

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**CONSENTIMIENTO INFORMADO: RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA POR INSUFICIENCIA DE LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA
AL PACIENTE**

AUTORA

Leire Sancho Espinosa

DIRECTORA

María Luisa Arcos Vieira

Pamplona / Iruña

15 de enero de 2019

RESUMEN

El consentimiento informado constituye un elemento esencial de la *lex artis* a través del cual se protege el derecho de autonomía del paciente. De este modo, se exige que el facultativo proporcione a aquél la información necesaria a fin de que pueda adoptar una decisión consciente sobre la concreta intervención médica. Sin embargo, desde el punto de vista de la declaración de responsabilidad médica derivada de la omisión o defecto del consentimiento informado dicha figura suscita diversas controversias jurídicas. Tal complejidad se aprecia de forma clara al estudiar las características del consentimiento, así como el contenido que debe tener la información que ha de proporcionarse al paciente y las diferentes posiciones doctrinales que existen al dilucidar la clase de daño que se causa con dicha ausencia de consentimiento.

PALABRAS CLAVE

Omisión del consentimiento informado, responsabilidad médica, daño, riesgos, contenido de la información.

ABSTRACT

Informed consent is an essential element of the *lex artis* which protects the right of autonomy of the patient. In this way, it is required that the doctor provides the necessary information to the patient in order that this one could adopt a conscious decision about the medical intervention. Nevertheless, from the point of view of the medical responsibility declaration due to the omission or defect of the informed consent this figure raises several legal controversies. Such difficulty can be seen clearly by studying the characteristics of the consent, as well as the content that should have the information that must be provided to the patient, and the different doctrinal positions that exist to clarify the kind of damage that is caused with the consent absence.

KEY WORDS

Omission of informed consent, medical responsibility, damage, risks, content of the information.

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	7
II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN	9
1. El consentimiento informado: aspectos generales	9
1.1 Consentimiento libre y previamente informado	10
1.2 Forma del consentimiento informado: forma ad probationem	12
2. Requisitos de una información válidamente proporcionada.....	15
2.1 Características: una información adecuada	15
2.2 Contenido de la información	19
2.2.1 Los riesgos	19
2.2.1.1 Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.....	20
2.2.1.2 Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.....	22
2.2.1.3 Riesgos típicos y atípicos	23
2.2.1.4 El problema de la estadística	26
2.2.1.5 Recapitulación	30
2.2.2 Medicina curativa vs. medicina voluntaria	30
2.2.2.1 Naturaleza de la obligación en la medicina curativa.....	32
2.2.2.2 Naturaleza de la obligación en la medicina satisfactiva.....	33
III. EL DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN O DEFECTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	37
1. Planteamiento de la cuestión	37
1.1 Absolución por ausencia de daño	39
1.2 Responsabilidad por aplicación del juicio de imputación objetiva	42

1.3	Resarcimiento del daño moral	44
1.3.1	El daño moral autónomo	48
1.3.2	El daño moral dependiente de un resultado lesivo.....	52
1.3.2.1	Criterios determinantes de la cuantía indemnizatoria	56
IV.	CONCLUSIONES	59
	BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	61
	JURISPRUDENCIA CITADA	65

I. ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
Ed.	Edición
FD.	Fundamento de derecho
LBAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
Núm.	Número
Pág. / Págs.	Página/ Páginas
Ss.	Siguientes
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Ob. cit.	Obra citada

I. INTRODUCCIÓN

Las resoluciones judiciales en las que se dirime la existencia de responsabilidad médica son en la práctica diaria numerosas, en tanto en cuanto la naturaleza de la asistencia sanitaria es cambiante y afecta a los derechos y deberes que rigen la relación médico-paciente.

Dentro de esta casuística cabe destacar la responsabilidad médica que se deriva de la omisión o defecto del consentimiento informado por cuanto se trata de una cuestión sumamente controvertida. La figura del consentimiento informado ha adquirido una notoria relevancia en el marco del derecho sanitario puesto que ampara el derecho de autonomía del paciente, lo cual ha conllevado la promulgación de una concreta normativa a nivel nacional.

Sin embargo, la existencia de una mayor regulación no contiene la aparición de diversos problemas interpretativos que requieren un profuso análisis de la norma a fin de concretar los supuestos que facultan la declaración de responsabilidad médica. En este sentido, se requiere realizar un estudio acerca de aquellas cuestiones concernientes al consentimiento informado y que resultan litigiosas.

Un aspecto de suma complejidad consiste en dilucidar el contenido que debe tener la información que se proporcione al paciente para poder afirmar que ha adoptado una decisión consciente, con base en una información adecuada y, por ende, que el facultativo ha actuado legitimado por aquél. Una segunda cuestión relevante reside en la determinación del concreto daño que se causa al paciente cuando se ha materializado un riesgo sobre el que aquél no había otorgado su consentimiento. En este sentido, es reseñable que no existe unanimidad en la doctrina, pudiendo encontrar diferentes posiciones doctrinales, lo cual refrenda la dificultad que suscita este aspecto.

Por lo tanto, la realización del presente trabajo tendrá por objeto indagar la posición de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a un problema de candente actualidad como es el consentimiento informado y la responsabilidad médica derivada de su omisión o defecto, a fin de señalar el estado actual de la cuestión.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

1. El consentimiento informado: aspectos generales

El consentimiento informado surge de la evolución que experimenta la relación médico-paciente, en virtud de la cual se considera a este último con la autonomía suficiente para tomar sus propias decisiones, y, por ende, para ser consultado a la hora de realizar cualquier actuación médica sobre su persona.

A fin de profundizar en el estudio de la responsabilidad médica derivada de la omisión o defecto del consentimiento informado, se procede, a continuación, a realizar un breve análisis de las notas caracterizadoras de esta figura para poder determinar su validez frente a una reclamación judicial.

El consentimiento informado encuentra su apoyo normativo, dentro del ordenamiento jurídico español, en la Constitución Española al vincularlo a la dignidad y a la libertad de la persona¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha relacionado la exigencia de obtención del consentimiento informado en el ámbito sanitario con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), tal y como resulta de la STC de 27 de junio de 1990 al señalar en su FD8º que “este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”².

¹ El consentimiento informado no tiene un reconocimiento expreso dentro de la Constitución Española, pese a la admisión del derecho a la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica. Aún con todo, el art. 10.2 CE da entrada a la normativa internacional en esta materia que sí recoge la figura del consentimiento informado, resultando de aplicación entre otras normas, el art. 3.2.a de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 en virtud del cual “en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”. SÁNCHEZ-CARO, J.; ABELLÁN, F. *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Editorial Comares, 1ª Ed., Granada, 2003, págs. 5 a 7 y RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “El consentimiento informado como derecho humano y fundamental”, en ALENZA GARCÍA J.F. Y ARCOS VIEIRA, M.L. (Dir.), “*Nuevas perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*”, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2013, págs. 387 a 389.

² STC 120/1990, de 27/06/1990 (RTC/1990/120), relativa a la asistencia médica a presos que se encontraban en huelga de hambre. Destaca, a su vez, la STC 37/2011, de 28/03/2011 (RTC/2011/37) FD5º al indicar que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros,

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha señalado en la STS (Sala 1ª) de 9 de mayo de 2014 “que el consentimiento informado es 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, antes con la Ley 14/1986, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650) de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad”³.

De lo expuesto se colige que el consentimiento informado constituye un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* que se encuentra ligado a la dignidad de la persona, de tal modo que, si no se proporciona la información adecuada al paciente (en el sentido de que adquiriera conocimiento suficiente sobre la concreta intervención médica), podrá declararse la responsabilidad en el ámbito sanitario.

1.1 Consentimiento libre y previamente informado

La relevancia jurídica del consentimiento informado conlleva la necesidad de una detallada regulación, destacando el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo), al tratar de forma extensa y detallada los derechos de los usuarios del servicio sanitario y, por ende, el de autonomía del paciente. Este convenio, de carácter vinculante para los países que lo suscribieron, entró en vigor en España con fecha 1 de enero de 2000.

Así, tomándolo como referencia posteriormente, a nivel nacional, se aprobó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP)⁴.

El art. 3 de la citada Ley recoge la definición legal de consentimiento informado, de la cual se desprenden las notas caracterizadoras de dicha figura, como son la

a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad”.

³ STS (Sala 1ª) 226/2014, de 9/05/2014 (RJ/2014/2716). Esta fundamentación es, a su vez, recogida por la STS (Sala 1ª) 199/2013, de 11/04/2013 (RJ/2013/3384) y la STS (Sala 3ª) de 22/10/2009, (RJ/2009/7632), admitiendo, también, que la conculcación del deber de recopilar el consentimiento informado constituye una vulneración de la *lex artis*.

⁴ La Ley 41/2002 derogó parte del articulado, relativo a la autonomía del paciente, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, resultando más concreta en materia del derecho a la información y consentimiento informado.

voluntariedad y la información previa a la prestación del mismo. Dada su relevancia jurídica en términos de responsabilidad médica, es una figura que está presente durante todo el articulado de la LBAP, si bien se le presta una mayor atención en el Capítulo IV del mismo cuerpo legal.

La primera característica del consentimiento informado es la nota de voluntariedad en cuanto a su prestación. Esta idea de libertad o voluntariedad guarda relación con la mencionada evolución que ha experimentado la relación médico-paciente, en virtud de la cual se debe permitir al usuario del servicio médico elegir entre diferentes opciones existentes ante una determinada situación médica. Así lo ha especificado el Tribunal Constitucional al señalar en la STC de 28 de marzo de 2011 que “para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos”⁵.

Atendiendo a la tesis del Tribunal Constitucional cabe afirmar que el paciente debe ser informado de forma suficiente con anterioridad a la toma de una decisión, ya que si éste desconoce la información sobre la concreta actuación médica a realizar no se puede considerar que haya prestado un consentimiento con plena libertad⁶.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha mantenido una idea concordante con la argumentación del TC, como se desprende de la STS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 2006, en la que viene a indicar que el consentimiento informado es el instrumento que faculta al paciente a tomar una decisión sobre una concreta actuación médica, con base en la información recibida⁷.

⁵ STC 37/2011, de 28/03/2011 (RTC/2011/37), FD5º.

⁶ Las notas de voluntariedad o libertad respecto a la toma de una decisión sobre un determinado tratamiento constituyen ideas claves en materia de consentimiento informado y, por ende, en el derecho sanitario, de tal forma que, como se ha expuesto, el propio TC las reconoce y las emplea como base para determinar la validez del consentimiento informado. No obstante, pese a que se trata de cuestiones básicas desde las que arranca el análisis de la materia, ello no implica que estén exentas de una gran complejidad, habiendo generado numerosas dudas en su aplicación práctica. A modo de ejemplo, destaca la distinción entre medicina necesaria y satisfactoria, que se estudiará más adelante.

⁷ Concretamente la citada STS (Sala 1ª) 1132/2006, de 15/11/2006 (RJ/2006/8059) establece en su FD2º que el consentimiento informado “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

Este criterio jurisprudencial es, a su vez, seguido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la STS (Sala 3ª) de 7 de diciembre de 2011, al señalar en su fundamento de derecho tercero que “el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos -y también las ventajas- que pueda suponer determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos”⁸.

Ya se ha enunciado, por tanto, la segunda característica del consentimiento informado, consistente en que se haya proporcionado información suficiente al paciente para que adopte una decisión⁹. Merece especial atención que el derecho a la información viene regulado de forma autónoma en los arts. 4 y 5 LBAP, de tal modo que ha de ser entendido como un derecho independiente del derecho al consentimiento informado, si bien teniendo en cuenta el binomio que ambos forman, ya que la base para prestar un consentimiento consciente reside en haber recibido la información previamente. Esta disociación de ambos conceptos faculta que el derecho a la información no devenga ineficaz en los supuestos en que no es necesario el consentimiento informado¹⁰.

1.2 *Forma del consentimiento informado: forma ad probationem*

Toda actuación médica que se vaya a realizar sobre un paciente requiere, como ya se ha indicado, la obtención del consentimiento informado del mismo, basado en la información previa que se le proporcione. Sin embargo, las especificidades formales que

asistencial, a fin de que pueda adoptar 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”.

⁸ STS (Sala 3ª) 8078/2011, de 7/12/2011 (ECLI: ES:TS:2011:8078) FD3º. Destaca, a su vez, la STS (Sala 3ª) de 18/01/2005 (RJ/2005/995) la cual recoge en el fundamento de derecho segundo que “se da así realidad legislativa al llamado ‘consentimiento informado’, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación”. La STS (Sala 3ª) de 21/12/2006 (RJ/2006/9567) realiza una transcripción literal del FD2º de la STS de 18 de enero de 2005, a fin de resaltar la relevancia del consentimiento informado respecto a la autonomía del paciente.

⁹ La información que ha de proporcionarse resulta, en la práctica, una cuestión sumamente litigiosa, en torno a la cual pivotan gran cantidad de reclamaciones de responsabilidad médica. Ello se debe a que en una materia como el derecho sanitario no es posible determinar con exactitud la cantidad de información que debe proporcionarse, hecho que debe esclarecerse en base a las particularidades que presente cada supuesto y al estado de la ciencia, dada su constante evolución.

¹⁰ ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed, Navarra, 2007, págs. 15 a 18.

se exigen en esta materia respecto de las actuaciones médicas difieren en función del acto concreto que se vaya a realizar.

El art. 8.2 de la Ley 41/2002 establece que la forma que debe adoptar el consentimiento informado es, con carácter general, una forma verbal, relegando la necesidad de que conste por escrito a tres supuestos concretos. Estos supuestos son “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”¹¹.

Se produce así un cambio de criterio respecto a la regulación anterior, ya que en la Ley General de Sanidad prevalecía la forma escrita como criterio general a la hora de otorgar el consentimiento informado, señalando en su art. 10.6 como derecho de los pacientes “la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos”¹².

Pese a la prevalencia legal de la forma verbal frente a la escrita, en la práctica diaria el equipo médico tiende a la obtención del consentimiento informado del paciente por escrito como una de las consecuencias de lo que se conoce como la medicina defensiva¹³. En este sentido, debe destacarse lo dispuesto por la LBAP en virtud de la cual “el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”¹⁴ refrendando así la idea de prevenir una futura declaración de responsabilidad recomendando que en caso de duda el consentimiento se recoja por escrito.

No obstante, es doctrina consolidada que la forma escrita en la obtención del consentimiento informado no tiene un carácter *ad solemnitatem*, en el sentido de entender

¹¹ Art. 8.2 LBAP.

¹² SÁNCHEZ-CARO, J.; ABELLÁN, F. ob. cit. págs. 49 a 51.

¹³ El incremento del número de reclamaciones en materia de responsabilidad por el deficiente consentimiento informado ha conllevado que el carácter excepcional del consentimiento en su forma escrita se convierta en una práctica habitual, cuyo objeto reside en poder aportarlo como prueba en un procedimiento judicial. No debe olvidarse que en los casos de supuesta inexistencia de consentimiento informado es el médico quien tiene la carga de la prueba de que sí fue prestado, si bien ello se estudiará más a fondo al analizar la prueba.

¹⁴ Art. 10.2 LBAP.

que la validez del mismo se supedita a su forma¹⁵, siendo lo verdaderamente relevante que la información se haya transmitido de forma verbal. Así lo establece, entre otras, la STS (Sala 1ª) de 21 de enero de 2009 al indicar que “la doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem"”¹⁶.

En definitiva, atendiendo a la jurisprudencia del Alto Tribunal cabe considerar que la ausencia de la forma escrita no conlleva *per se* la invalidez del consentimiento informado, resultando primordial que la información haya sido transmitida al paciente en modo suficiente para que éste sea capaz de consentir¹⁷.

