la autoridad judicial tiene conocimiento de la existencia de tal guarda de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer, asimismo, las medidas de control y vigilancia que, considere oportunas. Si el juez mantiene la guarda de hecho, cautelarmente, puede otorgar al guardador de hecho facultades tutelares, entre ellas puede referirse a las relativas al ámbito personal de la tutela y, en consecuencia, poder tomar decisiones en relación con intervenciones o actuaciones en el ámbito sanitario que, sean rutinarias y cotidianas, en tanto se decide la constitución de la tutela¹¹². Para intervenciones de alto riesgo en el caso de concederle el juez al guardador de hecho

¹¹² Vid., sobre la materia, BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, septiembre-octubre 2016, pp. 2845 a 2868.

facultades de actuación en todo el ámbito personal, podría tomar decisiones de esta naturaleza; si no fuera así, debería solicitarse por el guardador autorización judicial.

En todo caso, ante el desamparo del menor se podrá constituir por la Entidad Pública al guardador de hecho como acogedor mediante la constitución de un acogimiento familiar temporal que, tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar o la adopción de otra medida de protección definitiva (artículo 173 bis.2 b) del Código Civil).

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone al acogedor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral en un entorno afectivo adecuado (artículo 173.1 del Código Civil). En este supuesto, el acogedor asume obligaciones similares a las de los progenitores y en interés del menor podrán decidir en todo lo relativo a las intervenciones y actuaciones sanitarias del menor acogido –dentro de la obligación de velar por él–.

Si hay guardador de hecho y no se dan los presupuestos objetivos de falta de asistencia moral o material que contemplan los artículos 172 y 239 bis del Código Civil, no procede declarar el menor en desamparo¹¹³. En todo caso, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (artículo 303.2 *in fine* del Código Civil).

D) Supuestos en los que no cabe el consentimiento “por representación”.

Para estos casos el artículo 9.4 ha querido utilizar tanto el criterio de la edad como las condiciones de madurez para señalar que, no cabe la prestación de consentimiento por representación –en la línea de la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas obre menores de edad en caso de riesgo grave-. Así se refiere expresamente a los menores emancipados o mayores de 16 años que no encuentren en los supuestos b) y c) del apartado 3 del citado artículo 9. Por lo que se opta por establecer una presunción generalizada que tanto el emancipado como el mayor de dieciséis años que tenga suficiente madurez

¹¹³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5183) fija como doctrina de la Sala que “cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”. En este caso, la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas en el plano material y afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado del menor. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1ª, de 25 de julio de 2017 (JUR 2017, 231273) se trata en este supuesto de un menor que desde los cuatro meses hasta los cinco años vive con sus tíos por ingreso en prisión de su madre.

puede adoptar decisiones como las que representan actuaciones o intervenciones médicas. Si bien, en los emancipados presume, además las condiciones de madurez, sin embargo, en los mayores de dieciséis años, además de la edad, debe demostrarse que posee tales condiciones de madurez. El legislador de la Ley de Autonomía del Paciente se sitúa en una posición intermedia favorable a la prestación del consentimiento por el menor y a que se le informe siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente para comprender el alcance y carácter de la intervención¹¹⁴.

Por lo que, la exclusión del consentimiento por representación alcanza a los menores emancipados o mayores de dieciséis años con suficientes condiciones de madurez. En estos casos, como regla general, pueden prestar el consentimiento por sí solos, respecto de cualquier actuación médica, sin necesidad de representación, al igual que, pueden ser personalmente informados¹¹⁵. Lo que resulta más lógico en el caso de menores emancipados o que haya obtenido la mayor edad, ya que no se hallan bajo patria potestad o tutela (artículos 169.2 y 276.4 del Código Civil). Sin embargo, resulta más problemático en el caso del menor no emancipado con dieciséis años cumplidos, pues, sigue existiendo representación legal de los titulares de la patria potestad o del tutor. A pesar de ello, el criterio del legislador ha sido que tengan el mismo tratamiento que los emancipados, sin tener suficientes condiciones de madurez, de forma que puedan prestar ellos por sí mismos el consentimiento habiendo sido previamente informados.

No obstante, cuando se trata de actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años maduro, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída u tenida en cuenta su opinión. Frente a la regulación anterior que, en este caso los padres únicamente eran informados y su opinión se tenía en cuenta para la toma de la decisión correspondiente¹¹⁶. Por lo que, se refuerza la intervención de los padres ante actuaciones de grave riesgo, pues, ahora ellos son los que consienten, a diferencia de la regulación anterior que, solo tenían derecho a la información y a la toma en consideración de su opinión.

