

SECÇÃO 1.^a — FUNDAMENTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO

CONSTITUCIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO: ESPAÑA Reflexiones sobre el fundamento constitucional del consentimiento informado en España a la luz de la STC 37/2011, de 28 de marzo ¹

Carolina Pereira Sáez ²

Resumen: El presente trabajo analiza distintas maneras de entender el fundamento del consentimiento informado y sus consecuencias. Se toma como referencia la sentencia del Tribunal Constitucional español 37/2011, que lo fundamenta en el derecho a la integridad física y moral, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tras analizar los principales argumentos se concluye que la razón de ser del consentimiento informado no se reduce a una cuestión de respeto a la autonomía personal.

Palabras clave: Autonomía, consentimiento informado, Constitución, derechos fundamentales, integridad física, respeto.

Abstract: This paper deals with the different ways of understanding the legal foundations of informed consent and their consequences. The main reference is the Spanish Constitutional Court judgment 37/2011, stating that informed consent is legally based on the right to physical and moral integrity, according to the European Human Rights Court case-law. Finally, it is concluded that the rationale of informed consent cannot be reduced to a question of respect for personal autonomy.

Keywords: Autonomy, basic rights, Constitution, informed consent, physical integrity, respect.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre el fundamento constitucional del consentimiento informado en España teniendo en cuenta los argumentos recogidos en la STC 37/2011, de 28 de marzo, que reflejan una tendencia clara en la jurisprudencia tanto de este Tribunal como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entender que el consentimiento informado es expresión

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “Principialismo y teoría de la argumentación en la toma de decisiones biomédicas” (DER 2010-17357/JURI) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y de una ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia para Grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/283), financiada por la Xunta de Galicia. Agradezco a José Antonio Seoane sus comentarios. La responsabilidad por los errores es sólo mía.

² Universidade da Coruña, España.

del derecho a la integridad física y moral. Aunque el TEDH no es un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al Tribunal Constitucional español, en el ámbito relativo a los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³ sus sentencias serán eficaces en España incluso frente a sentencias del Tribunal Constitucional. Por otro lado este Tribunal ha declarado repetidamente que, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución⁴, la doctrina emanada del TEDH debe servir de criterio interpretativo de la misma⁵; lo recuerda, en particular, en la sentencia estudiada en este trabajo⁶. Por tanto, van a ser tenidas en cuenta también algunas de las sentencias del TEDH relativas al consentimiento informado más significativas.

Ha de aclararse antes de nada que nos vamos a referir principalmente al consentimiento informado en el ámbito del tratamiento médico, no de la investigación. La razón principal es que no hay entre uno y otro, a mi juicio, diferencias esenciales por lo que se refiere a su fundamento —que es de lo que se va a tratar aquí—, aunque sí las haya en la frecuencia y la gravedad de sus abusos, entre otras cosas por el mayor riesgo de instrumentalización del ser humano en el ámbito de la investigación. Por otro lado, históricamente la práctica de la medicina y la investigación han estado estrechamente relacionadas, e incluso podría entenderse que toda decisión médica tiene algo de experimentación⁷. Así pues, entendemos que lo que se propone en este trabajo respecto del consentimiento informado en el ámbito del tratamiento médico podría aplicarse en sus aspectos básicos al consentimiento informado en el ámbito de la investigación.

Pues bien, la argumentación del Tribunal Constitucional español en la STC 37/2011 fundamenta el consentimiento informado exclusivamente en el art. 15⁸ de la Constitución, que recoge el derecho a la vida y a la integridad

³ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950).

⁴ Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución establece se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁵ Ver, entre otras muchas la STC 114/1984, F. J. 3, donde el Tribunal hace alusión, refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH, a la “vía interpretativa impuesta por el art. 10.2”.

⁶ Ver STC 37/2011, F. J. 4.

⁷ Ver Herranz Rodríguez, Gonzalo, «Some Christian Contributions to the Ethics of Biomedical Research. A Historical Perspective» en Sgreccia, Elio y de Dios Vial Correa, Juan (eds.), *Ethics of Biomedical Research in a Christian Vision: Proceedings of the Ninth Assembly of the Pontifical Academy for life: Vatican City, 24-26 February 2003*, Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004, p. 81 y ss., p. 82-83 (www.academiavita.org/_pdf/assemblies/09/ethics_of_biomedical_research_in_a_christian_vision.pdf) consultada el 27-09-2013. Ver también Mazur, Grzegorz, *Informed Consent, Proxy Consent, and Catholic Bioethics. For the Good of the Subject*, Dordrecht: Springer, 2012, p. 1.

⁸ “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

física y moral, y lo separa del art. 17⁹, que protege la libertad y que había sido alegado por el recurrente al lado del art. 15. Este fundamento supone que el consentimiento informado es no tanto una expresión positiva de un derecho de autodeterminación, como suele entenderse, sino más bien un límite, negativo, que prohíbe toda injerencia en el cuerpo de una persona contra su voluntad, y que deriva de la dignidad e inviolabilidad de la persona, más que de su autonomía.

Esta diferencia, que podría parecer pequeña refleja en realidad una noción distinta no sólo de la razón de ser del consentimiento informado sino incluso del propio ser humano, así como de la actitud debida ante él y por tanto de la bioética. En este trabajo se propone que el consentimiento informado es una exigencia del respeto a la persona en su corporeidad (siempre digna de respeto), más que a su decisión autónoma (que no siempre nos merecerá la misma valoración —incluso aunque no perjudique a un tercero, como ocurriría en el pacto voluntario de esclavitud). Así, la razón de ser última del consentimiento informado sería el reconocimiento de que el cuerpo humano no es un objeto, tampoco algo que pertenece a la persona, sino que es la persona misma¹⁰; por eso es merecedor de tal respeto. Como afirma Freedman, el derecho al consentimiento informado “se origina en el derecho que cada uno de nosotros posee a ser tratado como una persona, y en el deber que todos nosotros tenemos de tener respeto por las personas, de tratar a una persona como tal, y no como un objeto”¹¹.

El riesgo de cosificación del cuerpo humano es especialmente frecuente hoy¹², como no es difícil constatar: basta considerar las posibilidades de manipulación genética o las propuestas de compraventa de órganos. Esta cosificación implica un desprecio hacia el cuerpo humano que se debe en parte a la influencia del idealismo post-cartesiano, pero también y en gran

⁹ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

¹⁰ Sobre esto puede verse Ballesteros, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 154 y ss. y autores allí citados.

¹¹ Ver Freedman, Benjamin, «A Moral Theory of Informed Consent», *The Hastings Center Report*, vol. 5, n.º 4, 1975, p. 32 y ss., p. 32.