En este punto se debe hacer una breve mención al criterio establecido por el Tribunal Supremo respecto a la burocratización de la obtención del consentimiento informado, dado que el Tribunal Supremo ha determinado que dicho consentimiento constituye un complejo mecanismo que en modo alguno puede convertirse en un trámite rutinario e impersonal. A través de la figura del consentimiento informado el paciente debe ser consciente de los riesgos a los que se expone y de las posibles alternativas a la actuación médica, debe adquirir un grado de comprensión elevado, lo que impide que su consentimiento se obtenga de forma despersonalizada, empleando documentos protocolarios que no recogen las especiales circunstancias del paciente¹⁸.

¹⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. “Requisitos del contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.) *Teoría general de la Obligación y el Contrato*, Edisofer, 5ª Ed., Madrid, 2018, págs. 351 a 352.

¹⁶ STS (Sala 1ª) 2/2009, de 21/01/2009 (RJ/2009/1481). La STS (Sala 1ª) 674/2009, de 13/10/2009 (RJ/2009/5564) realiza una transcripción literal del fundamento de derecho ya expuesto, reafirmando el valor *ad probationem* del consentimiento escrito. Destaca, a su vez, la STS (Sala 3ª) de 19/09/2012, (RJ/2012/9194) FD8º.

¹⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y praxis médica”, en TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (DIR.) *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2015, págs. 98 a 99.

¹⁸ Ello se aprecia, entre otras, en la STS (Sala 3ª) 418/2018 de 15/03/2018, (RJ/2018/1507) al indicar en su FD14º que “respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad”. Mismo pronunciamiento tuvo el TS en la STS (Sala 1ª) 511/1997, de 29/05/2003 (RJ/2003/3916), FD 1º al señalar que “el consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, como son los que quedan referidos, no conforman debida ni correcta información”. En el mismo sentido se inclina GUERRERO ZAPLANA al indicar que “lo realmente útil no sería la prestación del consentimiento mediante la cumplimentación de un formulario, sino que lo esencial sería que la información fuera fruto de un dialogo fructífero entre el médico y el paciente”. GUERRERO ZAPLANA, J. “Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento”, en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 158, 2014, págs. 174 a 175.

Finalmente, respecto a la forma de la información cabe señalar que para que el paciente adquiriera consciencia de la intervención médica recomendada y sea capaz de prestar su consentimiento informado, no sólo se requiere que se le proporcione la información suficiente, sino que debe valorarse, a su vez, el entorno en el cual se lleva a cabo el proceso de obtención del consentimiento. La LBAP no realiza mención alguna a la concesión al paciente de un plazo adecuado para prestar el consentimiento informado tras haber recibido la información, si bien autores como REYNAL REILLO o DE COSSÍO RODRÍGUEZ han incidido en este aspecto destacando la importancia de que el usuario del servicio sanitario disponga del tiempo suficiente para tomar una decisión sin presión y sin injerencias de ningún tipo¹⁹. En el mismo sentido, LLAMAS POMBO aboga por prestar al paciente un tiempo de veinticuatro horas, a fin de evitar aturdimiento en la prestación del consentimiento informado²⁰.

2. Requisitos de una información válidamente proporcionada

El acceso por parte del paciente a la información relativa a su situación personal constituye un derecho inherente a todo usuario del servicio sanitario, derecho que tiene autonomía propia, y, por ende, es objeto de una regulación más detallada en el Capítulo II de la LBAP. Mas, como ya se ha especificado con anterioridad, dicha autonomía del derecho a la información no impide que éste se encuentre estrechamente vinculado a la figura del consentimiento informado, hasta el punto de que este último resulta inválido si no hay constancia de que el paciente ha sido suficientemente informado.

Éste es el principal motivo por el que se procede, a continuación, a exponer de una forma más detallada las características y el contenido que debe tener esta información a fin de declarar la validez del consentimiento informado.

2.1 Características: una información adecuada

El art. 4 LBAP recoge las características que debe tener la información que se va a dar a conocer al paciente como sujeto de una intervención médica²¹, comenzando por

¹⁹ REYNAL REILLO, E. *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2017, pág. 128; DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P. “El consentimiento informado”, en RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M.D. (DIR), *Derecho y Medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2009, pág. 417.

²⁰ LLAMAS POMBO, E. *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*. La Ley, 1ª Ed., Madrid, 2014, págs. 190 a 193.

²¹ En el presente trabajo, en materia del derecho a la información, se hará una constante referencia al paciente como titular del derecho a la información, puesto que ello se desprende del art. 5 LBAP. Dicho precepto establece que el titular de la información es el paciente, quien será informado incluso en caso de

señalar que debe ser comunicada de forma verbal. En este punto, se produce un cambio normativo en cuanto a las exigencias formales de transmisión de la información, puesto que la Ley General de Sanidad indicaba que ésta debía ser verbal y escrita²².

Autores como SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN GARCÍA consideran que tal modificación legislativa trae causa de la cantidad de conflictos que surgieron como consecuencia de imponer requisitos tan rigurosos para poder declarar que la información se había proporcionado correctamente. El nivel de exigencia impuesto por la normativa precedente suponía la imposibilidad de que tales requisitos fueran aplicables en un marco más práctico²³.

El art. 4 de la Ley 41/2002 indica, a su vez, que el equipo médico debe dejar constancia en la historia clínica de la transmisión de la información al paciente, lo cual, como se explicará en este trabajo, tiene relevancia a efectos probatorios.

En cuanto al resto de características de la información la LBAP señala que “será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades”²⁴. En primer lugar, no existen dudas acerca de que la información debe ser verdadera en tanto en cuanto hace referencia a la propia salud del paciente y éste tiene derecho a conocer su situación personal en aras de adoptar una decisión. No obstante, cabe recordar que el art. 5.4 LBAP exime del deber médico de informar en los casos de necesidad terapéutica, es decir, cuando ser conocedor de su estado de salud puede causar mayor perjuicio al paciente²⁵.

La Ley 41/2002 exige, a su vez, que la información sea adecuada y comprensible²⁶. Algunos autores han señalado que el concepto de información adecuada fue incorporado por primera vez en el Convenio de Oviedo²⁷. Posteriormente, dicho término se introdujo en España con la aprobación de la LBAP, la cual tomaba como

incapacidad, si bien también cabe que se informe a las personas vinculadas al mismo. VÁZQUEZ BARROS, S. *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 2009, págs. 140 a 143.

²² En concreto el art.10.5 de la Ley General de Sanidad (actualmente derogado por la actual Ley 41/2002, de 14 de noviembre) refería que la información debía ser “completa y continuada, verbal y escrita”.

²³ SÁNCHEZ-CARO, J.; ABELLÁN, F. ob. cit. págs. 18 a 19.

²⁴ Art. 4.2 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²⁵ 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, págs. 218 a 219.

²⁶ Concretamente el art. 5 establece que se deberá “recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

²⁷ SÁNCHEZ-CARO, J.; ABELLÁN, F. ob. cit. pág.19.

referencia directa la regulación del Convenio de Oviedo, flexibilizando las exigencias derivadas de la Ley General de Sanidad, que establecía que tal información debía ser “completa”.

Conceptos tales como “información adecuada” y “en términos comprensibles” han sido entendidos por el Tribunal Supremo en el sentido de que la información que el paciente tiene derecho a recibir debe ser la necesaria para tomar una decisión atendiendo a sus circunstancias personales. Desde una perspectiva meramente práctica se ha reiterado que la información que se vaya a proporcionar no debe tener ni un carácter excesivamente técnico ni tampoco excesivamente genérico, al tiempo que no debe ser exhaustiva, a fin de evitar causar mayor confusión al paciente.

En este sentido, destaca la STS (Sala 3ª) de 26 de junio de 2018, al señalar en el fundamento de derecho tercero que “la información previa al consentimiento ha de ser específica de la intervención a practicar y que si bien debe comprender una indicación de los riesgos que se pueden producir y de las alternativas posibles, no necesariamente tiene que abarcar todos y cada uno de los riesgos ni todas y cada una de las alternativas posibles. En definitiva, que ha de estarse al caso concreto y no incurrir en excesos informativos innecesarios y, en ocasiones, contraproducentes”²⁸.

Ello se infiere, a su vez, del fundamento de derecho segundo de la STS (Sala 1ª) de 12 de abril de 2016 la cual establece respecto al consentimiento informado que “es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo [...] 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”²⁹.

²⁸ STS (Sala 3ª) 1084/2018, de 26/06/2018 (RJ/2018/3942). En el mismo sentido destaca la STS (Sala 3ª) de 2/01/2012 (RJ/2012/1) FD4º.

²⁹ La STS (Sala 1ª) 240/2016 de 12/04/2016 (RJ/2016/1334) FD2º. Pese a que el Tribunal Supremo mantiene una idea constante acerca de la cantidad de información que debe proporcionarse al paciente indicando que no puede ser ilimitada en aras de no causar mayor perjuicio al paciente, cabe traer a colación la STS (Sala 1ª) 511/1997, de 29/05/2003 (RJ/2003/3916), en cuyo FD1º establece que “la información al paciente, ha dicho esta Sala, ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva” Resulta relevante en tanto en cuanto indica que la información debe ser “exhaustiva”, lo cual entronca con la aseveración presente en otras sentencias acerca de que no debe ser “excesiva” y pone de manifiesto la dificultad que se deriva de la delimitación de la información en materia de consentimiento informado. Continúa el TS señalando “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”. En este sentido, el TS mantiene la tesis en virtud de la cual la información debe ser suficiente y tener en consideración las circunstancias del paciente, si bien no resulta del todo preciso en los términos utilizados dando lugar a cierta confusión.

Asimismo, cabe señalar que el Alto Tribunal ya se pronunció respecto de las exigencias legales derivadas del art. 10.5 LGS en su STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000 incidiendo en que la transmisión de excesiva información podía contribuir al incremento del padecimiento del paciente³⁰.

Como ha quedado reflejado, tanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como la Sala de lo Contencioso-Administrativo han seguido la misma línea jurisprudencial respecto a la resolución de aquellos procedimientos en los que se cuestionaba la rigurosidad de la normativa legal y la cantidad de información que debía prestarse al paciente. Ambas Salas han resuelto en el sentido de admitir que no se requiere informar al paciente de cuantos datos se infieren del caso en cuestión, pero que influyen diversos factores que no pueden ser omitidos *ex professo* por el médico responsable de tratar con el paciente³¹.

DOMÍNGUEZ LUELMO afirma que la cantidad de información que debe proporcionarse puede tener en consideración, incluso, la preparación cultural del propio paciente, de lo que se deduce que aquélla no debe ser técnica sino de fácil comprensión para una persona leiga en medicina³². Por su parte LLAMAS POMBO establece como criterios que permiten graduar el nivel de información que debe transmitirse al usuario del servicio sanitario los siguientes: la capacidad de comprensión de cada usuario del servicio sanitario, el deseo que tenga el paciente de recibir información, el tipo de tratamiento que se va a dar y, por ende, la necesidad del mismo, el nivel del riesgo y los posibles efectos de dicha información³³.

³⁰ STS (Sala 3ª) de 4/04/2000 (RJ/2000/3258). Esta sentencia merece especial atención en cuanto que realiza una interpretación que se aparta de la rigurosidad de la LGS y reconoce que la exigencia respecto a la forma de la información debe ser matizada. Concretamente en el fundamento de derecho tercero indica que “no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”. ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 96.

³¹ STS (Sala 3ª), de 21/12/2012 (RJ/2013/1165).

³² DOMÍNGUEZ LUELMO, A. ob. cit. pág. 212 a 213.

³³ LLAMAS POMBO, E. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Editorial Trivium, 1ªEd., Madrid, 1988, págs. 161 a 163. GALÁN CORTÉS, con el mismo objeto de identificar los criterios para modular el nivel de información que debe proporcionarse, considera que éstos se pueden dividir en factores objetivos (entre los que incluye la urgencia, necesidad, peligrosidad del tratamiento o gravedad de la enfermedad) y factores subjetivos (entre los que destaca el nivel cultural del paciente, la

2.2 Contenido de la información

El contenido que debe tener la información proporcionada al paciente adquiere una notoria relevancia práctica en cuanto que el derecho a la información constituye el requisito previo de todo consentimiento informado y es un elemento esencial de la *lex artis* para realizar una actividad médica.

Esta afirmación ha sido ampliamente admitida por la doctrina, si bien ello no implica que se encuentre exenta de controversia jurídica, puesto que la tesis en virtud de la cual no se debe facilitar al paciente una información excesiva complica al equipo médico saber cuál debe ser esa información que aquél debe conocer.

En este sentido, la Ley 41/2002 establece en el art. 4 que el contenido mínimo que debe tener la información que se trasmite al usuario del servicio médico será “la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Este precepto se ve completado con el art. 10.1 LBAP³⁴, si bien éste hace referencia a las condiciones de la información en los casos de que el consentimiento se preste por escrito. En el presente trabajo se desgranará más detalladamente lo dispuesto en este último precepto, puesto que, pese a referirse al consentimiento escrito, la jurisprudencia lo toma como referencia a efectos de analizar la corrección de la información.

2.2.1 Los riesgos

De la lectura de la LBAP se puede inferir que la misma adolece de cierta parquedad a la hora de delimitar la extensión de la información que conduzca a afirmar la validez del consentimiento informado, puesto que no establece criterios suficientes que aporten seguridad frente a una posible reclamación de responsabilidad por falta de información³⁵.

Esta inconcreción normativa conduce necesariamente a una interpretación jurisprudencial, resultando de especial interés la controversia jurídica surgida en torno a la clase de riesgos que deben comunicarse. Dada la patente complejidad práctica derivada

edad, o su situación personal). GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado*. Civitas, 1ª Ed., Navarra, 2001.

³⁴ En virtud de este artículo el médico debe explicar al paciente “las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones”.

³⁵ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. págs. 32 a 33.

de la determinación de dichos riesgos que deben ser facilitados al paciente se procede a realizar un profuso análisis a fin de esclarecer cuál el estado actual de la cuestión. En este sentido, se requiere partir del estudio de la LBAP, y tras un conocimiento concreto de los términos legales se debe abordar lo establecido doctrinal y jurisprudencialmente, ya que se aleja de lo dispuesto legalmente.

2.2.1.1 Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

La LBAP indica que se deben explicar, entre otros datos, los riesgos que surgen con ocasión de la actuación médica en cuestión. La inclusión de los riesgos derivados de una intervención dentro del contenido mínimo de la información proviene del Convenio de Oviedo, apareciendo tal referencia en su art. 5³⁶. Conceptualmente el término riesgo no sólo debe referirse a los que con carácter general se derivan de la actuación médica aconsejada, sino que debe trasladarse al caso concreto y mencionar, a su vez, los que se derivan de las circunstancias personales de cada paciente, tal y como se desprende del art. 10.1 LBAP³⁷. Concretamente, el apartado b de dicho precepto establece que el facultativo debe comunicar al paciente “los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”.

La exigencia legal de que se facilite al paciente información acerca de los riesgos derivados de su situación personal no ha sido cuestionada en la práctica por la doctrina ni por la jurisprudencia, puesto que se admite, sin mayor objeción, que los riesgos derivados de una intervención varían en función de las especiales circunstancias personales del paciente y, por ende, éste debe conocerlos para tomar la decisión de someterse a la misma.

En este sentido, resulta complicado encontrar un mayor desarrollo y concreción de dichos riesgos, admitiendo unánimemente lo estipulado en la LBAP. Cabe señalar a modo ejemplificativo la STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2006, que indica en el fundamento de derecho tercero que se deben comunicar “los [riesgos] que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas”³⁸.