Ahora bien, si se trata de un mayor de dieciséis años sin que tenga suficiente madurez para tomar una decisión seria, libre, consciente en relación con un determinado tratamiento o intervención médica, en este supuesto, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor.

Lo que el legislador ha pretendido con la reforma de este precepto es atender al criterio de la edad y madurez, por lo que, respecto al menor maduro –mayor de

¹¹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., pp. 361-362.

¹¹⁵ En esta línea, el artículo 7.2 d) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-2.1 del Código Civil catalán respecto a las personas mayores de 16 años; el artículo 6.1 c) apartado 2 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 14.1 c) de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 28.3 de la Ley 8/2003 de Castilla y León.

¹¹⁶ Al igual que, la legislación estatal anterior a la reforma se expresa el artículo 6.1 c) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 28.3 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; el artículo 51.2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 43.4 c) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

doce años y menor de dieciséis años con madurez suficiente- no podrá prestar el consentimiento por sí mismo, pues, el legislador exige ahora una doble exigencia edad -dieciséis años- y condiciones de madurez.

En todo caso, la decisión acerca de la madurez del menor el legislador lo ha dejado precisamente en manos del médico¹¹⁷. En cada caso concreto y llevando a cabo una evaluación individualizada, deberá apreciar si el menor reúne o no esas condiciones de madurez¹¹⁸.

Sobre tales bases, hay que señalar que, lo dispuesto en líneas precedentes, se entiende sin perjuicio con lo establecido en algunas legislaciones autonómicas con competencia civil. Así el artículo 5.3 del Código Civil de Aragón señala que “la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años, desde entonces su capacidad se complementa con la asistencia”. A esto añade el artículo 7 a) de este mismo texto legal que “el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad”. En el mismo sentido, el artículo 12.2 señala que se exceptúa de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad. Por último, el artículo 23 dispone que “el menor cumplidos los catorce años aunque no esté emancipado puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia en su caso de uno cualquiera de sus padres que este en el ejercicio de la autoridad familiar en su defecto del tutor. No obstante, el menor de catorce años no necesita la asistencia en los actos que las leyes permitan realizar por sí solos (apartado 3). De forma que, el menor de catorce años no emancipado aragoneses puede consentir respecto de todos los actos y actuaciones referidas a sus derechos de la personalidad, en concertó en el ámbito de la salud, sin la asistencia de sus representantes legales, pues, así lo permite la ley.

Por otra parte, para la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida será necesaria la mayoría de edad. En cuando a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificado judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales¹¹⁹. Por lo que, en este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se habrá de resolver conforme lo previsto en el Código Civil (artículo 9.5 de la Ley de Autonomía del Paciente).

En este contexto, asimismo, debemos recordar que, en los casos de consentimiento otorgado por el representante legal o las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho en cualquier de los supuestos previsto en el artículo 9

¹¹⁷ En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 364.

¹¹⁸ El Comité de Derechos del Niño en su Observación General número 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG12, 20 de julio 2009) señala que, el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

¹¹⁹ En esta línea, el artículo 14.1 c) apartado 2 de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 51.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

apartados 3 a 5 –consentimiento por representación, el consentimiento de menores emancipado o mayores de 16 años cuando se trate de actuación de grave riesgo para la vida y salud del menor, según el criterio del facultativo, los ensayos clínicos, práctica de técnicas de reproducción asistida e interrupción voluntaria del embarazo-, la decisión que se adopte deberá atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Por lo que, aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber –juramento hipocrático- y de estado de necesidad, otorgando de esta forma un mayor poder de decisión al facultativo cuando ésta se basa en los términos descritos. Asimismo, hay que señalar que, en los supuestos de consentimiento por representación, la prestación de tal consentimiento será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal¹²⁰. Si bien, el paciente podrá participar en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario en la medida de lo posible¹²¹. Si el paciente es una persona con discapacidad se le proporcionaran todas las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuado, siguiendo para ello las reglas marcadas por el principio de diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí su consentimiento –en la línea con la Convención de la ONU de personas con discapacidad-.