¹² En relación con esto puede verse, por ejemplo, Lee, Patrick y George, Robert P., *Body-Self Dualism in Contemporary Ethics and Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, *passim*.

medida al valor otorgado a las ciencias experimentales¹³, que reducen al hombre a un objeto de estudio científico más. Al fin y al cabo el pensamiento tecnomórfico impide tratar con personas, con seres humanos integrales, porque no puede tener en cuenta toda la dimensión de la persona. Por tanto, la exigencia de respeto al ser humano en su corporeidad sería especialmente relevante para la bioética de hoy.

Pues bien, tal exigencia de respeto a la integridad corporal, amparada por el derecho a la vida y a la integridad física y moral, deriva de la dignidad humana, que excluye particularmente la referida cosificación¹⁴ y que —a pesar de las propuestas post-kantianas— no radica en la actualización de la autonomía¹⁵ ni ha de ser sustituida por ésta, como propone Pinker¹⁶. Por otro lado, la interpretación del consentimiento informado y de su fundamento que se propone aquí a partir de la STC 37/2011 resulta acorde, en mi opinión, con la localización de la dignidad en la Constitución española, no como uno más entre los derechos sino como un fundamento¹⁷. Resulta acorde también con la referencia que hace la jurisprudencia del TEDH a la dignidad¹⁸, y explicaría,

¹³ Según Spaemann, la dignidad del hombre es amenazada hoy de manera fundamental por la reducción del hombre a un objeto de la investigación, traída por la objetivización científica (ver Spaemann, Robert, «Sobre el concepto de dignidad humana», en Massini Correas, Carlos I. y Serna Bermúdez, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona: Eunsa, 1998, p. 81 y ss., p. 105-106).

¹⁴ No es fácil determinar el significado de la dignidad humana; aquí es suficiente reconocer la cosificación como uno de los comportamientos que excluye (ver Serna Bermúdez, Pedro, «La dignidad humana en la Constitución Europea» *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 52, 2005, p. 13 y ss., p. 42 y ss).

¹⁵ La dignidad humana y la exigencia de respeto que conlleva no puede justificarse sólo en las propiedades que puedan descubrirse en el ser humano, que pueden ser indicios de la dignidad, pero no su causa. Entre otras cosas, eso explicaría la superioridad de la especie humana respecto del resto de las criaturas visiblemente inferiores, pero no necesariamente la dignidad de cada ser humano ni su carácter inamisible (ver Spaemann (nota 13), p. 91-92). Habermas hace hincapié en la dimensión relacional de la dignidad: «la «dignidad humana» en estricto sentido moral y legal está ligada a esta simetría de las relaciones. No es una propiedad que se «posea» por naturaleza como la inteligencia o los ojos azules, sino que, más bien, destaca aquella «inviolabilidad» que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas» (Habermas, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona: Paidós, 2003, p. 50-51).

¹⁶ Para Pinker la autonomía ha de sustituir a la dignidad, porque cubre todas las exigencias de respeto «razonables» y evita sus inconvenientes: el único criterio relevante es tratar a cada uno como quiere ser tratado (ver Pinker, Steven, «The Stupidity of Dignity», *The New Republic*, 28 de mayo de 2008, p. 28 (<http://pinker.wjh.harvard.edu/articles/media/The%20Stupidity%20of%20Dignity.htm>) consultado el 27-09-2013). En realidad, la insistencia en la dignidad sólo como autonomía no se separa mucho de esta postura.

¹⁷ Ver art. 10.1 CE. La Constitución no la trata como uno de los derechos, los cuales empiezan en el 15 (en realidad, en el 14, ya protegido por el recurso de amparo), sino como un fundamento no sólo de los derechos sino más aún, del orden político entero y del orden social. Es cierto que la enumeración que hace el art. 10.1 incluye los derechos inherentes de la persona a continuación de la dignidad, pero esto no significa que entienda que dignidad y derechos ocupan el mismo nivel de fundamentación: también incluye el respeto a la ley, claramente distinto de la dignidad y de los derechos, consistente en un comportamiento y posterior en el nivel de fundamentación, ya que la legitimidad de la ley se apoya en la Constitución.

¹⁸ Ver STEDH 2011\95, de 8 de noviembre, ap. 105.

por ejemplo, la redacción del art. 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina¹⁹.

Ha de tenerse en cuenta que no se trata en este trabajo de disminuir la importancia de la libertad propia de la condición humana ni de la exigencia ética y jurídica de respetarla. De hecho es hoy frecuente que el enfoque del Derecho en el ámbito más íntimo de la persona, donde interviene para garantizar libertades sexuales, reproductivas, etc., vaya acompañado de la reducción de las libertades civiles y políticas clásicas: participación política, expresión, asociación e incluso la libertad física frente a detenciones arbitrarias o prolongadas. Hay que decir que la *War on Terror* desde 2001 y la crisis económica desde unos años después están contribuyendo a esta pérdida de libertades, y explican desde el aumento de la vigilancia y el control a los ciudadanos por los poderes públicos hasta, por ejemplo en España, la pérdida de autonomía por parte de las universidades, justificada en la necesidad de ahorrar. Así pues, no se trata aquí de negar la importancia del respeto a la libertad; más bien se entiende que no es, si lo analizamos con precisión, lo que está en juego en el tema que nos ocupa.

La comprensión del consentimiento informado propuesta a raíz de la argumentación del Tribunal Constitucional español tiene ventajas importantes. Quizá la más clara es que se separa de la confusión del respeto a la persona con el ejercicio por parte de ésta de un derecho de autodeterminación, así como de la comprensión de la bioética como simple recepción del principio de autonomía en el ámbito de la medicina²⁰. Ante esta reducción se podría alegar, entre otras cosas, que incluso el Principialismo²¹, a pesar de la primacía que da en la práctica al principio de autonomía, afirma una y otra vez en las sucesivas ediciones de *Principles of Biomedical Ethics* la igualdad entre sus principios de beneficencia, no maleficiencia, autonomía y justicia²².

¹⁹ *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*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999 (BOE de 20 de octubre de 1999). Art. 1: "Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio".

²⁰ Para Simón Lorda, por ejemplo, "la bioética es precisamente el aterrizaje de la idea de autonomía moral en el mundo de la medicina" (Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia teoría y práctica*, Madrid: Triacastela, 2000, p. 83); no es el único autor que prioriza la autonomía. Para una visión crítica de la prioridad de la autonomía en bioética puede verse Foster, Charles, *Choosing Life, Choosing Death. The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Portland: Hart Publishing, 2009, *passim*.

²¹ El Principialismo es la escuela norteamericana de bioética más influyente hoy en día, no sólo en los Estados Unidos sino en todo el mundo. Su obra más significativa es Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York: Oxford University Press; la 1.ª ed. es de 1979, la 7.ª y última de 2013.