³⁶ El art. 5 del Convenio de Oviedo indica literalmente que “dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

³⁷ SÁNCHEZ-CARO, J.; ABELLÁN, F. ob. cit. págs. 16 a 17.

³⁸ STS (Sala 1ª) 1367/2006 de 21/12/2006, (RJ/2007/396), FD3º.

Pese a que no se ha efectuado doctrinalmente un análisis acerca de los riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente se debe traer a colación el informe elaborado por el Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, puesto que en éste se hace una referencia directa a los riesgos personalizados, respecto de los cuales se señala que “derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de las circunstancias personales o profesionales relevantes”³⁹.

Por tanto, no cabe cuestionar que la información que se proporcione al paciente debe ser individualizada, refiriéndose a sus especiales circunstancias personales. Sin embargo, este presupuesto de individualidad de la información deberá ser aplicado en un doble sentido, puesto que, como ya se ha expuesto⁴⁰, el derecho a la información tiene una doble vertiente, constituyendo, por un lado, un derecho autónomo, y, formando, por otro lado, un binomio con la figura del consentimiento informado. Ello conlleva la necesaria exigencia de que la información sea personalizada tanto si la comunicación de los mismos se enmarca en el marco de obtención del consentimiento informado, como si se encuentra fuera de dicho ámbito.

Así, dentro del marco del consentimiento informado el Tribunal Supremo ha realizado una matización respecto de la necesidad de facilitar la información personalizada al indicar que, pese a que la información que se proporcione debe ser individualizada, en el supuesto de que el riesgo objeto de litigio haya sido comunicado como un riesgo general de la intervención no se exige que se reitere como personalizado.

Ejemplo de ello es la STS de 15 de febrero de 2018, al establecer en el FD 2º que “es cierto que el artículo 10.1.a) de la Ley 41/2002 (RCL 2002, 2650) obliga a que el consentimiento informado incluya información sobre los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, pero en tanto en cuanto el riesgo

³⁹ GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. “Información y Documentación Clínica. Documento Final del Grupo de Expertos”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 3, 1997, págs. 364 a 365. La elaboración de este informe fue solicitada por el Subsecretario de Sanidad y Consumo del Gobierno de España tras la aprobación del Convenio de Oviedo y ante la patente necesidad de modificar la LGS a fin de profundizar en los derechos y obligaciones de los pacientes en materia sanitaria. Así, este Grupo de Expertos, formado entre otros por SÁNCHEZ-CARO, SIMÓN LORDA, GONZÁLEZ HERRAIZ o ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, recogió los principales cambios que debían ser incorporados en la nueva Ley (la actual LBAP) y sirvió, a su vez, de base para una futura evolución doctrinal y jurisprudencial.

⁴⁰ V. *supra* pág. 12.

que se materializó (la necrosis y la pérdida de movilidad) ya estaban descritos como riesgos generales, no era preciso volverlos a describir como riesgos específicos”⁴¹.

2.2.1.2 Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención

Tras hacer una referencia a los riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente, la LBAP establece en el art. 10.1.c) que deben comunicarse, a su vez, “los riesgos probables en condiciones normales [...] o los relacionados de forma directa con la intervención”.

El primer problema se suscita de la lectura literal del precepto, puesto que el empleo de la conjunción “o” dificulta realizar una única interpretación del mismo y, por ende, no es posible determinar si el objetivo del legislador con tal redacción residía en que el facultativo comunicara al paciente un único riesgo o que se comunicaran dos tipos de riesgos distintos.

En el primer supuesto, se afirmarí­a que ambos riesgos, es decir, el probable en condiciones normales y el riesgo directamente relacionado con el tipo de intervención, son equiparables. La explicación de tal identificación tendría lugar si se considerara que no se puede entender que un riesgo sea probable si no es por su relación directa con la intervención médica, con lo cual el empleo de ambas fórmulas en la ley tendría un mero efecto aclarador. De este modo, se entendería que al detallar los riesgos probables se estarían comunicando, a su vez, los directamente relacionados con la actuación médica.

Sin embargo, en segundo lugar, también cabe entender que la conjunción “o” se emplea con una función de adición y que se trata de distintos tipos de riesgo. En este caso el facultativo debería comunicar al paciente tanto los riesgos probables como los directamente relacionados con la actuación médica.

⁴¹ STS (Sala 3ª) 231/2018 de 15/02/2018, (RJ/2018/585) FD2º. Esta idea se infiere, a su vez, de la STS (Sala 1ª) 199/2013, de 11/04/2013 (RJ/2013/3384), al indicar en su FD2º que “es cierto que se deberán particularizar los riesgos personalizados relacionados con las circunstancias de los pacientes o con cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza y que aparece sin rellenar el apartado correspondiente a estos riesgos”, concretando que “los riesgos específicos o personalizados del paciente, son aquellos que sufre por sus características personales”. En el mismo sentido resuelve la STS (Sala 3ª) de 30/01/2012 (RJ/2012/3238).

Este problema no ha sido objeto de un exhaustivo análisis por la doctrina, si bien GALÁN CORTÉS postula que resulta más conveniente presentar una redacción del precepto con la conjunción copulativa “y”, a fin de reducir la confusión que de por sí generan conceptos sumamente indeterminados⁴².

Respecto a los riesgos probables en condiciones normales, la LBAP no realiza desarrollo alguno en el sentido de señalar los riesgos que se enmarcan bajo el concepto de “probable”, más allá de la referencia que efectúa en el art. 10.1.c) y que ya ha sido transcrita con anterioridad. Debe ser la doctrina quien efectúe un análisis más profuso de dicho término, si bien en este caso tal estudio doctrinal no ha sido realizado, por lo que no es posible encontrar una referencia directa al riesgo probable en condiciones normales⁴³.

Mismo tratamiento doctrinal reciben los riesgos directamente relacionados con la intervención médica, los cuales, pese a la parquedad de la LBAP, no han sido objeto de un estudio detenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Cabe destacar que DOMÍNGUEZ LUELMO, realizando un análisis de la LBAP, se centra en el estudio de los diferentes riesgos que son exigidos legamente, si bien respecto a lo dispuesto en el art. 10.1.c) LBAP omite definir o delimitar los riesgos que tendrán la consideración de probables, haciendo una referencia exclusiva a la distinción entre riesgos típicos y atípicos⁴⁴.

2.2.1.3 Riesgos típicos y atípicos

Una vez efectuado el análisis del art.10.1 LBAP resulta relevante señalar la posición doctrinal y la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo a fin de

⁴² GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª Ed., Navarra, 2011, págs. 571 a 572.

⁴³ Aún con todo, cabe entender, por la literalidad del término, que el riesgo probable en condiciones normales consiste en un riesgo que se deriva de la actuación médica entendida en sentido abstracto, es decir, que proviene de la intervención médica sin que exista una injerencia de la concreta situación personal del paciente, o de las posibles patologías del mismo. Dicha afirmación se ve refrendada en tanto en cuanto la propia LBAP exige en el art. 10.1.b) que se comuniquen los riesgos derivados de las circunstancias personales del paciente, por lo que la exigencia de comunicar los riesgos probables constituye un complemento al apartado b) del citado precepto.

⁴⁴ Esta distinción entre riesgos típicos y atípicos requiere un concreto estudio dada su admitida implantación en el sistema de responsabilidad médica, por lo que se desgranará con mayor detalle en el siguiente punto del trabajo. Aún con todo, cabe reseñar que dicha distinción surge con anterioridad a la LBAP lo cual puede ser causa directa de la escasa utilización de la misma respecto a los riesgos.

esclarecer los riesgos que deben ser comunicados al paciente desde un punto de vista práctico, y poder comparar si existe un distanciamiento respecto de los términos legales.

El problema relativo al contenido de la información y, de forma más concreta, a los riesgos, no tiene su origen en la aprobación de la LBAP y la consiguiente inclusión del art. 10.1 en la misma, sino que dicha controversia jurídica estaba presente con la normativa precedente⁴⁵. En el art. 10.5 LGS no existía concreción en cuanto al tipo de riesgos que debían comunicarse, debiendo ser el Tribunal Supremo quien realizara una determinación de los mismos para los supuestos de omisión de información de riesgos y de una posible declaración de responsabilidad⁴⁶.

En este sentido, la clasificación de los riesgos, que resulta ampliamente admitida por la doctrina y empleada en la actualidad para la resolución de aquellos procedimientos en los que se dirime la responsabilidad médica, consiste en la distinción entre riesgos típicos y atípicos, constituyendo, por lo tanto, una creación de origen doctrinal⁴⁷.

A estos efectos, debe traerse de nuevo a colación el Informe de 1997 elaborado por el Grupo de Expertos en Documentación e Información Clínica, en tanto en cuanto recoge de forma expresa el deber del médico de comunicar al paciente los riesgos típicos, respecto de los cuales se señala que son “aquellos cuya producción deba normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia”⁴⁸.

Se pone así de manifiesto que la distinción entre riesgos típicos y atípicos se empleaba con anterioridad a la entrada en vigor de la LBAP, lo cual sirve como justificación para que ni la doctrina ni la jurisprudencia hayan llevado a cabo un amplio desarrollo de los riesgos estipulados en la Ley.

No obstante, tras la aprobación de la LBAP se ha producido una evolución tendente a la equiparación de los conceptos establecidos en el art. 10.1 de dicho cuerpo normativo con la clasificación de los riesgos ya asentada entre la doctrina y jurisprudencia. De este modo, pese a que no se realiza una referencia directa al

⁴⁵ La LGS establecía en el art. 10.5 que el paciente tiene derecho a que “a que se le dé [...] información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

⁴⁶ Debe destacarse la dificultad de clasificar los eventuales riesgos de una intervención médica considerada en sentido abstracto, dada la naturaleza del derecho sanitario y la existencia de numerosos factores influyentes en cada caso práctico.

⁴⁷ CADENAS OSUNA, D. CADENAS OSUNA, D. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª Ed., Madrid, 2018, pág. 160 y ss.

⁴⁸ GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. ob. cit. pág. 364.

mencionado precepto legal, se asimilan los riesgos probables y directamente relacionados con la intervención con los riesgos típicos de la intervención⁴⁹.

Respecto a la utilización de los conceptos “riesgo típico” y “atípico” CADENAS OSUNA señala que tal diferenciación tiene su fundamento en la finalidad que se persigue con los tratamientos médicos, dando lugar a su clasificación en función de si son terapéuticos o no, e incardinándose así en lo que se conoce como medicina curativa o satisfactoria, distinción sobre la que posteriormente se volverá⁵⁰.

El riesgo típico, comúnmente denominado riesgo general o previsible, es aquél que es inherente a la intervención médica que se vaya a realizar, es decir, está asociado a la misma y su acaecimiento no puede ser evitado por el médico pese a actuar conforme a las reglas de la *lex artis ad hoc*⁵¹. GALÁN CORTÉS afirma que, empleando una terminología médica, los riesgos típicos pueden denominarse también como riesgos patognomónicos⁵².

En cuanto a los riesgos atípicos no se ha producido doctrinal o jurisprudencialmente un desarrollo profuso de los mismos, declarando con carácter general que son los riesgos que no guardan una relación directa con la concreta actuación médica, al no ser inherentes a la misma, lo que conduce a tener la consideración de imprevisibles⁵³.

⁴⁹ Ya se ha expuesto que DOMÍNGUEZ LUELMO en un análisis de los riesgos recogidos por la LBAP los equipara a los riesgos típicos, puesto que bajo la rúbrica de “riesgos probables” alude exclusivamente a la tipicidad de dichos riesgos. En el mismo sentido destaca la STS (Sala 1ª) 5161/2016, de 24/11/2016 (ECLI: ES:TS:2016:5161) en virtud de la cual se aprecia cómo se asemejan los riesgos directamente relacionados con la intervención con los riesgos típicos, ya que establece en el fundamento de derecho sexto que la LBAP “incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones”. Tal consideración se refleja, a su vez, en la STS (Sala 1ª) 199/2013, de 11/04/2013 (RJ/2013/3384) FD2º.

⁵⁰ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 160.

⁵¹ CADENAS OSUNA, D. “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, en *InDret, Revista para el Análisis Jurídico*, núm. 4, 2016, págs.7 a 9. Ha quedado patente la dificultad que se deriva de la determinación de los concretos riesgos que deben comunicarse al paciente, la cual se colige de la diversa terminología empleada a fin de obtener unas ideas básicas que puedan ser tomadas como punto de referencia en la resolución de aquellos supuestos de responsabilidad médica por insuficiencia de la información.

⁵² GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado*. Civitas, 1ª Ed., Navarra, 2001, pág. 202.

⁵³ ARBESÚ GONZÁLEZ, V. *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Dykinson, 1ª Ed., Madrid, 2016, pág. 289. Nuevamente queda patente la imprecisión conceptual en materia de riesgos, dado que, como se señalará a continuación, la consideración de los riesgos atípicos como imprevisibles conduce a considerar que no son conocidos, y, por ende, difícilmente puede comunicarse a un paciente. Destaca a modo ejemplificativo la STS (Sala 1ª) 421/2007, de 17/04/2007 (RJ/2007/3541) al indicar en su FD4º que “la medicina curativa tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esa obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles”.

DOMÍNGUEZ LUELMO realiza una puntualización acerca de la tipicidad de los riesgos, distinguiendo entre la tipicidad objetiva y la subjetiva. En este sentido, señala que la tipicidad se puede producir tanto respecto de una actuación médica considerada de forma abstracta, lo que denomina tipicidad objetiva, como de las circunstancias personales del paciente que se somete a dicha actuación médica, refiriéndose así a la tipicidad subjetiva. Respecto de esta última se encuentran factores tales como la edad del sujeto o su estado de salud. Ambas han de ser tenidas en cuenta en el momento de determinar la información que se va a facilitar, en tanto en cuanto se trata de riesgos que deben ser asumidos por el paciente al acordar someterse a la actuación médica⁵⁴.

Como se ha indicado los riesgos típicos también son conocidos como riesgos previsibles, si bien dicha afirmación ha de ser matizada. La previsibilidad se deduce de la inherencia de los riesgos a la intervención médica recomendada, en el sentido de que la relación directa del riesgo con la actuación médica permite considerar que éste se puede producir, es decir, hace que sea previsible. Afirmar que un riesgo es previsible, conduce necesariamente a señalar que dicho riesgo es típico, si bien tal aseveración no puede hacerse a la inversa, puesto que pueden existir riesgos que están directamente relacionados con la actuación médica y que dado el estado de la ciencia no cabe afirmar su previsibilidad⁵⁵.

En este sentido, la consideración de un riesgo como previsible, reside principalmente en que sea conocido por la literatura científica, ya que el equipo médico es consciente de la existencia del mismo y puede incluirlo entre la información que debe ser facilitada al paciente.

2.2.1.4 El problema de la estadística

Un aspecto de relevancia primordial relativo a la tipicidad de los riesgos reside en la relación de la misma con la frecuencia con la que éstos se producen. La doctrina aboga por evitar acudir a datos estadísticos para determinar si un concreto riesgo debe ser comunicado al paciente. En este sentido, CADENAS OSUNA establece que “en todo caso consideramos esencial no confundir la tipicidad de un riesgo con la frecuencia probabilística con la que se materializa en la práctica, de modo que un riesgo infrecuente

⁵⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. ob. cit. págs. 216 a 217.

⁵⁵ Literalmente CADENAS OSUNA indica que “la previsibilidad del riesgo se supedita a su tipicidad”. CADENAS OSUNA, D. ob. cit. págs. 160 a 161.

puede ser típico”, reseñando la independencia que tiene que existir entre la tipificación de un riesgo, y, por ende, el deber de comunicarlo y el porcentaje con el que se produce⁵⁶.

