

O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO DEREITO FUNDAMENTAL: INMUNIDADE OU AUTODETERMINACIÓN?*

Noelia Martínez Doallo

Contratada predoutoral F.P.I.

Grupo de investigación *Filosofía, Constitución e Racionalidade*
Universidade da Coruña

Recepción: 30 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 9 de octubre de 2015

RESUMO: A xurisprudencia constitucional española (STC 37/2011, de 28 de marzo, entre outras) ten establecido como fundamento do consentimento informado o dereito á integridade física e moral (art. 15 CE). O Tribunal Constitucional configura o consentimento informado como un deber de abstención do profesional sanitario, é dicir, como unha negación da competencia do profesional sanitario na terminoloxía de Hohfeld. Así pois, o consentimento informado queda conformado como un dereito negativo ou de defensa, polo que concíbilo como liberdade xurídica ou facultade de autodeterminación positiva esixiría a revisión do seu fundamento constitucional. O presente artigo pretende precisamente revisar a natureza iusfundamental do consentimento informado a partir da obra de W. N. Hohfeld e Robert Alexy.

PALABRAS CHAVE: Alexy; autonomía do paciente; consentimento informado; dereito fundamental; dereito subxectivo; Hohfeld; integridade física; liberdade.

ABSTRACT: The Spanish Constitutional Court (STC 37/2011, 28th March, among others) had established the right to physical and moral integrity as constitutional foundation for informed consent (article 15 CE). Informed consent had been shaped by the Spanish Constitutional Court as an inhibition duty for physicians, that is to say, the denial of physician's competence in Hohfeld's wording. Since informed consent is defined as a negative or defensive right, understanding it as a legal freedom or a right to

* Versión escrita da comunicación presentada no curso de verán "A prestación de servizos sanitarios ante os retos do século XXI" (5ª Edición), celebrado na Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela os días 1 a 4 de setembro de 2015. Este traballo forma parte dos resultados do proxecto de investigación "O discurso dos bio-dereitos. Bases filosóficas e xurídicas para a súa fundamentación, caracterización e aplicación" (DER2014-52811-P), financiado polo Ministerio de Economía e Competitividade.

self-determination would require a review of its constitutional foundations. This paper aims just to review the legal basis of informed consent by means of W. N. Hohfeld's and Robert Alexy's work.

KEYWORDS: Alexy; freedom; fundamental right; Hohfeld; informed consent; patient's autonomy; physical integrity; subjective right.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A SÚA POSÍBEL CATEGORIZACIÓN COMO NORMA ADSCRITA DE DEREITO FUNDAMENTAL. III. O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO DEREITO SUBXECTIVO. O ESQUEMA DE W. N. HOHFELD. IV. O CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONCEPTO DE LIBERDADE. V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Baixo o título "O consentimento informado como dereito fundamental: Inmunidade ou autodeterminación?" preténdese subliñar a posibilidade de concibir o dereito ao consentimento informado como algo máis que unha inmunidade, e deste xeito, complementar a tese da nosa xurisprudencia constitucional, todo elo en base á achega do profesor norteamericano de principios do século XX, Wesley Newcomb Hohfeld. Ademais, propónse a posibilidade de analizar o consentimento informado desde os presupostos do concepto da liberdade xurídica introducido polo profesor alemán Robert Alexy.

Deste modo, o presente estudo comeza por analizar o fundamento constitucional do consentimento informado, pasando por se cuestionar se as normas que regulan o consentimento informado no ordenamento xurídico español poden ser entendidas como *normas adscritas de dereito fundamental*¹. De seguido, estudarase o dereito ao consentimento informado como dereito subxectivo, para sometelo á análise do esquema de Hohfeld², tentando achegar unha alternativa ao concepto de inmunidade, como xa se anticipou anteriormente. Por último, trazarase unha liña para perfilar o posíbel encaixe do consentimento informado nos parámetros da concepción alexiana da "liberdade negativa"³.

II. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A SÚA POSÍBEL CATEGORIZACIÓN COMO NORMA ADSCRITA DE DEREITO FUNDAMENTAL

O consentimento informado pertence ao ámbito da autonomía decisoria do paciente, isto é, configúrase como unha liberdade de elección baixo tres requisitos, cales son a información, a voluntariedade e a capacidade⁴. Así o ten recoñecido o noso Tribunal Constitucional en múltiples ocasións ao afirmar que o consentimento informado é unha facultade de autodeterminación que lexitima ao paciente para decidir libremente sobre as medidas terapéuticas e tratamentos que podan afectar á súa integridade, aínda que poda conducir a un resultado fatal⁵.

1 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), tradución i estudo introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2007, p. 52.

2 HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning I", *Yale Law Journal*, XXIII R. I, 1913.

3 ALEXY, R., *Teoría*, cit., p. 189.

4 FADEN, R. R.; BEAUCHAMP, T. L., *A history and theory of informed consent*, New York, Oxford University Press, 1986.

5 Ilustran esta concepción do consentimento informado as Sentenzas do Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de xuño, FX 8º; 154/2002, de 18 de xullo, FX 9º; 37/2011, de 28 de marzo, FX 5º, entre outras.

Porén, o mesmo Tribunal ten sinalado reiteradamente que o consentimento informado non ten encaixe no ámbito da liberdade persoal ou física, alegando que o artigo 17 da Constitución española non recolle unha liberdade xeral de autodeterminación individual⁶. A liberdade constitúe un valor superior do noso ordenamento xurídico, como así o deixa establecido o artigo 1.1. da Constitución española ao estipular como valores superiores do ordenamento xurídico español a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político, mais só procederá a súa protección mediante recurso de amparo na presenza dun dereito fundamental; noutras palabras, o recurso de amparo só protexerá as eventuais vulneracións dos dereitos explicitamente recollidos nos artigos 14 a 29 e 30.2 da Constitución española. Isto supón que a nosa Constitución non recolle expresamente un dereito á autonomía, nin un dereito xeral de liberdade⁷, non existindo un recoñecemento expreso do dereito ao consentimento informado. Esta última consideración formula a cuestión de se realmente o consentimento informado constitúe unha norma de dereito fundamental. Para avaliar este punto partírase aquí da obra do profesor alemán Robert Alexy, *Teoría dos dereitos fundamentais*.

Atendendo a un criterio estritamente formal que só considere como norma de dereito fundamental aqueles enunciados normativos incluídos no texto constitucional, non é posíbel afirmar que sexa unha disposición de dereito fundamental, debido á súa ausencia no devandito texto constitucional. Deste xeito, cabe negarlle o carácter de *normas de dereito fundamental directamente estatuídas*⁸ a aquelas disposicións que regulan o consentimento informado no ordenamento xurídico español. Porén, esta definición de norma de dereito fundamental semella demasiado restrinxida. Para superar esta dificultade cabe acudirnos ao concepto de *norma adscrita de dereito fundamental*⁹, de xeito que unha norma pode ser considerada norma adscrita de dereito fundamental a partires do seu vencello respecto dunha norma de dereito fundamental directamente estatuída, ou o que é o mesmo, vinculada a unha norma recollida por unha disposición explicitamente inserta na Constitución.

Unha adscrición conforme a dereito ten lugar cando a norma adscrita é catalogada como válida, para o cal non basta a súa mera inclusión no dereito positivo. Tampouco polo feito de posuír valor social ou ético queda xustificada a súa necesaria adscrición a unha norma de dereito fundamental directamente estatuída. Ningún destes criterios xustifica por si só a adscrición, polo que queda acudir a unha *fundamentación iusfundamental correcta*¹⁰ para afirmar a súa validez e o seu carácter de norma adscrita de dereito fundamental¹¹.

6 Véxanse as Sentenzas do Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 de xullo; 22/1988, de 18 de febreiro; 12/1988, de 3 de febreiro; 61/1990, de 29 de marzo, e máis recentemente a 37/2011, de 28 de marzo, FX 3°.

7 Véxase *a contrario* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 157 e ss.

8 ALEXY, R., *Teoría*, cit., p. 52.

9 Ídem.

10 Ídem.

11 Esta noción de validez é empregada polo profesor Robert Alexy nun sentido semellante ao respecto do concepto de dereito en ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho* (1992), tradución de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 21 e ss.