²² Puede verse, entre otros muchos — porque la crítica de la primacía de la autonomía es ya un lugar común en la literatura en torno al principialismo — Holm, Søren, «Not just autonomy — the principles of American biomedical ethics», *Journal of Medical Ethics* 21, 1995, p. 332-338,

Otra ventaja es que se acomoda mejor al significado jurídico real del consentimiento informado, que permite autorizar o no una intervención en el propio cuerpo, más que decidir qué se ha de hacer con él. Como escribe Freedman, el derecho al consentimiento informado no conlleva el derecho a ser tratado o a que se experimente con uno ²³. Es en este sentido negativo como lo emplea habitualmente la jurisprudencia, tanto la sentencia objeto de análisis en este trabajo como, por ejemplo, las sentencias norteamericanas clásicas en esta materia, donde encontramos argumentos de este tipo: el “derecho a uno mismo” (*right to himself*) prohíbe al médico violar la integridad corporal sin permiso ²⁴. Incluso en la famosa intervención del juez Cardozo en el caso *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* (1914), en la que afirma el derecho de cada uno a determinar qué se ha de hacer con el propio cuerpo — afirmación frecuentemente entendida como la consagración del derecho del paciente a la autodeterminación —, se establece a continuación como consecuencia que el cirujano que realice una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión ²⁵. Por tanto, a lo que faculta ese derecho de autodeterminación es, específicamente, rechazar una intervención no querida en el propio cuerpo, no exigir que se ponga por obra la decisión autónoma sobre qué ha de hacerse con él.

Por último, la importancia práctica de la diferencia entre entender que el consentimiento informado protege la integridad corporal, como exigencia de la dignidad humana, o la decisión autónoma, como exigencia del respeto a la autonomía, resulta esencial si tenemos en cuenta que la autonomía puede verse mermada o desaparecer, la dignidad no. Esta diferencia es por tanto especialmente importante para el estudio de los criterios del consentimiento por representación, pero tal estudio excede el objeto de este trabajo.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO AUTODETERMINACIÓN

En el ámbito doctrinal español, muchas veces por influencia de autores norteamericanos, es relativamente frecuente entender el consentimiento informado como expresión o ejercicio de la autodeterminación del paciente; esto es, como una manifestación más de la capacidad de decidir sobre la propia vida. Tal comprensión suele ir acompañada de la idea de que el consentimiento informado es un invento norteamericano de las décadas de los 50 y 60 del siglo pasado²⁶ — y, podríamos añadir, parece que cualquier país avanzado

passim. Ver también Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, p. 101 y 141.

²³ Ver Freedman (nota 11), p. 32.

²⁴ Ver caso *Pratt v. Davis*, 118 Ill. App. 161 (1905), *aff'd* 224 Ill. 300, 79 N.E. 562 (1906) y caso *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N. W. 12 (1905).

²⁵ Ver *Caso Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N. Y. 125, 105 N. E. 92 (1914).

²⁶ Por ejemplo, para Jay Katz: Katz, Jay, *Experimentation with Human Beings*, Nueva York: Russell Sage Foundation, 1972, *passim* y Katz, Jay, *The Silent World of Doctor and Patient*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2002, *passim*. También es así para Faden y

que se precie ha de importarlo. El Principialismo, la escuela de bioética más influyente hoy, sostiene que el consentimiento informado es sencillamente un mecanismo para proteger la elección autónoma²⁷. Lo fundamenta, pues, en una autonomía entendida como auto-gobierno, de impronta post-kantiana, a partir de la noción de la constitución de la voluntad por la cual ésta es ley para sí misma²⁸. Para esta comprensión de la autonomía y en la medida en que se rechace, como hace el Principialismo, la posibilidad de conocer racionalmente un bien objetivo, el hombre habrá de configurar el bien, más que adherirse a él.

Sin embargo, que la versión principialista del consentimiento informado sea la más difundida no implica que sea la original: las sentencias norteamericanas más citadas por estos autores que se refieren a la necesidad del consentimiento informado para que la intervención médica sea legítima entienden que la intervención no consentida constituye negligencia, o bien una agresión (*battery* o *assault*) dado que supone un *non consensual touching*²⁹. Sin embargo, no hacen referencia a la *privacy* amparada en el debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de su Constitución, que excluye interferencias en la toma de decisiones relativas a la vida individual, y favorecería, por tanto, la comprensión autonomista del consentimiento informado³⁰. Es cierto que los autores principialistas no desconocen esto³¹, pero se esfuerzan por leer

Beauchamp, que sitúan el origen del consentimiento informado en los Estados Unidos después de la II Guerra Mundial (ver Faden, Ruth, Beauchamp, Tom y King, Nancy, *A History and Theory of Informed Consent*, Nueva York: Oxford University Press, 1986, *passim* y p. 60 y 151). Para Caplan el consentimiento informado es necesariamente un producto norteamericano porque está enraizado en el principio de autonomía, que es un descubrimiento norteamericano (ver Caplan, Arthur, «A History and Theory of Informed Consent (book review)», *Journal of the American Medical Association* vol 257, n.º 3, 1987, p. 386-387). Entre nosotros puede verse, por ejemplo, Simón Lorda (nota 20), p. 42-43 y Gracia Guillén, Diego, *Fundamentos de bioética* (3.ª ed.), Madrid: Triacastela 2008, p. 154, donde el autor afirma que “la autonomía es un principio ajeno a la tradición médica”. Sin embargo, hay autores que se separan de esta tesis (ver, entre otros, Herranz Rodríguez (nota 7), *passim*, y Mazur (nota 7), p. 1-12 y autores allí citados). Para otros autores, como es sabido, no sólo el consentimiento informado, sino la ética biomédica misma es invento norteamericano.

²⁷ Ver Beauchamp y Childress (nota 22) cap. 4 y en particular p. 120 y ss. También recoge un consentimiento informado autonomista la obra de Faden, Beauchamp y King (nota 26).

²⁸ Se trata en realidad de una pretensión imposible, porque la voluntad humana necesariamente tiene por objeto lo que la inteligencia le presenta como, bajo alguno aspecto, una forma de bien. En palabras de McInerney y siguiendo a Tomás de Aquino, “la bondad misma [...] es el objeto necesario de la voluntad” (McInerney, Ralph, *Ethica Thomistica: The Moral Philosophy of Thomas Aquinas* (ed. rev.), Washington: Catholic University of America Press, 1997, p. 72). Ver también Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 62 y ss.

²⁹ Puede verse, por ejemplo, las sentencias de los casos *Mohr v. Williams* (1905), *Pratt v. Davis* (1906) o *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), ya citados. Puede verse también su análisis en Faden, Beauchamp y King (nota 26), p. 114-150 y en Gracia Guillén (nota 26), p. 155-173.

³⁰ Ver el análisis de la evolución de la jurisprudencia norteamericana a este respecto de Seoane Rodríguez, José Antonio, “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon* 39, 2013, p. 13 y ss., p. 14-20.

³¹ Ver Faden, Beauchamp y King (nota 26), p. 39.

la jurisprudencia pertinente en clave de autodeterminación³² y entienden que la referencia a la *privacy* es una prometedora vía de desarrollo del consentimiento informado.