Por lo tanto, cabe afirmar que la doctrina mayoritaria defiende la irrelevancia de los datos estadísticos indicando que lo verdaderamente importante consiste en que dicho riesgo sea previsible, en tanto en cuanto es conocido por la literatura científica y, por ende, debe ser el propio paciente quien lo asuma y siendo consciente del mismo consienta someterse a la concreta actuación médica.

SIMÓN LORDA refrenda lo expuesto al indicar que para determinar la tipicidad de un riesgo no debe atenderse en modo alguno a un criterio probabilístico, siendo irrelevante la frecuencia con la que éste se produzca. De este modo, considera erróneo centrarse en estadísticas y sostiene que no cabe afirmar la existencia de una cifra numérica por debajo de la cual el médico responsable quede exento de comunicar los riesgos inherentes de la intervención⁵⁷.

Pese a que esta tesis es en la actualidad ampliamente admitida por la doctrina y la que guía las resoluciones judiciales, cabe señalar que han existido voces discrepantes que han abogado por la identificación de los riesgos típicos con los frecuentes. En este sentido se expresa BLANCO PÉREZ-RUBIO al identificar de forma explícita la tipicidad de un riesgo con la frecuencia del mismo, de tal forma que llega a definir el riesgo típico como “frecuente o probable” y el riesgo atípico como “infrecuente y excepcional”⁵⁸.

Asimismo, del informe emitido por el Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica se desprende tal asimilación de la tipicidad con la frecuencia de un riesgo ya que, al tratar el tema relativo al contenido de la información, se establece que los riesgos típicos son “aquellos cuya producción deba normalmente esperarse”⁵⁹. Aún con todo, es destacable que finalmente la doctrina no ha mantenido la línea iniciada

⁵⁶ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 161. Esta reflexión es, a su vez, asumida por otros autores como GALÁN CORTÉS, al establecer que los riesgos típicos se producen “con absoluta independencia de su significación estadística”. GALÁN CORTÉS, J.C. ob. cit. pág. 200.

⁵⁷ SIMÓN LORDA, P. *El consentimiento informado*. Triacastela, 1ª Ed., Madrid, 2000, págs. 246 a 247.

⁵⁸ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en LLAMAS POMBO, E (COORD.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 1ª Ed., Madrid, 2006, pág. 193.

⁵⁹ GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. ob. cit. pág. 364. La aseveración de que el riesgo típico es aquél “que puede normalmente esperarse” implica que sólo se va a calificar como típico el riesgo que resulta frecuente porque se ha producido en otras ocasiones, haciendo así que sea “esperable”.

con este informe, el cual fue realizado con efectos orientativos y clarificadores para la futura modificación normativa.

En este punto, se debe hacer mención de la jurisprudencia a fin de obtener una visión completa de la cuestión tratada, mostrando el recorrido judicial que ha tenido este problema. Como se ha especificado, el Tribunal Supremo ha distinguido desde un principio entre riesgos típicos y atípicos, centrándose en señalar que no debe existir asimilación alguna entre los riesgos típicos y los frecuentes.

Ejemplo de ello es la STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001, cuyo fundamento de derecho tercero establece que “la previsibilidad nada tiene que ver con la frecuencia del suceso (...); poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, y que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma”⁶⁰.

Esta línea jurisprudencial existía, por tanto, con la normativa precedente, puesto que la LGS indicaba en su art. 10.5⁶¹ la información que debía proporcionarse al usuario del servicio sanitario, adoleciendo de inconcreción y requiriendo una interpretación más detallada por parte del TS.

Así se aprecia en la STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2009 al señalar que “el motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el art. 1902 CC , al considerar "imprevisible" una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 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 una

⁶⁰ STS (Sala 1ª) 3/2001, de 12/01/2001 (RJ/2001/3) FD3º, destaca, a su vez, la STS (Sala 1ª) 758/2005, de 21/10/2005 (RJ/2005/8547), al establecer que “por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente– no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos previsible es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”.

⁶¹ Concretamente dicho precepto establecía que los pacientes tenían, entre otros, el derecho “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo”⁶².

No obstante, debe reseñarse que pese a ser ésta la tesis jurisprudencial defendida por el Alto Tribunal, ello no impide que éste haya tendido a mezclar los conceptos de “previsibilidad” y “frecuencia” en una misma sentencia, diluyéndose así la línea que separaba ambos términos y generando cierta confusión doctrinal.

Ejemplo de ello es la STS (Sala 1ª) de 28 de diciembre de 1998, en la cual el Tribunal Supremo equipara el riesgo típico con el término “frecuente” afirmando que “como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así 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”⁶³.

Cabe señalar que resoluciones como la expuesta son minoritarias dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien permiten corroborar la gran complejidad de la materia, puesto que, pese al objetivo del Tribunal Supremo de elaborar unas bases fijas y claras que sirvan de pilar para futuros supuestos, la indeterminación terminológica y la

⁶² STS (Sala 1ª) 478/2009, de 30/06/2009 (RJ/2009/4323). En este punto, cabe señalar que a nivel autonómico el TSJ Navarra ha realizado la misma delimitación entre los riesgos previsibles y la frecuencia de los mismos, como se aprecia en la STSJ Navarra 22/2001, de 27/10/2001 (RJ/2002/1079), que recoge en el FD2º que “en lo que concierne a los riesgos, la frecuencia o probabilidad de determinados daños acentúa la exigencia de su advertencia pero –como señala la sentencia de 12 de enero de 2001 del Tribunal Supremo– no la limita a los riesgos en que estadísticamente concurren aquellas características. (...)Y es que lo relevante a estos efectos no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate, sea por la naturaleza misma del procedimiento, sea por el lugar o las circunstancias en que ha de llevarse a cabo, sea en fin por las condiciones personales conocidas de su destinatario. La información ha de referirse en definitiva a los riesgos “típicos”, “inherentes” o “asociados”, según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica, a la intervención diagnóstica o terapéutica en cuestión”. Resulta destacable que esta sentencia se dictó con anterioridad a la LBAP y a la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, si bien recoge la misma tesis que la que ha mantenido el TS hasta la actualidad.

⁶³ STS (Sala 1ª) 1207/1998, de 28/12/1998 (RJ/1998/10164), esta confusión se observa, a su vez, en la STS (Sala 1ª) 698/2016, de 24 de noviembre de 2016 (RJ/2016/5649) al señalar en el FD6º 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 trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado”. En el mismo sentido se decanta la STS (Sala 1ª) 667/2002 de 2/07/2002 (RJ/2002/5514) FD7º.

naturaleza del derecho sanitario impiden obtener una conclusión aplicable de forma genérica, debiendo analizar las características de cada caso.

2.2.1.5 Recapitulación

En materia del contenido de la información se debe empezar por la LBAP para posteriormente entrar a conocer la posición doctrinal y jurisprudencial al respecto a fin de determinar la aplicación práctica que se realiza de la Ley.

La LBAP regula en su art. 4 la información que debe propiciarse al paciente, si bien éste se completa con el art. 10 LBAP por cuanto resulta más detallado. Dicho precepto dispone en los apartados b) y c) que debe informarse al paciente tanto de los riesgos que derivan de las circunstancias personales como los riesgos probables en condiciones normales [...] o los directamente relacionados con el tipo de intervención. El primer apartado no ha constituido una cuestión litigiosa, al contrario que el apartado c), si bien la doctrina no ha realizado un estudio profuso sobre el mismo, al tiempo que no ha concretado la clase de riesgos que se encuadran dentro del concepto de “probable en condiciones normales o directamente relacionados con la intervención”.

Esta escasa referencia a los riesgos exigidos legalmente trae causa de la existencia, con anterioridad a la entrada en vigor de la LBAP, de una clasificación de origen doctrinal entre riesgos típicos y atípicos. De este modo, la doctrina se ha centrado en el estudio de esta clase de riesgos omitiendo lo dispuesto por la Ley, si bien, a fin de incorporar los términos legales cabe apreciar cierta asimilación de los riesgos probables y directamente relacionados con la intervención con los riesgos típicos.

Respecto de éstos se indica que son inherentes a la intervención médica y previsibles, mientras que el riesgo atípico será aquél que no guarda relación con la concreta actuación médica. Finalmente, debe recalcar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, en virtud de la cual la frecuencia con la que acaece un riesgo es irrelevante para tomar una decisión sobre su comunicación al paciente.

2.2.2 Medicina curativa vs. medicina voluntaria

La distinción entre riesgos típicos y atípicos encuentra su fundamento jurídico al existir en la actualidad diversos tratamientos médicos, los cuales pueden ser terapéuticos o no. Esta distinción ha supuesto la clasificación doctrinal de la medicina en dos tipos,

conocidos como medicina curativa o necesaria y medicina voluntaria o satisfactiva⁶⁴. La LBAP nada indica en cuanto a la existencia de diferentes clases de medicina, constituyendo, por tanto, una creación doctrinal y jurisprudencial que tiene como fin último modular el grado de información que debe facilitarse en una concreta actuación médica.

En la actualidad es notorio que tal diferenciación constituye el pilar a partir del cual se realiza el análisis de la corrección de la información proporcionada al paciente, habiéndose convertido en una tesis ampliamente aceptada y consolidada. Se procede a realizar un breve análisis de esta materia dada la patente relevancia jurídica de la cuestión.

La diferenciación entre medicina necesaria y voluntaria reside en la consideración doctrinal de que en la primera el paciente se somete a la intervención médica apremiado por su estado de salud, mientras que en la medicina voluntaria o satisfactiva el usuario del servicio sanitario no se ve acuciado por su estado de salud, sino que sus motivos guardan relación con un deseo o interés de obtener una mejora corporal, de manera que la intervención se realiza sobre un cuerpo sano⁶⁵.

ROMEO CASABONA matiza tal afirmación y señala que la concepción de la medicina satisfactiva como voluntaria no resulta del todo correcta, en tanto en cuanto se puede inferir que la medicina curativa resulta obligatoria para el paciente⁶⁶.

La incardinación de los tratamientos médicos en la medicina satisfactiva o curativa conduce a la necesidad de determinar cuál es la naturaleza de la obligación del médico, dado que no ha existido unanimidad en la doctrina respecto a si se trataba de una obligación de medios o de resultado.

⁶⁴ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 160.

⁶⁵ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 153 a 154. En este sentido, la STS (Sala 3ª), de 9/10/2012 (RJ/2012/10199) establece en el fundamento de derecho cuarto, respecto de la medicina satisfactiva, que “se trata de una medicina [...] a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional”.

⁶⁶ ROMEO CASABONA, C. “Problemas prácticos del consentimiento informado”, en *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 5, 2002, pág. 78. Dicho error se deduce, a su vez, de la libertad que se exige en la prestación del consentimiento informado. De los argumentos doctrinales empleados con el fin de distinguir entre medicina voluntaria y necesaria se deriva cierta contradicción con dicha característica del CI al señalar que la medicina voluntaria se caracteriza por la libertad que tiene el sujeto para decidir en torno al sometimiento a la intervención médica por no verse necesitado de la misma por su estado de salud. En base a esta afirmación se puede llegar a la conclusión de que en el consentimiento prestado en la medicina necesaria no existe tal libertad del paciente o de existir se encuentra ciertamente limitada. Se pone una vez más de manifiesto la dificultad de delimitar el contenido de la información, si bien, la doctrina mayoritaria defiende la distinción citada.

La consideración de la obligación del facultativo como de medios, sin entrar a valorarla en cada clase de medicina, implicaría la existencia de un contrato de servicios por medio del cual el médico se vería obligado a poner a disposición del paciente todos los medios necesarios según el estado de la ciencia para realizar la intervención, mientras que en el caso de que fuera de resultado se entendería como un contrato de obra, en el que se exigiría al médico la consecución de tal resultado⁶⁷.

2.2.2.1 Naturaleza de la obligación en la medicina curativa

Como se ha indicado, la controversia jurídica en derecho sanitario se articula en torno a la naturaleza de la obligación respecto de cada tipo de medicina. Así, la concreción de tal obligación en la medicina necesaria no ha conllevado mayor litigiosidad, en tanto en cuanto es consolidada la doctrina que admite que la obligación del médico en este supuesto es de medios.

Ello encuentra su fundamento en que se trata de una materia cambiante que depende del estado de la ciencia y de las características personales de cada paciente, por lo que no resulta posible esperar un resultado consistente en su curación⁶⁸.

Tal afirmación relativa al contenido de la obligación de medios ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo a fin de establecer qué debe entenderse por poner los medios disponibles, puesto que, aunque no se exija la obtención de un resultado, deben existir criterios que permitan declarar cuándo el médico responsable ha incumplido su obligación, declarándose su responsabilidad médica.

En este sentido destaca la STS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1997 en cuyo fundamento de derecho cuarto recoge que “esta obligación de medios comprende: a) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto; b) la información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones

⁶⁷ REYNAL REILLO, E. ob. cit. págs. 83 a 84.

⁶⁸ El Tribunal Supremo lo ha señalado en la STS (Sala 1ª) 465/2001, de 14/05/2001 (RJ/2001/6204), en cuyo fundamento de derecho tercero indica que “en el ejercicio de la medicina no puede exigirse al profesional de la misma obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo porque aquélla no es una ciencia de garantía de resultados dado que el riesgo, en un mayor o menor porcentaje según el caso, no suele ser ajeno”. En el mismo sentido destaca la STS (Sala 1ª) 462/1998, de 22/05/1999 (RJ/1998/3991) y la STS (Sala 1ª) de 20/11/2009 (RJ/2010/138), la cual establece en su FD2º que “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”.

quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad y c) la continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono”⁶⁹.

2.2.2.2 Naturaleza de la obligación en la medicina satisfactiva

La mayor controversia jurídica en este punto se articula en torno a la naturaleza de la obligación en la medicina satisfactiva, puesto que no ha existido un criterio homogéneo respecto a si debe tener la misma consideración que en la medicina necesaria o, por el contrario, se trata de una clase de medicina en la que se asegura un resultado al paciente.

De este modo, la doctrina ha mantenido posiciones dispares, pudiendo encontrar autores como BLANCO PÉREZ-RUBIO citando a GARCÍA HERNÁNDEZ, que aboga por considerar que el médico asume una obligación de resultado en la medicina voluntaria, puesto que se trata de una medicina en la que el interés del paciente no reside en su estado de salud, sino que busca obtener una mejora estética o física, y, por ende, el sometimiento a la intervención tiene por objeto la obtención de un resultado⁷⁰.

Por contra, autores como GALÁN CORTÉS han matizado tal afirmación, al entender que no cabe exigir al médico la consecución de un resultado, si bien por las características de la medicina voluntaria puede afirmarse que se trata de una obligación de medios acentuada, exceptuando el supuesto en el que exista un contrato en el que se reconoce el compromiso a obtener un resultado, en cuyo caso el médico se encontrará vinculado al mismo⁷¹.

Se pone así de manifiesto que la naturaleza de la obligación en la medicina satisfactiva no ha constituido una cuestión pacífica existiendo voces discrepantes en la doctrina. En este sentido, el Tribunal Supremo tampoco ha mantenido un criterio homogéneo, pudiendo encontrar sentencias dispares, si bien la jurisprudencia ha evolucionado hasta obtener una posición consolidada, acorde con la reflexión de GALÁN CORTÉS. Así, se desecha la conceptualización de la obligación del médico como de

⁶⁹ STS (Sala 1ª) 83/1997 de 11/02/1997, (RJ/1997/940) FD4º.