Por otra parte, en caso que exista un conflicto de interés en la actuación de los facultativos y los menores y sus representantes legales, cuando aquéllos constaten la necesidad de una concreta intervención o actuación sanitaria y sin embargo, los menores o en su caso, sus representantes se niegan a consentirla. Los bienes en conflicto son por un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella su salud, y por otro, su autonomía y libertad de decisión sea indirectamente ejercida por sus representantes legales o sea directamente ejercida por el propio menor cuando se trata de menores emancipados o mayores de 16 años o menores maduros. Ante estas situaciones excepciones y los riesgos de una no intervención y la importancia de los intereses en juego, exigen que en cualquier decisión que se adopte se priorice el interés superior del menor y del paciente sobre la voluntad expresa del mismo, o en su caso, de sus representantes legales. El principio del “interés del paciente” viene establecido en los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El primero de ellos señala que, cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá

¹²⁰ Vid., en este sentido, el artículo 51.5 de la Ley Foral 17/2010, de Navarra, que establece que, en los casos de consentimiento por representación, la decisión e intervención médica deberán ser proporcionadas y orientadas al beneficio objetivo del paciente.

¹²¹ En la misma línea, el artículo 6.3 de la Ley 3/2001, de Galicia; y, el artículo 14.3 de la Ley 6/2002, de Aragón.

efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada. Y el segundo, indica que, el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente. En caso de menores, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor que, el artículo 2 de la LOPJM lo califica de principio rector en la aplicación de esta Ley, y además establece una primacía de este interés sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Además, se ha de identificar el “interés superior del menor” con la protección de su vida y salud y las consecuencias futuras que, cualquier decisión referida a dichos bienes jurídicos se puede derivar, unida al carácter irreversible de ciertas actuaciones médicas o, en fin, a la omisión del consentimiento por parte del menor o sus representantes legales en supuestos de grave riesgo que, exige cuestionar la relevancia de tales voluntades en la toma de decisiones. De todas formas, recordemos que, el artículo 9.4 segundo párrafo de la Ley de Autonomía del Paciente impone restricciones a la capacidad de los menores emancipado o mayores de 16 años en relación con decisiones que en el ámbito sanitario comporten grave riesgo y, el artículo 9.6 de esta misma norma establece que, aquellas decisiones que sean contrarias a la vida y salud del paciente, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas 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.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X.: “El derecho de información sanitaria (I)”, *La Ley*, año XXIV, núm. 5698, de 16 de enero de 2003.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, coordinadores L. Fernando Reglero campos y José Manuel Busto Lago*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2014.

BARRADA ORELLA, R.: “El ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor emancipado”, *La Notaria*, núms. 7-8, julio-agosto 1997.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El “apoderamiento o mandato preventivo” como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”, en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.): *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La “revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la

adolescencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, septiembre-octubre 2016.

CARRASCO GÓMEZ, J. J.: *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1998.

CERVILLA GARZÓN, M^a. D.: “Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, *Actualidad Civil*, núm. 12, semana de 17 al 23 de marzo de 2003.

CORCOY BISASOLO, M.: “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ángel Tóro López*, Granada, 1999.

DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes (Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica)*, Colex, Madrid, 2003.

DE LORENZO Y MONTERO, R.: *El consentimiento informado en la cirugía ortopédica y traumatológica*, Editores Médicos, Madrid, 1997.

DÍEZ PICAZO, L.: “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, Sevilla 1982.

DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2^a. ed., Valladolid, 2007.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria*, La Ley, Madrid 1995.

FRAGA MADIÁN, A., y LAMAS MEILÁN, M.: “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista Xurídica Galega*, Monografías, 1999.

GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5^a ed., 2016.

GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001.

GARCÍA BLÁZQUEZ Y MOLINOS COBO, M.: *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico forenses)*, Comares, Granada, 1997.

JIMÉNEZ CLAR, A.J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de discapacitados, Valencia 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia 2005.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntades anticipadas (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.

MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001)”, *La Ley*, 2001-6.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva”, *La Ley*, 1995-3.

PARRA LUCÁN, M^a. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, mayo 2003.

RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.

ROMERO CASABONA, C.M^a.: “El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente: aspectos jurídicos”, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2012.

ROMERO CASABONA, C. M^a.: *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1990.

ROMEO MALANDE, S.: “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes (I)”, *La Ley*, año XXIV, núm. 5703, de 23 de enero de 2003.

ROMEO MALANDE, S.: “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (y II)”, *LA LEY*, año XXIV, núm. 5704, de 24 de enero de 2003.

SÁNCHEZ-CARO J., y ABELLÁN, F.: *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contratos de servicios médico y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médico. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SEUBA TORREBLANCA, J. C., y RAMOS GONZÁLEZ, D.: “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica”, *Indret*, núm. 2, 2003.

VARGAS CABRERA, B.: *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.