Al margen de cuál sea la interpretación más fiel de estas sentencias, nos preguntamos: para entender el consentimiento informado y sus fundamentos, ¿son realmente tan decisivas como se deduce de la exhaustividad con que las analizan muchos trabajos? No parece que sea papel de los jueces definir conceptos éticos ni bioéticos, sino resolver casos en base a Derecho. Los jueces norteamericanos de principios del siglo XX, sobre todo si se encontraban en el ámbito de influencia del realismo, estarían más preocupados de dirimir el pleito presentado ante ellos — eso sí, enjuiciando posibles responsabilidades jurídicas — que de definir conceptualmente la autonomía o la dignidad humana. Pretender que un juez de 1905 sentenciaba con la mentalidad de un bioética americano y postkantiano del siglo XXI es por lo menos arriesgado.

Evidentemente los tribunales tiene que sentenciar, pero eso no significa que debemos aceptar acríticamente todos sus pronunciamientos, más aún cuando exceden el ámbito del Derecho³³. Es cierto que, al no poder negarse a dar sentencia, se van a ver obligados a pronunciarse de manera más o menos directa sobre muchas cuestiones; pero no por eso tienen una autoridad particular para definir la autonomía o la dignidad humanas, como tampoco el matrimonio, una especie en peligro de extinción o el concepto y la proporción de “alimento de origen vegetal” necesarios para enjuiciar si los menús de los comedores escolares son adecuados para los niños. Antes de pronunciarse sobre todas estas cuestiones el juez consultará a los expertos. Ciertamente hoy en día tendemos a encomendar nuestros debates más difíciles a los jueces, pero es posible que los tribunales no sean el lugar mejor para resolverlos; al fin y al cabo los jueces no son, ni han de ser, pontífices máximos³⁴.

³² Ver *ibid.*, p. 120-122. Por el contrario Katz considera que, aunque la interpretación frecuente es que las sentencias ya citadas de los casos *Mohr v. Williams*, *Pratt v. Davis* y *Schloendorff v. The Society of New York Hospital* establecen judicialmente el derecho del paciente a una completa autodeterminación, en realidad lo único que establecen es el deber absoluto del médico de advertir a sus pacientes de lo que se les va a hacer y obtener su consentimiento (ver Katz, Jay, «Informed Consent — A Fairy Tale? Law’s Vision», *University of Pittsburgh Law Review* vol. 39, núm 2, 1977, p. 137 y ss., p. 145-146).

³³ Larry Kramer sostiene que la *judicial review* nació como una manera de someter el poder judicial a la Constitución, esto es, a la soberanía popular. En particular afirma: “el Tribunal Supremo es nuestro sirviente y no nuestro señor: un sirviente cuya seriedad y conocimiento merecen gran deferencia, pero que se supone, en último término, que cede ante nuestros juicios acerca de lo que la Constitución significa y no al revés. El Tribunal Supremo no es la autoridad más alta en el ámbito del derecho constitucional. Somos nosotros” (Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York: Oxford University Press, 2005, p. 248). En la práctica puede ocurrir precisamente lo contrario: que los intérpretes últimos de las constituciones se convierten en sus dueños, los nuevos señores del Derecho, en expresión de Zagrebelsky (ver Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995, p. 152-153).

³⁴ Como afirmaba hace ya casi 10 años Michael Robert, *Chief Justice* de Quebec, en unas declaraciones recogidas en el *National Post* de Toronto de 4 de mayo de 2004, los jueces

Así, por ejemplo, a propósito de las controvertidas y litigiosas *Cultural Wars* americanas, sugiere Zachary Calo cuestionarse “si es propio de los tribunales meterse en ejercicios de dibujar líneas que mejor estaría dejar a la provincia de la cultura que al Derecho”³⁵.

Así pues la bioética, en cuanto ética, no se formaría a partir de sentencias judiciales; más bien éstas reflejarían los criterios éticos considerados judicialmente exigibles en una determinada época y sociedad³⁶. Evidentemente el Derecho vigente influye en la conformación de la ética, y más si falta discernimiento y sentido común en la sociedad; pero de ahí no se puede concluir que los criterios éticos deriven de la jurisprudencia, ni que para conocer el contenido de los principios básicos de la bioética haya que limitarse a seguir lo que sentencian los jueces. Hay muchos comportamientos que consideramos éticamente exigibles que no son ni han de ser exigibles ante un juez.

En otro orden de cosas, para el Principialismo el principio de autonomía juega un papel primordial en la mayoría de las cuestiones relevantes de la bioética actual³⁷, porque lo que podemos por lo menos sospechar que sea efectivamente así en todos los casos. Sea como fuere, e incluso aunque admitamos que el consentimiento informado es una invención norteamericana de corte autonomista y patentada por el Principialismo, lo cierto es que la interpretación de su fundamento constitucional que hace el Tribunal Constitucional español respalda la pretensión de proponer entre nosotros otra comprensión posible. No se trata por tanto de que el Tribunal Constitucional español esté importando o no fielmente el consentimiento informado, o no haya llegado todavía a encajar su novedoso espíritu en los viejos esquemas jurídicos europeos, o de que no haya podido hacerlo por encontrarse vinculado por jurisprudencia anterior. En la argumentación de este Tribunal, como en la del TEDH, el respeto al consentimiento informado no significa que sea jurídicamente exigible todo lo que cada uno decide que se ha de hacer con su cuerpo, sino algo mucho menos ambicioso (pero más jurídico): que “nadie

se están convirtiendo en los nuevos sacerdotes de la sociedad civil, porque les hacemos decidir sobre asuntos controvertidos con grandes connotaciones morales.

³⁵ Calo, Zachary, «Higher Law Secularism: Religious Symbols, Contested Secularisms, and the Limits of the Establishment Clause», *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, núm. 3, 2012, p. 811 y ss., p. 831.

³⁶ Sobre el Derecho como aquellos deberes éticos socialmente exigibles mediante la intervención del juez puede verse d'Ors Pérez-Peix, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid: Civitas, 1999, p. 52-53.

³⁷ Como veíamos, el Principialismo ha sido acusado por muchos autores de dar prioridad al principio de autonomía, crítica que los autores atienden pero a la que no terminan de responder. A mi juicio, su rechazo de un bien objetivo favorece necesariamente la prioridad de la autonomía, que construye el bien subjetivo. Así, por ejemplo, Gillon resalta la importancia del principio de autonomía (que entiende como el primero entre iguales) para evitar lo que llama “imperialismo” moral, o garantizar el “ecumenismo” moral (ver Gillon, Raanan, «Ethics needs Principles — Four can Encompass the Rest — and Respect for Autonomy should be ‘First among Equals’», *Journal of Medical Ethics* 29, 2003, p. 307 y ss., p. 311).

puede actuar en el cuerpo del enfermo sin permiso suyo”³⁸ (en realidad, un límite, y como tal de naturaleza negativa³⁹).