⁷⁰ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en LLAMAS POMBO, E (COORD.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, La Ley*, 1ª Ed., Madrid, 2006, págs. 175 a 198.

⁷¹ GALÁN CORTÉS, J.C. ob. cit. págs. 267 a 269.

resultados, y se reconoce que ésta será necesariamente una obligación de medios, si bien tendrá como excepción el supuesto en el que el facultativo haya garantizado de forma expresa un resultado al paciente⁷².

Cabe traer a colación la STS (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2000, la cual constituye un reflejo del posicionamiento anterior del Alto Tribunal basado en la obligación de resultado en este tipo de medicina, e indica en el fundamento de derecho noveno que “es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo”⁷³.

En este sentido, y a fin de demostrar la evolución jurisprudencial experimentada tendente a la consideración de la naturaleza de la obligación del facultativo de medios pero acentuada, resulta relevante la STS (Sala 1ª) de 13 de abril de 2016 en cuyo fundamento de derecho segundo establece que “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”⁷⁴.

⁷² SANTOS MORÓN, M. J. “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, pág. 9 y GÓMEZ RUFÍAN, L. “Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32, 2015, págs. 190 a 197.

⁷³ STS (Sala 3ª), de 3/10/2000, (RJ/2000/7799) FD9º. Continúa la citada sentencia afirmando que “en la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”.

⁷⁴ STS (Sala 1ª) 250/2016 de 13/04/2016, (RJ/2016/1495) FD2º. Tal fundamentación se recoge en la STS (Sala 1ª) 230/2014, de 7/05/2014, (RJ/2014/2477) FD2º, la cual indica que “la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto”. Asimismo, destaca la STS (Sala 1ª) 993/2006 de 4/10/2006, (RJ/2006/6428) al establecer en el FD4º que “estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad 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 silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente”.

La constante evolución relativa a la determinación de la obligación en cada tipo de medicina hasta haber alcanzado una jurisprudencia consolidada pone de manifiesto la complejidad derivada de esta materia, así como la necesidad de mantener cierta cautela en la resolución de los litigios, sin acudir a generalizaciones, y debiendo analizar las circunstancias de cada supuesto. Así se infiere de la STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2008, al indicar que “las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias”⁷⁵.

Respecto de la medicina curativa y satisfactiva se debe realizar una última puntualización, al estar ampliamente admitido en la doctrina que el grado de información a proporcionar al paciente difiere según el tipo de medicina. El Tribunal Supremo ha reforzado la tesis en virtud de la cual se debe exigir un mayor nivel de información cuando el daño se ha producido en el marco de la medicina voluntaria, pudiendo rebajarse tal exigencia en los supuestos en los que el hecho dañoso tiene lugar en el ámbito de la medicina curativa⁷⁶.

A estos efectos, ARBESÚ GONZÁLEZ citando a LLAMAS POMBO establece que en la medicina voluntaria se debe imponer una mayor exigencia respecto del grado de información proporcionada, en tanto en cuanto no existe en el paciente una necesidad de someterse a la intervención. De este modo, requiere tener un profundo conocimiento de todos los riesgos para tomar la decisión de someterse a la misma⁷⁷.

Tal afirmación es, a su vez, recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como se aprecia en la STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2015 en la que se establece que “los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial,

⁷⁵ STS (Sala 1ª) 943/2008 de 23/10/2008 (RJ/2008/5789) FD4º.

⁷⁶ REYNAL REILLO, E. ob. cit. págs. 81 a 84. Ello se refleja, a su vez, en la STS (Sala 1ª) 758/2005 de 21/10/2005, (RJ/2005/8547) al indicar que “estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación”. Tal afirmación se desprende de la STS (Sala 1ª) 1639/2016, de 13/04/2013 (ECLI: ES:TS:2016:1639) FD2º.

⁷⁷ Literalmente se indica que “puesto que, al menos somáticamente, el paciente no tiene una auténtica necesidad de emprender la intervención, aquí más que nunca debe conocer hasta el último detalle los riesgos que corre al hacerlo, teniendo en cuenta por lo demás, que en este caso difícilmente podrá alegarse la urgencia, y se goza generalmente del tiempo necesario para hacerlo”. ARBESÚ GONZÁLEZ, V. ob. cit. págs. 246 a 247.

voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”⁷⁸.

Esta intensificación del nivel de información se traduce en que en la medicina voluntaria se va a exigir no sólo que se comuniquen los riesgos típicos, sino también los excepcionales, al contrario que la medicina curativa en la que sólo se exigirá el conocimiento de los riesgos típicos, excluyendo los riesgos atípicos⁷⁹.

Ejemplo de ello es la STS de 23 de octubre de 2008 en la que se afirma que “cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico [...] y que en la medicina satisfactiva la información 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”⁸⁰.

⁷⁸ STS (Sala 1ª) 206/2015, de 3/02/2015 (ECLI: ES:TS:2015:206) FD3º. Tal fundamentación viene recogida en la STS (Sala 1ª) 1427/2016, de 8/04/2016 (ECLI: ES:TS:2016:1427) FD2º, al transcribir de forma literal el apartado citado en la anterior sentencia.

⁷⁹ ARBESÚ GONZÁLEZ, V. ob. cit. pág. 295.

⁸⁰ STS (Sala 1ª) 943/2008, de 23/10/2008 (RJ/2008/5789) FD7º. Con los mismos términos se pronunció el Alto Tribunal en la STS (Sala 1ª) 1194/2007, de 22/11/2007 (RJ/2007/8651) FD3º.

III. EL DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN O DEFECTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Planteamiento de la cuestión

Un aspecto básico que debe ser analizado al plantear una demanda de responsabilidad médica consiste en determinar si el médico proporcionó al paciente la información adecuada y obtuvo su consentimiento para realizar la intervención. La declaración de responsabilidad en el ámbito sanitario requiere el cumplimiento de determinados requisitos, siendo especialmente relevante, a efectos del presente trabajo, el daño ocasionado por la falta del consentimiento informado.

La existencia de un daño constituye un presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad, sin embargo, se trata de una cuestión litigiosa respecto de la que se mantienen diversos posicionamientos doctrinales, como a continuación se expondrá⁸¹. A fin de comprender tales consideraciones doctrinales acerca de si la inexistencia de consentimiento informado puede dar lugar a algún tipo de daño se debe comenzar por mostrar el marco general en el que se encuadra la citada controversia.

Así, debe indicarse que la premisa desde la que se parte reside en la existencia de una corrección técnica por parte del médico al realizar la concreta intervención médica, si bien dicha actuación no se ha ajustado a la *lex artis ad hoc* en tanto en cuanto el facultativo no contaba con el consentimiento del paciente para realizarla. Por tanto, la reprochabilidad no se deriva de su pericia médica sino del incumplimiento de la obligación de informar al paciente y obtener del mismo el consentimiento informado. En el supuesto de que se hubiera producido una actuación médica negligente causante del daño, el debate se centraría en la responsabilidad médica por la *mala praxis* del facultativo, lo cual excede del tema del presente trabajo⁸².

⁸¹ No existen dudas acerca de la trascendencia del daño para el ejercicio de una acción de responsabilidad en el ámbito sanitario, ya que sin la existencia de un daño no cabe afirmar el deber de resarcimiento a la víctima. Ello se refleja en el aumento del tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina y en la ausencia de homogeneidad en la jurisprudencia. PARRA SEPÚLVEDA, D. “La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa” tesis dirigida por SANTOS MORÓN, M.J., leída en Universidad Carlos III de Madrid, 2014, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>.

⁸² ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. págs. 53 a 54.

En este sentido, cabe cuestionarse si cuando el médico no ha realizado la intervención legitimado por el paciente se causa un daño y, en caso afirmativo, la clase de daño ocasionado⁸³. Dicha pregunta, sobre la que a continuación se volverá, tiene una respuesta sumamente compleja, por lo que resulta conveniente comenzar realizando una distinción en función del resultado de la concreta actuación médica.

Por un lado, existe la posibilidad de que el médico haya llevado a cabo la intervención sin autorización y ésta se haya desarrollado correctamente, y, por otro lado, surge la hipótesis de que no se haya obtenido el consentimiento del paciente y de la intervención no se derive un resultado exitoso, al producirse consecuencias sobre las que el usuario del servicio sanitario no fue informado, impidiéndole su valoración⁸⁴.

Ambas vertientes demuestran la dificultad que se deriva de la aseveración de la existencia de un daño y en su caso, la delimitación del mismo. Así, afirmar en el primer caso que se ha producido un daño al paciente, cuando de la propia actuación médica no se deriva consecuencia negativa alguna, implicaría admitir que tal perjuicio se circunscribe a un daño moral de carácter autónomo. Ello por cuanto el daño consistiría en la lesión del derecho de autonomía del paciente, sin existir una relación de causalidad entre la omisión del consentimiento informado y el resultado de la intervención.

Por contra, en el segundo supuesto resulta más factible reconocer que se ha producido un daño al materializarse un riesgo, si bien determinar la clase de perjuicio producido por la falta de consentimiento informado es sumamente controvertido.

Así, de esta doble vertiente se derivan diferentes consideraciones doctrinales las cuales se pueden clasificar *grosso modo* en tres posiciones que ponen de manifiesto que se trata de un tema de candente actualidad, respecto del cual el Tribunal Supremo no ha mantenido un criterio constante.

En primer lugar, destaca la posición doctrinal que aboga por considerar que la falta del consentimiento informado no da lugar a ningún tipo de daño. Así en el supuesto de que la intervención sea satisfactoria no cabe apreciar que de la misma resulte daño alguno, al tiempo que, si de tal actuación realizada con la técnica correcta se han derivado

⁸³ Es consolidada la afirmación de que la ausencia del daño impide la declaración de responsabilidad médica, por lo que la concreción de esta cuestión resulta primordial en orden a la correcta elaboración de una demanda de responsabilidad sanitaria, en la que se determine de forma detallada el daño causado.

⁸⁴ HERRERA MORENO, J.I. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”, en *Derecho y Vida*, núm. 77, 2008, pág. 2.

daños corporales, no es posible admitir que exista una relación de causalidad entre la falta del consentimiento informado y el resultado de dicha intervención.

En segundo lugar, se debe aludir a la parte de la doctrina que defiende que la ausencia de consentimiento informado no puede quedar relegada desde el punto de vista jurídico, existiendo criterios de imputación objetiva que facultan la declaración de responsabilidad médica por los daños corporales producidos⁸⁵.

Finalmente, se encuentra la posición doctrinal que aboga por considerar que la falta de consentimiento da lugar a un daño moral. En este punto, se produce una disociación puesto que la doctrina imperante hace depender el resarcimiento de dicho daño moral de la producción de un resultado lesivo, basado en un daño corporal. Mientras que otra parte de la doctrina, minoritaria, aboga por declarar que tal ausencia de consentimiento conlleva la producción de un daño moral de carácter autónomo, con independencia de que el resultado de la intervención haya sido satisfactorio o se haya materializado algún riesgo.

Se procede, por tanto, a determinar el estado de la cuestión a través de las diferentes posiciones doctrinales, a fin de poner de manifiesto los argumentos jurídicos empleados por cada una.

1.1 Absolución por ausencia de daño

La doctrina que defiende la absolución de la parte demandada en los supuestos en los que se aprecia que el médico ha actuado con corrección técnica, entiende que no es posible afirmar que de la omisión del consentimiento informado se derive daño alguno para el paciente.

Tal aseveración conduce necesariamente a descartar la posible declaración de responsabilidad médica como consecuencia de la producción de un daño de carácter moral al paciente. De este modo, no se admite que la imposibilidad del paciente de tomar en consideración toda la información en aras de decidir someterse o no a la intervención médica sea constitutiva de un perjuicio y dé lugar a resarcimiento. Así no queda más que decretar la absolución de la parte demandada al no existir daño por el que deba responsabilizarse.

⁸⁵ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 53.

Esta consideración adquiere especial trascendencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, debido a la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como se desprende de la STS (Sala 3ª) de 22 de abril de 1994 “la responsabilidad, como hemos expuesto, tiene carácter objetivo y depende exclusivamente, con abstracción de todo juicio de intencionalidad, de que se demuestre la efectividad de los daños y el adecuado nexo de causalidad. Ahora bien, esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración”⁸⁶.

Dicha resolución expresa ya el presupuesto que debe cumplirse a fin de declarar la responsabilidad, aplicable, por tanto, a la Administración sanitaria, consistente en que debe existir un daño antijurídico. Este concepto resulta relevante en el ámbito sanitario en tanto en cuanto limita la responsabilidad de la Administración, impidiendo que resulte responsable de todas las lesiones que sufran los pacientes⁸⁷.

Adoptar como punto de partida la negativa de que el daño sea antijurídico contiene en este caso una masiva reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que el reclamante tiene el deber jurídico de soportar el daño acaecido⁸⁸. En este sentido, dado que la hipótesis planteada recoge una situación en la que no cabe reprochar la actuación del médico en cuanto a la corrección de la técnica empleada, existiendo únicamente una infracción del deber de obtener el consentimiento informado, se entiende que no es posible determinar tal antijuridicidad del daño ni, por ende, declarar la responsabilidad médica.

⁸⁶ STS (Sala 3ª) de 22/04/1994, (RJ/1994/2722) FD2º. Lo expuesto se desprende, a su vez, de la STS (Sala 3ª) de 14/10/2003, (RJ /2003/8236) cuyo FD3º indica que “la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convertida a éstas, en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo”. Pese a que esta sentencia no se refiere de forma exclusiva a la responsabilidad en el ámbito sanitario, resulta de aplicación por cuanto permite concluir que existen limitaciones a la responsabilidad objetiva de la Administración, evitando que sea responsable de todos los daños que se produzcan en el seno de la misma.

⁸⁷ DE ASÍS SANZ GANDASEGUI, F. “La responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria” en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.) *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2009, págs. 187 a 190.

⁸⁸ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 55.

Reflejo de ello es la STS (Sala 3ª) de 14 de octubre de 2002, en cuyo fundamento de derecho séptimo dispone que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste”⁸⁹.

Respecto a este posicionamiento doctrinal cabe destacar que el consentimiento informado constituye un elemento esencial de la *lex artis*⁹⁰, lo cual pone de manifiesto que la infracción del médico del deber de informar al paciente supone una vulneración del derecho a tomar una decisión acerca del sometimiento a la intervención médica recomendada y de la autonomía que se reconoce al mismo y cuya relevancia se desprende del articulado de la LBAP⁹¹.

ARCOS VIEIRA recalca que el análisis de la antijuridicidad del daño con carácter previo a la determinación de la ausencia de información y omisión de obtener el consentimiento informado puede conducir a relativizar la importancia del deber del médico de informar, conculcando los derechos de los pacientes, tales como el derecho a la autonomía, así como el derecho a la dignidad personal recogido en el art. 10 CE⁹².

⁸⁹ STS (Sala 3ª) de 14/10/2002, (RJ/2003/359) FD7º. Tal afirmación se establece, a su vez, en la STS (Sala 3ª) de 4/04/2006, (RJ/2006/2198) FD5º, en la que el Tribunal Supremo, pese a indicar la ausencia de prueba que acredite que el paciente fue informado y se obtuvo su consentimiento informado, determina que no cabe decretar la responsabilidad patrimonial de la Administración al no tratarse de un daño antijurídico, en base a la correcta actuación técnica del médico durante la intervención. Para ello transcribe el fundamento de derecho citado en la sentencia expuesta y señala que “aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico”.

⁹⁰ V. *supra* pág. 10.

⁹¹ A estos efectos debe reseñarse que en opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO pese a que la mayor parte de la jurisprudencia abogue por no declarar el deber de indemnizar en caso de que la actuación del médico sea conforme a la *lex artis* y la reclamación se base en la omisión del deber de informar al paciente, ello debe ponerse en entredicho en el supuesto de que el usuario del servicio sanitario tenga alguna alternativa a tal intervención. En tal caso la omisión de información al paciente resulta trascendente pudiendo dar lugar a la declaración de responsabilidad médica, en tanto en cuanto, de haber conocido tal información el demandante podía haber optado por no someterse a la actuación médica. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. ob. cit. pág. 312.

⁹² ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 57.

De este modo, con la consideración de que el daño que se ha producido y por el que se reclama no es antijurídico, se omite entrar a dilucidar la trascendencia de la no obtención del consentimiento informado, pese a su admisión como elemento de la *lex artis*, abocando al paciente al deber de soportar tal daño. Así, cabe considerar que bajo esta tesis se produce un retroceso en materia de derechos del paciente, retornando a la situación donde primaba el paternalismo frente a la autonomía del usuario del servicio médico.

1.2 Responsabilidad por aplicación del juicio de imputación objetiva

La segunda posición doctrinal, que no ha logrado una amplia aceptación ni doctrinal ni jurisprudencial, aboga por el empleo del juicio de imputación objetiva como método para determinar la existencia de responsabilidad médica derivada de la omisión del consentimiento informado. A través de esta tesis cabrá admitir el resarcimiento de los daños corporales que hayan surgido por la intervención, así como el daño moral, pese a la corrección técnica del médico en el desarrollo de la misma.

En este punto, debe indicarse la distinción que se realiza de forma doctrinal entre la causalidad material o física, la cual hace referencia a la existencia de un nexo causal entre la conducta y el daño causado, y la causalidad jurídica, en virtud de la cual no cabrá imputar a la conducta del demandando cualquier hecho dañoso. De este modo, será necesario realizar un juicio de imputación objetiva a fin de determinar qué hechos, que guardan una relación causal con el resultado dañoso, van a ser atribuidos al agente.

Como señala GALÁN CORTÉS, mediante la causalidad jurídica se trata de evitar que se produzca una declaración de responsabilidad por cualquier “consecuencia remota, improbable o indirecta que se derive de la conducta del agente” que ha causado el resultado lesivo⁹³.

La doctrina que defiende esta tesis considera que la omisión del consentimiento informado no puede quedar relegada en caso de que la actuación médica se haya realizado con absoluta corrección técnica, por cuanto el médico ha infringido el deber de informar al paciente y obtener su consentimiento previo. De modo que, al contrario que la anterior postura doctrinal, a tenor de esta posición cabrá resarcir los daños corporales que se

⁹³ GALÁN CORTÉS, J.C. ob. cit. pág. 378.

deriven de la intervención médica, así como el daño moral por lesión del derecho de autonomía.

Resulta relevante exponer la argumentación jurídica empleada a fin de admitir tal indemnización, puesto que *a priori* cabe considerar que la falta del consentimiento no puede dar lugar a un daño físico, es decir, que no hay causalidad material que faculte el resarcimiento de tal daño.

En este sentido, es sumamente gráfica la reflexión de DE ÁNGEL YÁGÜEZ puesto que refleja de forma simplificada la fundamentación jurídica en la que se apoya esta tesis. Este autor reconoce que la causalidad debe producirse entre la concreta actuación médica y el daño ocasionado, asumiendo que la ausencia de consentimiento informado no puede dar lugar al daño corporal de forma directa. Sin embargo, no es posible desligarlo de la producción final del daño en tanto en cuanto no se ha permitido al paciente tomar una decisión con base en una información adecuada y otorgar así su consentimiento informado.

La reflexión de este autor reside en considerar que, si no se hubiera llevado a cabo la acción curativa, es decir, la intervención médica sobre el paciente, no habrían sobrevenido los daños en el mismo, por lo tanto, como consecuencia de la falta de información, el paciente se ha visto privado de la posibilidad de adoptar una decisión diferente al sometimiento a la intervención, lo cual permite considerar que existe un nexo causal entre la intervención y el daño⁹⁴.

Dentro del marco de imputación objetiva la doctrina atiende a diversos criterios a fin de justificar dicha tesis, destacando la teoría de la asunción del riesgo, el criterio de la conducta alternativa conforme a derecho o el de la causalidad adecuada⁹⁵. Dado que el

⁹⁴ Literalmente indica que “no debe perderse de vista que el médico estaba obligado a informar *íntegramente* y que el bien jurídico lesionado es, en estos casos, el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación. Si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con arreglo a la *lex artis*, significó “la causa” de lo que al paciente acabó aconteciendo”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “Consentimiento informado: reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm.3, 2003, pág. 25.

⁹⁵ En virtud del criterio de la conducta alternativa conforme a derecho no cabrá imputar un daño a quien no ha realizado la conducta debida si la actuación conforme a derecho habría supuesto el mismo resultado. Como señala ARCOS VIEIRA en materia del consentimiento informado la aplicación de este criterio implicaría valorar cuál habría sido la decisión del paciente en el caso de haber recibido la completa información o de haberle solicitado el consentimiento. ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 88. Por su parte, la teoría de la causalidad adecuada, que se emplea en caso de que no resulte de aplicación ninguno de los otros dos criterios señalado, implica que se deberá declarar la responsabilidad sólo cuando “la concurrencia del daño sea esperable en el curso normal de los acontecimientos”. GALÁN CORTÉS, J.C. ob. cit. pág. 380.

presente trabajo se articula en torno al contenido de la información y en concreto, a los diferentes riesgos que deben ser comunicados al paciente, y puesto que éstos han sido objeto de un profuso análisis por la doctrina, se procede, a continuación, a realizar un breve apunte sobre el primer criterio.

La teoría de la asunción del riesgo fundamenta una atribución de responsabilidad médica cuando se han materializado los riesgos de la intervención que no habían sido comunicados al paciente o respecto de los cuales éste no había prestado su consentimiento informado. De este modo, se entiende que se ha privado al usuario del servicio médico de valorar el sometimiento a la intervención al desconocer tales riesgos, por lo que éstos han sido asumidos de forma exclusiva por el facultativo. Así, en el caso de que se hayan materializado sólo cabe que sean imputados a este último por haber actuado sin estar legitimado por el paciente⁹⁶.

El Tribunal Supremo ha empleado dicha tesis en determinadas resoluciones judiciales al considerar que la no obtención del consentimiento del paciente implica que el médico ha asumido el riesgo sobre el que no se ha informado y, por ende, la materialización del mismo da lugar a declarar su responsabilidad. Así, se refleja en la STS (Sala 1ª) de 21 de octubre de 2005 en la que el Alto Tribunal indica que “se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para la misma, dentro de su autonomía, asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa”⁹⁷.

1.3 Resarcimiento del daño moral

En la actualidad es palmaria la admisión del daño moral como una partida indemnizatoria en el ámbito de responsabilidad y, de forma concreta, en el plano de la asistencia sanitaria, lo cual, como se estudiará, fundamenta la existencia de posiciones

⁹⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 153.

⁹⁷ STS (Sala 1ª) 758/2005, de 21/10/2005 (RJ/2005/8547) FD4º. En el mismo sentido se inclinó el Tribunal Supremo en la STS (Sala 1ª) 849/2000, de 26/09/2000 (RJ/2000/8126), la cual concede una indemnización por el total de los daños reclamados, que eran físicos, morales y psicológicos, como señala en el fundamento de derecho segundo.

doctrinales que aboguen por que la falta de consentimiento informado sea causa de un daño moral.

Así, tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en la jurisdicción civil es pacífica la posibilidad de resarcir los daños morales. Aún con todo cabe apreciar cómo el art. 34 de la Ley 40/2015 permite indemnizar “las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”⁹⁸, sin hacer una referencia expresa al daño moral, si bien cabe inferir que el empleo de forma genérica del término “daño” contribuye a incluir tanto los daños corporales como los morales⁹⁹.

No obstante, pese a que esta cuestión está exenta de controversia, no ocurre lo mismo con la definición y delimitación del daño moral. Este concepto no es susceptible de ser definido de forma genérica dada la amplia variedad de supuestos fácticos que se pueden enmarcar dentro del mismo. Sin embargo, ello no obsta para que la doctrina haya tratado consistentemente de objetivar dicho término en aras de indicar aquellas situaciones que pueden ser identificadas dentro del daño moral indemnizable.

A estos efectos GARCÍA LÓPEZ ha señalado diferentes criterios que pueden ser tenidos en consideración a fin de lograr un acercamiento al concepto de “daño moral”. Una primera clasificación de los concretos daños reside en función de si afectan a la esfera patrimonial del sujeto o a su esfera íntima, siendo esta última la que se identifique con el término de moral. En segundo lugar, establece que la distinción se puede realizar atendiendo a si son daños patrimoniales o extrapatrimoniales y, por último, cabe clasificar el daño según se refiera a dolores o a un sufrimiento¹⁰⁰.

En este punto, cabe traer a colación la definición elaborada por MAYOR GÓMEZ a fin de que sirva de ejemplo de las diferentes versiones existentes sobre dicho concepto. De esta forma, entiende que el daño moral “implica, por tanto, una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del

⁹⁸ Art. 34 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁹⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. “El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización”, tesis dirigida por DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. leída en Universidad Autónoma de Madrid, 2017, <https://repositorio.uam.es/handle/10486/679768>.

¹⁰⁰ GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. José María Bosch, 1ª Ed., Barcelona, 1990, págs. 57 a 68. El estudio de las diferentes clasificaciones del daño moral ha sido realizado, a su vez, por CASADO ANDRÉS, B. “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, págs. 405 y ss.

hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales”¹⁰¹.

Desde una perspectiva jurisprudencial es reseñable que la indemnidad de los daños morales ha constituido desde un origen una cuestión controvertida, si bien, del mismo modo que ha sucedido con la posición doctrinal, en el momento actual es pacífica la afirmación de que dentro del concepto de daño se incluyen tanto los corporales como los morales.

Así se aprecia en la (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2000 al indicar en el fundamento de derecho quinto que “esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre –ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata–, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”¹⁰².

Esta aceptación de la inclusión de los daños morales dentro del concepto de daño tiene como fundamento la consideración de que el demandante debe verse resarcido por todos los daños causados, de tal forma que como se indica en la STS (Sala 3ª) de 20 de enero de 2003, en el fundamento de derecho segundo que “la indemnización por responsabilidad de las Administraciones públicas debe cubrir, según también hemos declarado [...] los daños y perjuicios hasta conseguirse la reparación integral de los mismos”¹⁰³.

¹⁰¹ MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 2015, pág. 8.

¹⁰² STS (Sala 3ª) de 3/10/2000, (RJ/2000/7799) FD5º. Tal consideración ya había sido realizada por el Alto Tribunal como se desprende de la STS (Sala 1ª) de 6/07/1990 (RJ/1990/5780), en cuyo fundamento de derecho segundo se establece que “el art. 43 de la Constitución cuando reconoce «el derecho a la protección de la salud», que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de nuestra Norma Suprema), cuyo respeto obliga a entender que su conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el art. 1902 del C. civil”.

¹⁰³ STS (Sala 3ª) de 20/01/2003, (RJ/2003/672) FD2º. Lo expuesto se desprende, a su vez, de la STS (Sala 3ª) de 3/10/2000, (RJ/2000/8616), la cual establece en el FD4º que “la jurisprudencia, viene exigiendo la completa indemnidad del perjudicado, al declarar que la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, dado que a través de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado se persigue la consecución de una situación de indemnidad, o reparación integral, para aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público”.

Por su parte, en el plano del derecho sanitario el Alto Tribunal ha mantenido el mismo criterio de admisión del resarcimiento del daño moral por tratarse de una materia en la que resulta sumamente fácil afectar a la integridad tanto física como psíquica del paciente. No son numerosas las resoluciones judiciales que hayan realizado un análisis profuso del concepto de daño moral en este ámbito, pudiendo dividirse en función de si se han centrado en esbozar una definición concreta o por el contrario han optado por determinar los bienes jurídicos que se enmarcan dentro de tal término¹⁰⁴.

A modo ejemplificativo destaca la STS (Sala 1ª) de 22 de febrero de 2001, la cual, analizando el daño moral como perjuicio indemnizable, realiza una aproximación a la definición del mismo. De este modo, en el fundamento de derecho sexto señala que “esta Sala [...] no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar “nominatim” el Tribunal “a quo” para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia”¹⁰⁵.

Como ya se ha expuesto, la admisión del daño moral como elemento resarcible tiene como fin lograr la reparación integral del damnificado, si bien en el ámbito sanitario es reseñable que éste no es el único fundamento de tal indemnidad. La aceptación del daño moral adquiere relevancia por cuanto ampara entre otros derechos el de autonomía del paciente y su integridad psíquica como se infiere del articulado de la LBAP.

Así lo ha apreciado la jurisprudencia como se aprecia en la ya expuesta STS (Sala 3ª) de 3 de octubre de 2000, puesto que en el FD5º establece que “sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se

¹⁰⁴ HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. ob. cit. pág. 108.

¹⁰⁵ STS (Sala 1ª) 139/2001 de 22/02/2001, (RJ/2001/2242) FD6º. Esta misma resolución reconoce, por tanto, la inclusión del daño moral dentro de los perjuicios que son resarcibles desvinculándolo de la esfera patrimonial del damnificado. De este modo continúa indicando que “en torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que, por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica”.

hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido”¹⁰⁶.

Dicha resolución establece los derechos que se protegen a través del daño moral, resultando de aplicación, a su vez, en el ámbito del consentimiento informado, en tanto en cuanto a través de esta figura se manifiesta el derecho de autonomía del paciente.

En este sentido se decantan las dos posturas doctrinales defensoras de la causación de un daño moral por omisión de la información y del consentimiento del paciente, las cuales consideran que, si en el marco teórico se admite de forma rotunda que dicho consentimiento constituye un elemento esencial de la *lex artis*, no puede vaciarse de contenido en un plano práctico. Por consiguiente, se debe aceptar que tal omisión del consentimiento causa un daño moral, si bien, como a continuación se expondrá, ambas posturas difieren en cuanto al reconocimiento del mismo.

Una parte de la doctrina considera que la mera ausencia de consentimiento es causa del daño moral, sin necesidad de que se haya producido otra clase de resultado lesivo. De este modo, la intervención médica puede resultar satisfactoria, si bien habrá responsabilidad por la conculcación del derecho de autonomía del paciente. Y, por otro lado, la doctrina mayoritaria aboga por condicionar la admisión del daño moral a la causación de un daño corporal al paciente.

1.3.1 El daño moral autónomo

En el marco de la responsabilidad médica derivada de la omisión o defecto del consentimiento informado se debe comenzar por analizar la posición de la doctrina que defiende que dicha carencia supone una lesión del derecho de autodeterminación del paciente, con independencia del resultado de la actuación médica.

En virtud de esta tesis, cuando el facultativo lleva a cabo una intervención médica sin estar legitimado por el consentimiento del paciente se produce una lesión del derecho

¹⁰⁶ STS (Sala 3ª) de 3/10/2000, (RJ/2000/7799), la cual continúa señalando que “como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril (RTC 1985, 53) , F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) (...)». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”.

de autonomía del mismo, por cuanto se le ha privado de la oportunidad de tomar una decisión acerca del sometimiento a dicha actuación.

Cabe apreciar, por tanto, que la fundamentación jurídica que se emplea a fin de defender tal postura doctrinal reside en la relevancia del consentimiento informado como mecanismo que ampara el derecho de autodeterminación del paciente y como elemento esencial de la *lex artis*.