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española no incluye un derecho al consentimiento informado pero, como afirma el Tribunal Constitucional, esto no significa que su protección jurídica no tenga relevancia constitucional⁴⁰; al contrario, es susceptible de recurso de amparo⁴¹. ¿Cuál es su enclave constitucional?

Podemos plantearnos esta cuestión de otra manera: ¿es conveniente que la Constitución reconozca un derecho al consentimiento informado? La redacción de la Constitución italiana, por ejemplo, se acerca más a la consagración del consentimiento informado⁴²; y sin embargo eso no significa necesariamente que le otorgue mayor protección jurídica. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es, en razón de su materia, de naturaleza constitucional, hace referencia expresa a la necesidad de respetar el consentimiento libre e informado⁴³ —cuando en realidad es dudoso que las competencias actuales de la Unión Europea le permitan llegar a afectar la integridad de las personas. En realidad, como es sabido, existe ya desde hace años una tendencia a la fragmentación de los derechos que lleva a recoger algunos tan específicos como el derecho a la fruición y creación cultural del art. 78 de la Constitución portuguesa o el derecho a becas del art. 34 de la Constitución italiana. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es claro reflejo de esta tendencia a la exhaustividad: recoge, por ejemplo, el derecho de los niños a ver a sus padres⁴⁴. ¿De

³⁸ Gracia Guillén (nota 26), p. 157.

³⁹ Afirma Gracia que no se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí estamos obligados a no hacerle el mal (en contra de su voluntad, podemos entender). Algo así ocurriría con el consentimiento informado: establece un límite para la intervención no consentida, pero no obliga a poner por obra toda intervención autónomamente elegida. Sin embargo, las razones de la diferencia entre hacer el bien y no hacer el mal que propone Gracia no son convincentes: “la beneficencia depende siempre del propio sistema de valores y tiene por ello un carácter a la postre subjetivo”. Así, “lo beneficioso lo es siempre para mí y en esta situación concreta, razón por la cual es incomprensible separado de la autonomía”; a mi juicio, la primera afirmación de esta cita no conlleva necesariamente la segunda (Gracia Guillén, Diego, «Planteamiento general de la bioética», en Couceiro Vidal, Azucena (ed.) *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela 1999, p. 30).

⁴⁰ Ver STC 37/2011, F. J. 4.

⁴¹ Como se sabe el recurso de amparo permite al ciudadano español solicitar ante el Tribunal Constitucional la protección de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución en los arts. 14 (igualdad), 15 a 29 (derechos fundamentales y libertades públicas) y objeción de conciencia (art. 30).

⁴² Art. 32, párr. 2: “Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

⁴³ En el aptdo. 2 del art. 3, referido al derecho a la integridad de la persona.

⁴⁴ Ver art. 24. También puede entenderse que no dice mucho en favor de la sociedad europea el hecho de que los redactores de la Carta hayan considerado necesario incluir expresamente este derecho.

verdad hace falta que lo recoja la Constitución? ¿Sería conveniente que recogiera también el derecho al consentimiento informado?

No se respetan más ni mejor los derechos por incluir hasta sus especificaciones más particulares en la Constitución. Es más, en la práctica la multiplicación de derechos hace perder su *status* a todos los derechos, también a los realmente importantes. A esto se añade la actual comprensión positiva de los derechos como habilitadores para los poderes públicos, muy alejada de la de las clásicas libertades civiles, que los convierte en un instrumento de control social ⁴⁵: los poderes públicos aumentarán sus competencias para garantizar que se dan las condiciones necesarias para el efectivo disfrute del derecho a la fruición y creación cultural, o para asegurar que los contenidos de lo que se enseña son los adecuados para garantizar el derecho a la educación, etc. Por otro lado, lo que las últimas generaciones de derechos proponen es, muchas veces, un modelo de hombre y una ética, y como las éticas son conjuntos de deberes habilitan a los poderes públicos a implementarlos y nos imponen nuevos deberes. Así pues, no parece que las listas exhaustivas de derechos contribuyan a su eficacia jurídica real.

Más que engordar la Constitución con derechos nuevos lo relevante es tomársela en serio y respetarla; no actuar ni sentenciar en contra ni hacerla decir lo que no dice. Aquí, otra vez, lo que está en juego es una cuestión de fondo, en la que ahora no podemos entrar porque excede con mucho el ámbito de este trabajo, pero sí podemos reconocer la influencia persistente del positivismo legalista, según el cual lo que no está en la ley —en la Constitución, ley suprema— no está en el mundo, y la función de la Constitución respecto de los derechos es precisamente constituyente. La Constitución no es límite, de carácter más bien negativo, que no se puede sobrepasar, sino como origen o fundamento. Por tanto, ha de preverlo todo; el entero orden jurídico político y social ha de estar fundamentado en la Constitución, en vez de limitarse a respetarla. A esto se suma la confianza en que la incorporación de un derecho al texto de la Constitución lo garantiza automáticamente, sin tener en cuenta la imposibilidad de la aplicación mecanicista del Derecho y la relevancia de la interpretación. Si, por el contrario, entendemos que los derechos constitucionales importantes no son constituidos sino declarados por las constituciones —como veíamos el art. 10.1 de la Constitución pone a los derechos inherentes a la persona como mucho más básicos y fundantes que ella misma—, entonces, como afirma la enmienda IX norteamericana, el hecho de que en la Constitución estén enunciados sólo determinados derechos no será interpretado de forma que sean negados o restringidos otros que la gente tiene por derecho propio y continúa reteniendo. Por otro lado ha de tenerse en cuenta que aunque los derechos más esenciales sean pocos, sus manifesta-

⁴⁵ Sobre esto puede verse, por ejemplo, Hewson, Barbara, «Let's rip the Human Rights Act», *Spiked*, 11 de marzo de 2013 (www.spiked-online.com/newsite/article/13422) consultado el 26-09-2013.

ciones concretas pueden ser muchas y variar a lo largo del tiempo (piénsese, por ejemplo, en la libertad de expresión o en la protección de la intimidad). Por tanto, la pretensión de regular en detalle hasta las especificaciones más particulares de los derechos puede tener el efecto no deseado de excluir lo que no regula ⁴⁶.

De este modo, y como ha hecho el Tribunal Constitucional español, es preferible entender que la exigencia jurídica de obtener y respetar el consentimiento informado del paciente es una manifestación más de un derecho básico, como es el derecho a la integridad corporal. La ausencia de mención al consentimiento informado no es una merma para la Constitución, ya que no se encuentra entre las materias que justifican su existencia: sujeción del poder a la ley, separación de poderes, derechos y libertades básicos, — pues no excluye que la falta de respeto al consentimiento informado pueda tener relevancia constitucional en la protección de los derechos. La cláusula interpretativa del art. 10.2, con su alusión a los tratados internacionales de derechos fundamentales ratificados por España y la inclusión de la jurisprudencia interpretadora de los mismos que hace el Tribunal Constitucional avalan, también, el fundamento de la exigencia de respeto al consentimiento informado en uno de los derechos básicos ya recogidos en la Constitución.

4. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA STC 37/2011

Esta idea de que el reconocimiento de un derecho no agota su contenido y por tanto no es imprescindible enumerar todas las prácticas que lo afectan es recogida por el Tribunal constitucional español en la sentencia que nos ocupa ⁴⁷. En ella resuelve un recurso de amparo en el que el recurrente alega la vulneración de los derechos a la vida e integridad física y moral y a la libertad, además del derecho a la tutela judicial efectiva vinculado a los anteriores. Los hechos consisten básicamente en una intervención médica llevada a cabo no en contra de la voluntad del paciente pero sí sin haberle informado suficientemente sobre la intervención y sus consecuencias. Los tribunales inferiores constatan la falta de información pero entienden que no implica vulneración de derecho fundamental alguno, basándose en la relativa urgencia de la intervención y en la idea de que el paciente ya debería conocer las características y consecuencias de la intervención. A su juicio, entonces, la falta de información está justificada.

El Ministerio Fiscal sostiene la relevancia de la ausencia de información, y entiende que el art. 15 de la Constitución “implica la prohibición de interve-

⁴⁶ Sobre las ventajas de las constituciones cortas puede verse Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional* (3.ª ed.), Madrid: Colex, 2010, p. 36 y p. 49-53; por lo que se refiere a la brevedad a la hora de recoger los derechos constitucionales, ver p. 375-377.

⁴⁷ Ver STC 37/2011, F. J. 4.

nir en el cuerpo de otra persona sin el previo consentimiento de ésta, siendo preciso para obtenerlo una previa información suficiente que abarque la expresión del acto invasor y sus posibles consecuencias”. Entiende también que la alusión al derecho a la libertad carece de sentido, “pues la idea de libertad es la de autodeterminación, que en modo alguno puede entenderse como la entiende la demanda de amparo en conexión con la falta de libertad para poder elegir si se somete o no a un tratamiento médico tras ser debidamente informado”⁴⁸. El Tribunal Constitucional, por su parte, entiende que el consentimiento informado es una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral⁴⁹, de tal manera que la omisión o realización defectuosa del consentimiento puede suponer una lesión al derecho fundamental a la integridad física y moral. Es decir, la necesidad de obtener el consentimiento del afectado es una manifestación del derecho fundamental a la integridad personal del art. 15 de la Constitución, y la información es condición de posibilidad para dicho consentimiento.

Es cierto que esta fundamentación del consentimiento informado en el derecho a la vida y la integridad del art. 15 no impide al Tribunal referirse al mismo como una facultad en ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente. Esto podría debilitar la propuesta principal de este trabajo, a saber: que la sentencia objeto de estudio permite separarse de la comprensión autonomista del consentimiento informado. Así, este Tribunal afirma, refiriéndose a la facultad de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que “se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”⁵⁰. El Tribunal Constitucional se refiere, pues, a la autonomía de la voluntad y a una facultad de autodeterminación del paciente; sin embargo, como se refleja al final del texto citado, las conecta con la afectación a su integridad, que es, en último término, lo que queda garantizado. Así, afirma a continuación: “[é]sta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente consentir el tratamiento o rehusarlo”⁵¹. Es decir, la eficacia jurídica de esa facultad de autodeterminación se reduce, al fin y al cabo, a la posibilidad de rechazar una intervención.

A mi juicio, pues, y pese a que el lenguaje empleado pueda dar otra impresión, la referencia a la autonomía de la voluntad y a la autodeterminación no son tratadas por el Tribunal como causa de la necesidad de respeto al consentimiento informado, sino más bien como condiciones de posibilidad: no

⁴⁸ STC 37/2011, A. 8.

⁴⁹ Ver *ibid.*, F. J. 5.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

es que la libertad humana justifique la obligación de respeto al cuerpo; es, más bien, que sólo un consentimiento libre puede legitimar la intervención, excluida en otro caso por el derecho a la integridad corporal. La causa de la exigencia del consentimiento informado no es la autodeterminación: su causa es el respeto al cuerpo, por eso sólo la intervención *libremente* consentida es legitimadora. Un poco más adelante el Tribunal vuelve a incidir en esta idea, y ahora de una manera quizá más clara: la información previa es garantía de la efectividad del principio de autonomía del paciente, porque sólo con información previa el consentimiento puede ser libre ⁵². La relevancia de la autonomía o libertad del paciente está, por tanto, en que es necesaria para el consentimiento.

De manera similar el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero, parece dar a entender que el art. 15 de la Constitución es o incluye un derecho de autodeterminación ⁵³: afirma, citando la STC 154/2002, que el derecho del art. 15 conlleva “una facultad de oposición a la asistencia médica en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida”. Sin embargo, la cita completa continúa: “y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física” ⁵⁴. Es decir, al fin y al cabo, el derecho en juego es la integridad corporal, física, no una facultad de autodeterminación. Otra cosa es, como decíamos, que ese derecho se haya de ejercitar en libertad; pero lo mismo podría decirse de cualquier derecho, sea la intimidad, la participación política, la asociación, la tutela judicial efectiva o el que se quiera. Cada vez que una persona ejercita un derecho, hace uso de su libertad, y el Derecho presupone que se han de poder ejercer en libertad. Sin embargo, eso no significa que el objeto de cada uno de esos derechos o la causa de su respeto sea el respeto a la autonomía de la persona.

⁵² Ver STC 37/2011, F. J. 5.

⁵³ El Tribunal Constitucional afirma del art. 15 de la Constitución que conlleva “una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal [...]”. Si el derecho a la vida conlleva una facultad cuyo ejercicio implica el ejercicio de un derecho de autodeterminación, parece que el derecho del art. 15 es o incluye tal derecho de autodeterminación (STC 31/2011, F. J. 3). No faltan autores que entienden, como Bastida Freijedo, que “la autonomía del paciente se integra tanto en el contenido del derecho a la vida como en el del derecho a la integridad física y moral”; y continúa: “y lo más frecuente es que el derecho directamente involucrado en casos de lesión a la autonomía del paciente sea este último” (se refiere a casos sobre consentimiento informado, y cita en particular la STC 37/2011). El autor, como vemos, parte de que se trata de una lesión a la autonomía; a continuación atiende al derecho afectado (es decir, el derecho que el Tribunal Constitucional entiende vulnerado) y concluye que incorpora la protección de la autonomía (ver Bastida Freijedo, Francisco, “El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente”, en Presno Linera, Miguel Ángel (coord.), *Procura n.º 1: Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias y Universidad de Oviedo, 2011, p. 23 y ss., p. 23. (www.procuradorageneral.es/catedra/pdf/01_procura/francisco_bastida_derecho_vida_autonom%C3%ADa_paciente.pdf) consultado el 27-09-2013).