En este sentido, la doctrina mantiene que el derecho a la dignidad del paciente, su libertad y autonomía en el ámbito sanitario son derechos primordiales en el ordenamiento jurídico. Dicha relevancia jurídica se recoge de modo indiscutible por la normativa nacional e internacional, por lo que resulta lógico relacionar la conducta que lesiona tales derechos con la causación de un daño, adquiriendo éste un carácter autónomo dentro del conjunto de los daños resarcibles¹⁰⁷.

De este modo, la mera omisión del consentimiento informado va a suponer una conculcación del derecho de autodeterminación del paciente, con independencia de que el resultado de la intervención médica sea satisfactorio, puesto que tal satisfacción sólo puede ser afirmada respecto de los daños corporales. Pese a que desde la óptica de la corrección técnica de la intervención no resulta posible realizar reproche alguno al facultativo, ello no obsta para afirmar que su actuación no resulta conforme a la *lex artis ad hoc*, al haber vulnerado un derecho del paciente¹⁰⁸.

En este sentido cabe traer a colación la reflexión de DOMÍNGUEZ LUELMO acerca de las dos vertientes por las que se puede analizar el consentimiento informado, es decir, que puede ser entendido tanto como un deber del médico como un derecho del paciente. Así, a tenor de lo expuesto, la posición doctrinal del daño moral autónomo aboga

¹⁰⁷ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 63.

¹⁰⁸ Esta teoría resulta concordante con la primacía que se le ha otorgado a la figura del consentimiento informado. Así, como se ha expuesto a lo largo del trabajo, esta figura supone el mecanismo conducente a amparar los derechos de los pacientes, a fin de evitar que se retroceda al anterior sistema paternalista. Ello conlleva que la doctrina haya prestado gran atención al contenido que debe tener la información y en especial a los riesgos, en aras de determinar las consecuencias que se derivan de la infracción del deber de informar y obtener el consentimiento informado. Por lo tanto, a tenor de esta tesis no resulta coherente realizar un profuso análisis sobre los deberes y derechos del médico y del paciente, tratando de solucionar la controversia jurídica que se desprende de la interpretación de la normativa, si en el momento en el que el facultativo lleva a cabo la intervención sin el previo consentimiento del paciente se niega la producción de un daño moral al mismo, requiriendo cuanto menos un daño corporal. No obstante, cabe señalar que ello puede conducir a un incremento de las reclamaciones en materia de responsabilidad médica y a un mayor empleo de la medicina defensiva por parte del equipo médico.

por considerar que el consentimiento es un derecho del paciente y como tal adquiere un carácter de autónomo en el caso en el que se vea vulnerado¹⁰⁹.

De este modo, se justifica que no se requiera la producción de ningún otro tipo de daño al usuario del servicio sanitario para declarar la responsabilidad médica puesto que la vulneración de los derechos del paciente ya constituye un daño, si bien no será de carácter patrimonial, dificultándose en este sentido su valoración económica. Dicho daño moral se produce, por tanto, sin atender al resultado de la operación, ya que la vía para su resarcimiento es la omisión del consentimiento informado, y ello permite que sea compatible con la indemnización de otro tipo de daños¹¹⁰.

Por su parte el Tribunal Supremo también ha dictado resoluciones judiciales en el sentido de declarar que la responsabilidad médica se deriva de la causación de un daño moral autónomo, si bien dichas sentencias no son mayoritarias, existiendo una línea jurisprudencial imperante basada en la causación de un daño moral pero que no puede ser autónomo.

Así, la primera resolución judicial del Tribunal Supremo en la que se aprecia la clasificación del perjuicio causado como un daño moral autónomo lo constituye la STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000, la cual indica en el fundamento de derecho quinto que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”¹¹¹.

¹⁰⁹ Como se ha indicado, este autor considera que el consentimiento informado se puede entender en un doble sentido, así, en el supuesto de que se trate de un deber se incorpora a la prestación sanitaria y, por tanto, sólo cabe establecer una indemnización si se ha provocado un daño. Sin embargo, en el caso de tratarse como un derecho del paciente la propia ausencia del mismo conllevaría la producción autónoma de un daño y la exigencia de responsabilidad por el mismo. Esta reflexión sirve de fundamento a las diferentes posiciones doctrinales, si bien no existe una unanimidad en cuanto a la definición del mismo siendo viables ambas vertientes. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. ob. cit. pág. 310.

¹¹⁰ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág.65.

¹¹¹ STS (Sala 3ª) de 4/04/2000, (RJ/2000/3258) FD5º. Esta sentencia resulta relevante puesto que faculta la posibilidad de reclamación de una indemnización con base exclusivamente en el daño moral causado por la omisión del deber de información al paciente. Así en dicho FD5º establece que “no cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta

De este modo, se aprecia cómo el Tribunal Supremo destaca en esta sentencia que la omisión del consentimiento del paciente no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la causación de un daño, por cuanto ha impedido a los demandantes valorar la necesidad de sometimiento a dicha intervención o, por el contrario, optar por otra alternativa médica.

Esta posición doctrinal se aprecia de forma indudable en la STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2011, en la que el Alto Tribunal declara la responsabilidad médica por falta de información, aún reconociendo que de la técnica empleada en la intervención no se deriva reproche alguno al facultativo. Así establece en el fundamento de derecho segundo que “la falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”¹¹².

Finalmente, se debe realizar una breve referencia al cálculo de la indemnización de la responsabilidad por daño moral autónomo, dada la patente complejidad que se deriva de la valoración del daño que causa la vulneración del derecho de autonomía del paciente. Como ya se ha señalado, el reconocimiento del carácter autónomo del daño moral faculta la reclamación de esta partida indemnizatoria con independencia de que se haya producido un resultado lesivo. Sin embargo, la cuantificación del dicho daño resulta sumamente difícil por cuanto se trata de un perjuicio extrapatrimonial, que afecta a la esfera íntima de la persona.

situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud”.

¹¹² STS (Sala 1ª) 323/2011, de 13/05/2011 (RJ/2011/3279) FD2º. En el mismo sentido destaca la STS (Sala 1ª) 828/2003, de 10/05/2003 (RJ/2003/6065) al establecer en el FD2º que “establecido, por tanto, que incumbía al facultativo haber probado, mediante el preceptivo documento, la existencia del consentimiento, (lo que no se hizo) resta fijar las consecuencias jurídicas de tal carencia. Inmediatamente se cae en la cuenta de que se ha incumplido un deber profesional impuesto por Ley. Su trascendencia, no obstante, ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico de cirujano, pues, consta acreditado que las tareas operatorias se desarrollaron, conforme a la «lex artis». En suma, lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico, es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.)”.

De nuevo debe hacerse referencia a la STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000, la cual se inspiró desde un principio en el baremo recogido en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor en aras de determinar la cuantía por la que se debía indemnizar al paciente.

Así, establece en el fundamento de derecho quinto que “en el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor (RCL 1995, 3046) , a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad”¹¹³. En definitiva, cabe reseñarse cómo el Alto Tribunal realiza la valoración del daño moral de carácter autónomo haciendo una equiparación con el citado baremo a fin de simplificar la controversia derivada de dicha determinación¹¹⁴.

1.3.2 El daño moral dependiente de un resultado lesivo

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia abogan por la causación de un daño moral derivado de la ausencia de información y del consentimiento informado del paciente, si bien, al contrario que en la anterior tesis, para esta posición se requiere que para poder resarcir los daños morales de la propia intervención médica se derive otro tipo de resultado¹¹⁵.

Para esta parte de la doctrina la admisión del daño moral como daño resarcible se deriva de la consideración del consentimiento informado como un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, que no puede ser omitido por el médico por cuanto ampara el derecho de autonomía del paciente, a fin de que sea éste y no el médico quien asuma el riesgo derivado de la misma. De este modo, cabe apreciar que el fundamento del deber de indemnizar al paciente por un daño moral es compartido tanto por aquella parte de la

¹¹³ STS (Sala 3ª) de 4/04/2000, (RJ/2000/3258) FD5º.

¹¹⁴ Se debe reseñar que la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor citada en la STS (Sala 3ª) de 4/04/2000 actualmente no se encuentra vigente, siendo de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. De este modo, la norma a la que se acude en caso de valoración de un daño es la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

¹¹⁵ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 351.

doctrina que defiende la consideración de este daño como de carácter autónomo, como por la doctrina que lo hace depender de otro tipo de daño.

Sin embargo, y puesto que, para los defensores de esta tesis imperante en la actualidad, la producción de un daño moral por omisión del consentimiento informado requiere necesariamente la causación de un daño corporal, resulta conveniente realizar un análisis más profundo de esta línea a fin de determinar la base jurídica que sirve de fundamento de la misma.

Esta posición doctrinal se detiene en el estudio de la relación de causalidad como presupuesto de la declaración de responsabilidad médica basada en la producción de un daño moral. Resulta destacable que al amparo de esta tesis se considera que no cabe en modo alguno estimar que la ausencia de consentimiento informado sea la causa del acaecimiento de los daños corporales, puesto que el mero hecho de que el médico no haya actuado legitimado por el paciente no conlleva la materialización de los riesgos de la intervención¹¹⁶.

Ello *a priori* puede suponer una asimilación con la posición doctrinal que aboga por declarar la inexistencia de daño derivada de tal ausencia de consentimiento, puesto que si dicha omisión no constituye la causa de los daños corporales producidos debería necesariamente declararse la absolución de la parte demandada.

No obstante, la doctrina concluye que la inexistencia de nexo causal entre la omisión de consentimiento y la materialización de los riesgos no excluye *per se* la posibilidad de indemnizar un daño distinto, como es el moral. Ello, por cuanto el consentimiento informado, como elemento esencial de la *lex artis ad hoc* no puede ser relegado en el marco de una intervención médica.

En definitiva, la conculcación del derecho de autodeterminación debe ser resarcido como daño moral, para lo cual se hace depender de un resultado lesivo derivado

¹¹⁶ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. págs. 59 y ss. A modo ejemplificativo destaca la STS (Sala1ª) 667/2002 de 2/07/2002 (RJ/2002/5514), al indicar en el fundamento de derecho sexto que “no se plantea un problema de si se da o no una «relación de causalidad» (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido”. Asimismo, a nivel autonómico, el TSJ de Navarra resuelve una demanda de responsabilidad médica desligando la falta de información del daño ocasionado. Concretamente el Tribunal establece en la STSJ Navarra 20/2002 de 6/09/2002, (RJ/2002/8991) FD2º que “la razón, que ha sido subrayada incidentalmente por alguna jurisprudencia [...] es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información. Sin que pueda imponerse una responsabilidad cuasi-objetiva por una defectuosa información, que es en esencia el incumplimiento de un deber formal o ritual del protocolo previo a la actuación médica”.

de la intervención. Si bien este último daño no podrá ser resarcido por cuanto no existe una relación de causalidad directa entre tal ausencia y el resultado lesivo. De este modo, la estimación de la demanda de responsabilidad incluirá exclusivamente una indemnización por los daños morales¹¹⁷.

Así, es apreciable que no se lleva a cabo una fundamentación exhaustiva que indique el motivo por el que el reconocimiento de la conculcación del derecho de autonomía del paciente, derivado de la no obtención de su consentimiento informado, requiere necesariamente un daño corporal derivado de la intervención. En este sentido, cabe considerar que de la negativa a admitir el daño moral autónomo subyace el intento de evitar una masiva reclamación de responsabilidad en el ámbito sanitario.

El condicionamiento en virtud del cual la producción del daño moral depende de un daño corporal implica que la realización de la intervención médica sin información previa, pero de forma satisfactoria, no va a dar lugar a indemnizar daño alguno. Así lo ha entendido SÁNCHEZ GONZÁLEZ al indicar que en el ámbito de la responsabilidad médica y en materia de consentimiento informado se mantiene vigente la regla por la que se debe responder de los daños que se hayan ocasionado. *Sensu contrario* debe entenderse que si el resultado final de la intervención médica es satisfactorio, al no producir un daño corporal al paciente, no cabrá reclamar responsabilidad alguna por la falta del consentimiento del paciente¹¹⁸.

Es reseñable que el consentimiento informado se configura como un deber del médico, por cuanto la prestación del servicio sanitario no se limita al propio acto de la intervención médica, sino que incluye además la obligación de proporcionar al paciente la información adecuada en términos comprensibles que le faculte para tomar una decisión. DOMÍNGUEZ LUELMO refrenda lo expuesto apostillando que la consideración del consentimiento como un deber significa que éste se incluye dentro de la actividad médica, por lo que sólo cabrá exigir responsabilidad si efectivamente se ha producido un daño. Por lo tanto, la declaración de responsabilidad por daños morales depende de la causación de otros daños al paciente.

¹¹⁷ CADENAS OSUNA, D. ob. cit. pág. 351.

¹¹⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MP. *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 2002, págs. 162 a 164.

Este posicionamiento se desprende, a su vez, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudiendo encontrar diversas resoluciones en la que se estima la demanda condenando a la indemnización de los daños morales, si bien dependientes de un resultado lesivo. Así destaca la STS (Sala 3ª) de 4 de diciembre de 2009, en cuyo fundamento de derecho noveno establece que “cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que aún cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria”¹¹⁹.

No obstante, esta postura doctrinal que exige que la responsabilidad por daño moral dependa de un perjuicio corporal ha sido objeto de discrepancia por diversos autores debiendo destacar a ASÚA GONZÁLEZ quien señala que la negativa a indemnizar los daños morales, basados en la lesión del derecho de autonomía del paciente, si no se ha producido algún otro resultado lesivo carece de toda lógica. Ello por cuanto el mero hecho de reconocer la figura del consentimiento informado como un elemento integrante de la *lex artis ad hoc* conlleva necesariamente la aseveración de que se ha ocasionado un daño basado en la conculcación del derecho de autodeterminación del paciente, con independencia de que el resultado de la intervención haya sido positivo¹²⁰.

En este punto, es destacable que un acto negativo como es la omisión no puede suponer una causa material del resultado lesivo, “por ser en sí mismo incapaz de generar efectos”¹²¹. No obstante, como indica ARCOS VIEIRA, centrarse en la literalidad de los términos empleados conduciría necesariamente a la absolución de la parte demandada al no existir relación de causalidad respecto de los daños corporales. De este modo, la doctrina que defiende el resarcimiento del daño moral dependiente de un resultado lesivo admite la causalidad respecto de otro tipo de daños a fin de evitar un fallo no condenatorio y de impedir que los derechos de los pacientes se vean relegados en el marco de la

¹¹⁹ STS (Sala 3ª) de 4/12/2009, (RJ/2009/8152) FD9º. Tal aseveración se aprecia, a su vez, en la STS (Sala 3ª) de 20/04/2007, (RJ/2007/4294) al establecer en el FD4º que “esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la “*lex artis*” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”. En el mismo sentido resuelve la STS (Sala 3ª) de 23/03/2011 (RJ/2011/2512) FD5º, la cual recopila diversas sentencias del Alto Tribunal a fin de señalar la supeditación del daño moral al resultado lesivo.

¹²⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. ob. cit. págs. 159 a 160.

¹²¹ ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. pág. 62.

asistencia sanitaria, si bien aboga por una modulación de la indemnización a la que se condene en una resolución estimatoria de responsabilidad médica¹²².

1.3.2.1 Criterios determinantes de la cuantía indemnizatoria

Finalmente, en relación con el *quantum* indemnizatorio debe reseñarse que esta posición doctrinal aboga por indemnizar exclusivamente los daños morales derivados de la falta de consentimiento informado, puesto que no existe virtualidad causal respecto de los daños corporales. Así, de admitirse el resarcimiento de aquellos otros daños respecto de los cuales no existe una relación de causalidad con la ausencia de consentimiento informado, se estaría encubriendo la figura de los daños punitivos, ya que la indemnización adquiriría un carácter sancionador¹²³.

En este sentido, cabe destacar la STS (Sala 3ª) de 24 de abril de 2018 al establecer en el FD5º que “ahora bien, a los efectos de indemnización, esa misma jurisprudencia se ha cuidado de señalar que en tales supuestos, no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la “lex artis”[...]. Porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral que se haya ocasionado”¹²⁴.

Aún con todo, la determinación del *quantum* indemnizatorio resulta sumamente compleja al tratarse de daños extrapatrimoniales, por lo que el Tribunal Supremo ha debido acudir en cada caso a criterios orientativos que le faculden la concreción de la suma final. En este sentido, destaca la STS (Sala 3ª) de 4 de diciembre de 2009 al indicar en el FD9º algunos criterios que deben valorarse a fin de determinar la cuantía de la indemnización por daños morales.

Así, establece que “llegados a este punto, resta determinar la cifra indemnizatoria por la privación del derecho de autodeterminación. Y al respecto, en atención a las secuelas, en gran medida superadas; porcentaje de riesgo de las mismas; alternativas

¹²² ARCOS VIEIRA, M.L. ob. cit. págs. 62 a 63.

¹²³ ASÚA GONZÁLEZ, C. “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, LF. Y BUSTO LAGO, JM (Coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª Ed., Navarra, 2014, págs. 382 a 383.

¹²⁴ STS (Sala 3ª) de 24/04/2018, (RJ/2018/1835) FD5º.

posibles; mayor éxito de curación con la intervención realizada y edad del recurrente (56 años), se entiende razonable al día de la fecha, esto es, actualizada, la de 30.000 euros”¹²⁵.

En el mismo sentido GALÁN CORTÉS aboga por atender a diferentes criterios que permitan establecer la cuantía indemnizatoria, sin que pueda decretarse un resarcimiento respecto de la totalidad del daño asemejando dicha indemnización a la responsabilidad por incorrección técnica del médico. A estos efectos, considera como factor más relevante la probabilidad de que el paciente no se hubiera sometido a la intervención de haber conocido la información. Asimismo, acude a otra clase de criterios como son la necesidad de la intervención, las circunstancias personales del paciente o la entidad del riesgo que finalmente se ha materializado¹²⁶.

¹²⁵ STS (Sala 3ª), de 4/12/2009, (RJ/2009/8152) FD9º. Asimismo, resulta relevante la STS (Sala 1ª) 828/2003 de 8/09/2003, (RJ/2003/6065) en cuyo FD3º se indica que “la acogida de los motivos, en la forma que se ha indicado, comporta, de un lado, que se rechaza la tesis de la Sentencia de instancia que no atribuye consecuencias a la falta de información, dado que la enfermedad de la paciente «no presentaba otra alternativa», pues se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan «consentimiento informado»; de otro lado, que la indemnización que se establezca como sanción civil por incumplimiento exclusivamente del estricto deber de información previa y consentimiento subsiguiente, no se relacione, por inadecuación jurídica del nexo causal, con los costes y gastos de una segunda intervención quirúrgica correctora, practicada en el extranjero. Asumido, por tanto, que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la primera intervención, no pueda imputarse a mal arte del cirujano, sólo debe ponderarse el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían”.

¹²⁶ GALÁN CORTÉS, J.C. ob. cit. págs. 231 a 238.

IV. CONCLUSIONES

El consentimiento informado, como elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, debe ser otorgado por el paciente de forma libre y con base en una previa información. La voluntariedad en la prestación del consentimiento ha sido admitida por la doctrina, si bien tal afirmación se difumina desde una perspectiva meramente práctica, como se aprecia en la distinción entre medicina curativa y satisfactiva.

Respecto a la información que debe ser comunicada al paciente se exige no sólo que se comunique con tiempo suficiente para que éste valore su sometimiento a la concreta intervención, sino que ha de tratarse de una información adecuada. Así, el Tribunal Supremo señala que no debe proporcionarse una información exhaustiva en aras de evitar mayor confusión al paciente. Destaca la inseguridad jurídica que se desprende de dicho término por cuanto no permite determinar el contenido que debe tener la información relativa a la actuación médica. En este sentido, la LBAP adolece de cierta parquedad lo que conduce a una necesaria interpretación jurisprudencial de la misma, resultando de especial interés la controversia surgida en torno a los riesgos.

En la práctica se aplica la distinción, de origen doctrinal, entre riesgos típicos, entendidos como inherentes a la actuación médica y riesgos atípicos, los cuales no guardan relación con tal intervención. La LBAP no recoge dicha clasificación por ser anterior a su entrada en vigor, lo que justifica que la doctrina no haya profundizado en el análisis del art. 10.1 b) y c) del mismo cuerpo legal. Aún con todo, a fin de adecuar las resoluciones judiciales con la normativa actual, se ha tendido a la equiparación de los riesgos probables en condiciones normales o directamente relacionados con la intervención con los riesgos típicos. Finalmente, es destacable la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo en virtud de la cual la frecuencia con la que se materializa un riesgo resulta irrelevante a la hora de comunicarlo al paciente.

La determinación de los diferentes riesgos que deben ser trasladados al usuario del servicio sanitario adquiere relevancia en función del tipo de medicina en que se incardine la concreta intervención médica. Es ampliamente admitido que en la medicina satisfactiva el grado de información debe ser mayor que en la medicina curativa, si bien debe reseñarse que tal distinción no viene establecida legalmente.

Un segundo aspecto problemático en el marco de la responsabilidad médica reside en determinar si la omisión del consentimiento informado causa un daño resarcible y, en caso afirmativo, el tipo de daño ocasionado, para lo cual existen diferentes posiciones doctrinales.

Así, una parte de la doctrina defiende que tal falta de consentimiento no da lugar a daño alguno y, por ende, no cabe declarar la responsabilidad médica. Si bien, en el otro extremo se encuentra la posición doctrinal que entiende que por medio de la imputación objetiva cabe declarar la responsabilidad médica por los daños corporales que se hayan derivado de la intervención, aún técnicamente correcta.

Finalmente, debe hacerse alusión a las posturas doctrinales que consideran que la omisión del consentimiento del paciente da lugar a un daño moral resarcible, en tanto en cuanto el derecho de autonomía del paciente se ve conculcado cuando el facultativo realiza la intervención sin estar legitimado por aquél.

En este punto la doctrina no mantiene unanimidad en cuanto a la necesidad o no de condicionar la indemnidad de dicho daño. Una parte minoritaria de la doctrina aboga por declarar el carácter autónomo del daño moral al entender que la mera ausencia de consentimiento supone *per se* un daño moral por lesión del derecho de autonomía. Si bien la postura doctrinal imperante defiende que el resarcimiento del daño moral depende de que haya un resultado lesivo derivado de la actuación médica, por lo que, *sensu contrario*, no cabrá declarar la responsabilidad médica cuando la intervención sea satisfactoria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARCOS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed, Navarra, 2007.
- ARBESÚ GONZÁLEZ, V. *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Dykinson, 1ª Ed., Madrid, 2016.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, págs. 147 a 161.
- “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, LF. Y BUSTO LAGO, JM (Coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª Ed., Navarra, 2014, págs. 331 a 430.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en LLAMAS POMBO, E (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 1ª Ed., Madrid, 2006, págs. 175 a 198.
- CADENAS OSUNA, D. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª Ed., Madrid, 2018.
- “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, en *InDret, Revista para el Análisis Jurídico*, núm. 4, 2016, págs. 1 a 47.
- CASADO ANDRÉS, B. “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, págs. 399 a 424.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “Consentimiento informado: reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm.3, 2003, págs. 1 a 49.
- DE ASÍS SANZ GANDASEGUI, F. “La responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria”, en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Dir.)

Manual sobre responsabilidad sanitaria, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2009.

DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P. “El consentimiento informado”, en RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M.D. (Dir.), *Derecho y Medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2009, págs. 406 a 436.

DE PABLO CONTRERAS, P. “Requisitos del contrato” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.) *Teoría general de la Obligación y el Contrato*, Edisofer, 5ª Ed., Madrid, 2018.

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.

GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado*. Civitas, 1ª Ed., Navarra, 2001.

-Responsabilidad civil médica. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª Ed., Navarra, 2011.

GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. José María Bosch, 1ª Ed., Barcelona, 1990.

GÓMEZ RUFÍAN, L. “Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32, 2015, págs. 182 a 215.

GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. “Información y Documentación Clínica. Documento Final del Grupo de Expertos, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 3, 1998, págs. 361-377.

GUERRERO ZAPLANA, J. “Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento”, en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 158, 2014, págs. 163 a 182.

HERRERA MORENO, J.I. “Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico”, en *Derecho y Vida*, núm. 77, 2008, pág. 2.

- HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. “El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización”, tesis dirigida por DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. leída en Universidad Autónoma de Madrid, 2017, <https://repositorio.uam.es/handle/10486/679768>.
- LLAMAS POMBO, E. *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*. La Ley, 1ª Ed., Madrid, 2014.
- *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Editorial Trivium, 1ªEd., Madrid, 1988, págs. 161 a 163.
- MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, en Gabilex: *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 2015, págs. 7 a 34.
- PARRA SEPÚLVEDA, D. “La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa” tesis dirigida por SANTOS MORÓN, MJ., leída en Universidad Carlos III de Madrid, 2014, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “El consentimiento informado como derecho humano y fundamental”, en ALENZA GARCÍA J.F. Y ARCOS VIEIRA, M.L. (Dir.), *Nuevas perspectivas Jurídico- Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ªEd., Navarra, 2013, págs. 387 a 406.
- REYNAL REILLO, E. *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2017.
- SÁNCHEZ – CARO, J.; ABELLÁN, F. *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*. Editorial Comares, 1ª Ed., Granada, 2003.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y praxis médica”, en TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dir.) *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed., Navarra, 2015, págs. 89 a 105.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MP. *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 2002.

- SANTOS MORÓN, M. J. “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2018, págs. 1 a 57.
- SIMÓN LORDA, P. *El consentimiento informado*. Triacastela, 1ª Ed., Madrid, 2000, págs. 246 a 247.
- ROMEO CASABONA, C. “Problemas prácticos del consentimiento informado”, en *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 5, 2002, págs. 1 a 201.
- VÁZQUEZ BARROS, S. *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch, 1ª Ed., Valencia, 2009.

JURISPRUDENCIA CITADA

STC 37/2011, de 28/03/2011 (RTC/2011/37)

STC 120/1990, de 27/06/1990 (RTC/1990/120)

STS (Sala 3ª) 1084/2018, de 26/06/2018 (RJ/2018/3942)

STS (Sala 3ª) de 24/04/2018 (RJ/2018/1835)

STS (Sala 3ª) 418/2018 de 15/03/2018 (RJ/2018/1507)

STS (Sala 3ª) 231/2018 de 15/02/2018 (RJ/2018/585)

STS (Sala 1ª) 698/2016, de 24/11/2016 (RJ/2016/5649)

STS (Sala 1ª) 250/2016, de 13/04/2016 (RJ/2016/1495)

STS (Sala 1ª) 240/2016, de 12/04/2016 (RJ/2016/1334)

STS (Sala 1ª) 1427/2016, de 8/04/2016 (ECLI: ES:TS:2016:1427)

STS (Sala 1ª) 206/2015, de 3/02/2015 (ECLI: ES:TS:2015:206)

STS (Sala 1ª) 226/2014, de 9/05/2014 (RJ/2014/2716)

STS (Sala 1ª) 230/2014, de 7/05/2014 (RJ/2014/2477)

STS (Sala 1ª) 1639/2016, de 13/04/2013 (ECLI: ES:TS:2016:1639)

STS (Sala 1ª) 199/2013, de 11/04/2013 (RJ/2013/3384)

STS (Sala 3ª) de 21/12/2012 (RJ/2013/1165)

STS (Sala 3ª) de 9/10/2012 (RJ/2012/10199)

STS (Sala 3ª) de 19/09/2012 (RJ/2012/9194)

STS (Sala 3ª) de 30/01/2012 (RJ/2012/3238)

STS (Sala 3ª) de 2/01/2012 (RJ/2012/1)

STS (Sala 3ª) 8078/2011 de 7/12/2011, (ECLI: ES:TS:2011:8078)

STS (Sala 1ª) 323/2011 de 13/05/2011, (RJ/2011/3279)

STS (Sala 3ª) de 23/03/2011 (RJ/2011/2512)

STS (Sala 3ª) de 4/12/2009, (RJ/2009/8152)

STS (Sala 1ª) de 20/11/2009 (RJ/2010/138)

STS (Sala 3ª) de 22/10/2009, (RJ/2009/7632)

STS (Sala 1ª) 674/2009, de 13/10/2009 (RJ/2009/5564)

STS (Sala 1ª) 478/2009, de 30/06/2009 (RJ/2009/4323)

STS (Sala 1ª) 2/2009, de 21/01/2009 (RJ/2009/1481)

STS (Sala 1ª) 943/2008, de 23/10/2008 (RJ/2008/5789)

STS (Sala 3ª) de 20/04/2007 (RJ/2007/4294)

STS (Sala 1ª) 421/2007, de 17/04/2007 (RJ/2007/3541)

STS (Sala 3ª) de 21/12/2006, (RJ/2006/9567)

STS (Sala 1ª) 1367/2006 de 21/12/2006 (RJ/2007/396)

STS (Sala 1ª) 1132/2006, de 15/11/2006 (RJ/2006/8059)

STS (Sala 1ª) 993/2006 de 4/10/2006 (RJ/2006/6428)

STS (Sala 3ª) de 4/04/2006 (RJ/2006/2198)

STS (Sala 1ª) 758/2005, de 21/10/2005 (RJ/2005/8547)

STS (Sala 3ª) de 18/01/ 2005 (RJ/2005/995)

STS (Sala 3ª) de 14/10/2003 (RJ /2003/8236)

STS (Sala 1ª) 828/2003, de 8/09/2003 (RJ/2003/6065)

STS (Sala 1ª) 511/1997, de 29/05/2003 (RJ/2003/3916)

STS (Sala 1ª) 828/2003, de 10/05/2003 (RJ/2003/6065)

STS (Sala 3ª) de 20/01/2003 (RJ/2003/672)

STS (Sala 3ª) de 14/10/2002 (RJ/2003/359)

STS (Sala 1ª) 667/2002, de 2/07/2002 (RJ/2002/5514)

STS (Sala 1ª) 465/2001, de 14/05/2001 (RJ/2001/6204)

STS (Sala 1ª) 139/2001, de 22/02/2001 (RJ/2001/2242)

STS (Sala 1ª) 3/2001, de 12/01/2001 (RJ/2001/3)

STS (Sala 3ª) de 3/10/2000 (RJ/2000/8616)

STS (Sala 3ª), de 3/10/2000 (RJ/2000/7799)

STS (Sala 1ª) 849/2000, de 26/09/2000 (RJ/2000/8126)

STS (Sala 3ª) de 4/04/2000 (RJ/2000/3258)

STS (Sala 1ª) 462/1998, de 22/05/1999 (RJ/1998/3991)

STS (Sala 1ª) 1207/1998, de 28/12/1998 (RJ/1998/10164)

STS (Sala 1ª) 83/1997, de 11/02/1997 (RJ/1997/940)

STS (Sala 3ª) de 22/04/1994 (RJ/1994/2722)

STS (Sala 1ª) de 6/07/1990 (RJ/1990/5780)

STSJ Navarra 20/2002, de 6/09/2002 (RJ/2002/8991)

STSJ Navarra 22/2001, de 27/10/2001 (RJ/2002/1079)