⁵⁴ STC 154/2002, F. J. 9.

Así pues, podemos encontrar en la STC 37/2011 varias referencias a la autonomía y a la autodeterminación. Sin embargo, analizadas con algo de detalle, parecen reflejo del lenguaje habitual sobre el consentimiento informado, más que un pronunciamiento sobre su fundamento. De manera más clara podemos excluir que supongan pronunciamiento sobre su enclave constitucional: ya adelantábamos que el Tribunal constitucional descarta — como había propuesto el Fiscal — la relación del caso con el art. 17 de la Constitución, relativo a la libertad. Sin embargo sus razones son distintas: el Fiscal afirmaba concisamente que no está en juego la libertad como autodeterminación; el Tribunal excluye la relación con el art. 17 por entender que se refiere a la libertad física, y no a una libertad general de actuación o autodeterminación. Según el Tribunal esa libertad general está consagrada en el art. 1.1 de la Constitución como un valor superior del ordenamiento jurídico que propugna España — lo que le da un significado más político que jurídico —, pero sólo es susceptible de amparo en sus manifestaciones recogidas como derechos fundamentales, esto es, libertad de circulación y residencia, libertad de expresión, etc. Éstos serían derechos fundamentales protectores de la libertad; otras manifestaciones de la libertad “a secas” no merecen una protección especial ⁵⁵.

De todas formas, podría parecer que es una cuestión de orden técnico jurídico-positivo (el lugar de la libertad como autodeterminación en la Constitución y los artículos constitucionales respaldados por el recurso de amparo) lo que motiva el razonamiento del Tribunal, y no una manera de entender el consentimiento informado y su fundamento. Pero, otra vez, si analizamos las razones con algo de detenimiento parece que puede sostenerse otra cosa. No es que al Tribunal no le quede más remedio que excluir el art. 17 de la Constitución; lo que está diciendo es que la facultad de consentir con conocimiento de causa una intervención médica no entra dentro de ninguna de las manifestaciones de la libertad — que efectivamente puede dar lugar a muchísimos comportamientos distintos — protegibles en amparo, esto es, no se incluye en ninguno de los derechos constitucionales que protegen manifestaciones básicas de la libertad. La libertad es ciertamente parte de la condición humana, pero en un análisis jurídico no es lo que está ahora directamente en juego.

La argumentación del Tribunal Constitucional en esta sentencia permite, a mi juicio, afirmar otro rasgo del consentimiento informado al que ya se ha hecho referencia y que no es irrelevante, porque nos remite, otra vez, a su fundamento: su carácter primordialmente negativo ⁵⁶. El consentimiento informado faculta jurídicamente a excluir una intervención; no a reclamarla. Según

⁵⁵ Ver STC 37/2011, F. J. 3.

⁵⁶ Sobre el consentimiento informado como inmunidad puede verse García Llerena, Vivana, *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: la integridad física en investigación y medicina*, Gijón, Junta General del Principado de Asturias y Sociedad Internacional de Bioética, 2012, p. 75 y ss.

el Tribunal, el derecho del art. 15 “conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentre constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica [...]”⁵⁷.

Podría parecer que a esto se opone la afirmación que hace el Tribunal en el fundamento jurídico tercero: el derecho del art. 15 (entre otros) “ha adquirido una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”. Sin embargo el Tribunal aquí está reproduciendo literalmente un extracto de la STC 119/2001, en la que se alegaba vulneración del derecho a la vida, a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio por contaminación acústica. En dicha STC 119/2001 el Tribunal, refiriéndose conjuntamente a todos los derechos en cuestión, afirma que protegen no sólo frente a injerencias sino también frente a riesgos típicos de una sociedad tecnológicamente avanzada. Así, hace referencia a tres sentencias del TEDH relativas a problemas de contaminación. Es en este contexto en el que debe entenderse la referencia a la dimensión positiva de estos derechos en relación con el libre desarrollo de la personalidad: por lo que se refiere al art. 15, el Tribunal analiza si tales ruidos pueden entenderse como causa de un grave peligro para la salud⁵⁸. Por tanto, esa referencia a una dimensión positiva no contradice que el derecho a la integridad física y moral consista principalmente en la facultad de impedir intervenciones no consentidas.

Tampoco obsta el carácter primordialmente negativo del derecho a la integridad física y moral la afirmación de que “la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación”⁵⁹. En este caso el carácter positivo se refiere al mandato al legislador de ofrecer una protección adecuada del derecho a la integridad, que se traduce en un instrumento que permita que los pacientes presten consentimiento de tal manera que dicho derecho quede protegido.

Por último y como ya comentábamos, la fundamentación del consentimiento informado en el derecho a la vida y a la integridad física y moral sigue una línea establecida por el propio Tribunal Constitucional español, así como por el TEDH. Ya en la STC 120/1990, referida a la alimentación forzosa a presos en huelga de hambre, el Tribunal afirma que el art. 15 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad física y moral protegiendo la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervención en su cuerpo que carezca del consentimiento del titular. Por tanto, este derecho constitucional

⁵⁷ *Ibid.*, F. J. 3.

⁵⁸ Ver STC 119/2001, F. J. 7.

⁵⁹ STC 37/2011, F. J. 4.

quedará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que tenga justificación constitucional⁶⁰. También en la STC 154/2002 se establece, en relación con el rechazo a una transfusión de sangre, que la facultad de oponerse a la injerencia ajena sobre el propio cuerpo se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física⁶¹. El TEDH, por su parte, afirma que la decisión de imponer un tratamiento oponiéndose a las objeciones del afectado supone una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y en concreto a la integridad física⁶², porque entiende que la noción de vida privada es amplia y abarca la integridad física y moral⁶³. En esta línea continúa el Tribunal europeo en la sentencia de 8 de noviembre de 2011 TEDH 2011\95 — posterior ya a la STC 37/2011 — donde también fundamenta la necesidad del consentimiento informado en el derecho a la integridad física y lo relaciona con la dignidad. Así, afirma que la imposición de un determinado tratamiento sin el consentimiento del paciente mentalmente capaz supondría una injerencia en su derecho a la integridad física, y entiende que el caso que está resolviendo, una esterilización no libremente consentida, podría considerarse a la luz del requisito de respeto a la dignidad de una persona y a su integridad consagrado en el art. 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina⁶⁴.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del razonamiento recogido en la STC 37/2011 pueden concluirse dos rasgos importantes del consentimiento informado: el primero es que se trata de un instrumento que protege el derecho a la integridad. El segundo, que cumple — consecuentemente — una función principalmente negativa, facultando a una persona a excluir una intervención sobre el propio cuerpo más a que a exigir una actuación positiva.

Acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no significa considerar que sean los jueces los encargados de definir criterios éticos o bioéticos. Cuál sea la razón última de la ilegitimidad de intervenir sobre el cuerpo de otra persona cuando ésta lo rechaza es algo que excede, a mi juicio, al Derecho, y sobre lo que el juez en cuanto tal no tiene una autoridad particular. Pero lo cierto es que esa exigencia de respeto al otro en su corporeidad puede tener una dimensión jurídica, de ahí el sentido de un pronunciamiento judicial. Así pues, el funcionamiento jurídico real del consentimiento informado refleja, de un modo u otro, qué es lo que está en juego; esto no obstante,

⁶⁰ Ver STC 120/1990, F. J. 8.

⁶¹ Ver STC 154/2002, F. J. 9.

⁶² Ver STEDH 2004\22, de 9 de marzo, ap. 70

⁶³ Ver STEDH 2002\23, de 29 de abril, ap. 61 y 63 y STEDH 1985\4, de 26 de marzo, ap. 22.

⁶⁴ Ver STEDH 2011\95, de 8 de noviembre, ap. 105.

siempre es recomendable estudiar las sentencias con espíritu crítico, ya que, al fin y al cabo, los jueces no son infalibles.

Pues bien, el estudio de esta STC 37/2011 permite sostener que lo que está en juego cuando se exige el consentimiento de una persona para intervenir en su cuerpo no es el ejercicio de su autonomía. Se trata, de manera más simple, de respetar el cuerpo de una persona porque no es algo que la persona tiene, sino que es ella misma. Esto hace ilegítima la intervención no consentida precisamente porque no se trata de un organismo vivo, equivalente al fin y al cabo al de cualquier otro animal, aunque más complejo — como podría considerar el cientificismo —, sino de una persona. La diferencia entre respetar el cuerpo y respetar la voluntad puede resultar más clara si lo comparamos, por ejemplo, con el respeto a la voluntad del difunto que nos lleva a repartir su herencia como haya dispuesto en su testamento, o a incinerarlo si ha manifestado su voluntad de ser incinerado (sin embargo, si la voluntad del difunto fuera ser cortado en trocitos como alimento para sus perros es posible que no nos sintiéramos igualmente obligados a ponerla por obra).

La referencia al respeto es especialmente interesante para hacer juicios éticos. Según Stith, el respeto es la actitud que mejor expresa la inviolabilidad de las personas y su tratamiento como individuos irremplazables frente a la condición fungible de las cosas. Es una actitud esencialmente negativa, un retirarse o dejar ser ante algo que nos viene dado, una limitación ante nuestros proyectos de dominación⁶⁵. La relación de dominio implica una cosificación de aquello que se domina, y es, como veíamos al principio del trabajo, excluida por el reconocimiento de la dignidad de la persona. La propuesta de Stith refleja la actitud debida ante el cuerpo humano y explica en último término la razón de ser del consentimiento informado. Por el contrario, si el consentimiento informado se tratase de un instrumento de valoración de la autonomía de las personas sólo nos opondríamos a las afectaciones al cuerpo de otras personas expresamente contrarias a su voluntad, cuando en la práctica no es así⁶⁶. Pues si de lo que se trata es de respetar a la persona en su corporei-

⁶⁵ Ver Stith, Richard, «La prioridad del respeto», *Persona y Derecho* 62, 2010, p. 181 y ss., *passim*. Para Stith el respeto es “un fundamento, quizá el único fundamento, de todos los principios que hacen de las personas individuales un asunto de importancia jurídica y moral” (p. 207). La confrontación entre el reconocimiento de algo como don y dominio la recoge Michael Sandel en su obra *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona: Marbot, 2007. También argumenta en favor de la exclusión de dominio Jürgen Habermas (nota 15), donde sostiene que la manipulación genética trata a una persona como el objeto de otra. La propuesta de Habermas es interesante porque entiende que la manipulación genética implica una destrucción de la libertad en nombre de la libertad, y por tanto ha de ser resistida en nombre de la libertad. La referencia de Habermas a la simetría de las relaciones propia de la dignidad (ver nota 15) y la de Stith al reconocimiento del otro implícito en la actitud de respeto coinciden en mi opinión con el reconocimiento de la paridad ontológica a que hace referencia Jesús Ballesteros como condición necesaria para una valoración positiva del Derecho (ver Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica* (2.ª ed.), Madrid: Tecnos, 1992, p. 128-129).

⁶⁶ Es posible hacer un paralelismo entre el respeto al cuerpo y el respeto a la vida: si la razón de no matar fuese el respeto a la autonomía de la voluntad, y no a la vida, sólo nos

dad, antes que su voluntad, es posible, por ejemplo, abstenerse de aplicar un tratamiento que se rechaza con intención de morir sin valorar positivamente la voluntad de la persona ni ser responsable de su muerte. Esto explica también que la razón que justifica la no intervención ante un rechazo de tratamiento con intención de morir no justifique la colaboración activa en la realización de la voluntad del paciente. La razón última de la abstención sería el reconocimiento, ante el otro, de que no soy quien para intervenir en su cuerpo en contra de su voluntad, porque su cuerpo es él.

Esta comprensión del consentimiento informado y de su fundamento evita la reducción de la bioética a una correcta apreciación de la autonomía de la persona. En el fondo tal noción incurre en la petición de principio de considerar que no hay bien humano objetivo inteligible a partir del cual conocer unos principios éticos objetivos, y de que, por tanto, el único criterio ético que nos resta es la voluntad de cada uno; y éste sí es tratado como criterio objetivo. El papel de la ética sería intentar combinar las distintas voluntades, estableciendo como pauta que cada cual decida sobre lo que le afecta sólo a él. A esto se suma una noción individualista del ser humano — discutida por el comunitarismo —, según la cual de que las decisiones sobre la propia vida afectan sólo a cada uno. Se suma también la consideración de la libertad como fin, en vez de condición del ser humano que se explica no por sí misma sino porque hay determinados bienes humanos que sólo se alcanzan si se procuran libremente ⁶⁷.

Por último, la separación de la versión autonomista del consentimiento informado permite también alejarse de la idea de que es un invento norteamericano de las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado. Como si el criterio de que no se puede intervenir en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento hubiera estado ausente de las relaciones médico-paciente en todo el mundo hasta la Norteamérica de esas fechas, cosa, cuando menos, discutible. Una cosa es el reconocimiento de un criterio ético; otra, su respeto real y efectivo.

consideraríamos obligados a no matar “aquellos seres que conscientemente se preocupan de la continuación de sus vidas” (ver Reiman, Jeffrey, *Abortion and the Ways We Value Human Life*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1999, p. 5 y Stith (nota 65), p. 188 y ss.).

⁶⁷ Afirma Gadamer que la conciencia humana de libertad no se basa tanto en el libre albedrío como en la responsabilidad de las propias acciones. Para esta conciencia humana sueña extraña la definición de la libertad como la capacidad de iniciar una serie de causas (ver Gadamer, Hans-Georg, *La herencia de Europa*, Barcelona, Península, 1990, p. 56-57).