Mais o criterio da fundamentación iusfundamental correcta non queda libre de críticas, xa que as regras de fundamentación iusfundamental non definen un procedemento que sempre conduza a un único resultado, e tales regras acostuman entrar en conflito entre si, de xeito que existen dúbidas de cales son normas de dereito fundamental e cales non. Non obstante, estas non son cuestións de tal peso que afecten a todas as normas adscritas, polo que partírase aquí do concepto de norma adscrita de dereito fundamental para xustificar a pertenza do consentimento informado á devandita categoría. Por outra banda, xeralmente bastará acudir ao texto da Constitución para realizar unha fundamentación iusfundamental correcta.

Deste modo, podemos falar do consentimento informado como norma adscrita de dereito fundamental dado que a xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional ten atribuído o consentimento informado a unha norma constitucional, cal é o artigo 15 CE, o cal "protexe a inviolabilidade da persoa, non só contra ataques dirixidos a lesionar o seu corpo i espírito, senón tamén contra toda clase de intervención nesas bens que careza do consentimento do seu titular"¹².

III. O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO DEREITO SUBXECTIVO. O ESQUEMA DE W. N. HOHFELD

Como vimos afirmando, o Tribunal Constitucional español configura o consentimento informado como unha facultade negativa, isto é, un deber de abstención do médico, ou como unha facultade de oposición do paciente cun substrato corporal. Cómpre agora deternos nunha análise minuciosa das posicións xurídicas que xorden do exercicio do dereito ao consentimento informado para acadar unha visión o máis completa posíbel da relación xurídica subxacente. Empregaremos a linguaxe hohfeldiana para traducir o funcionamento do consentimento informado. O mérito da obra de Hohfeld consistiu en ver que os intentos de definir formalmente as relacións xurídicas foron sempre infrutuosos, cando non inútiles. Consideraba que estas relacións son *sui generis*, polo que no seu artigo de 1913 amosa as diversas relacións posibles en dúas táboas de "opostos" e "correlativos". Estes oito conceptos son vistos polo profesor de Yale como o "mínimo común denominador" da linguaxe xurídica¹³:

12 Neste sentido, véxanse as Sentenzas do Tribunal Constitucional 120/90, de 27 de xuño, FX 8º; e 119/2001, de 24 de maio, FX 5º.

13 HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions", cit., p. 86.

Correlativos xurídicos	dereito (pretensión)	privilexio liberdade	poder competencia potestade	inmunidade
	deber	non-dereito	suxeición	incompetencia incapacidade
Opostos xurídicos	dereito (pretensión)	privilexio liberdade	poder competencia potestade	inmunidade
	non-dereito	deber	incompetencia incapacidade	suxeición

Nesta ocasión cómpre só deterse en tres pares conceptuais para analizar o suposto do consentimento informado. Por unha banda, os pares de correlatos "inmunidade-incompetencia" ¹⁴ e o seu par de opostos, "poder-suxeición" ¹⁵, para o contraste do seu encaixe na estrutura do consentimento informado, en tanto que relación xurídica con implicación en materia de dereitos fundamentais. Por outra banda, analízase novamente o par de correlatos "poder-suxeición", mais nesta ocasión coa intención de propor unha alternativa complementaria á tese deseñada pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional español ao respecto da fundamentación da natureza do consentimento informado.

Para Hohfeld unha "inmunidade" é a liberdade dunha persoa fronte á "potestade" xurídica doutra, con respecto dunha relación xurídica. O correlato da inmunidade é a "incompetencia", no sentido de ausencia de potestade, de xeito que a relación xurídica non poderá ser alterada pola conduta doutra persoa, quen será incompetente. Por outra banda, a "potestade" é entendida por Hohfeld como competencia xurídica, podéndose só falar de "poder en sentido técnico" ¹⁶ cando o cambio nunha relación xurídica maniféstase sobre a base dunha decisión voluntaria. O correlato da potestade é a "suxeición", no sentido de "sometemento" ou "responsabilidade", a cal normalmente atópase sometida á creación dun deber, mais non necesariamente ten que xerar unha relación gravosa.

Deste xeito, de acordo coa tese da nosa xurisprudencia constitucional anteriormente exposta, o paciente ostenta unha *inmunidade* que lle permite rexeitar unha intervención en contra da súa vontade, o cal é correlato dunha *incompetencia* do médico, quen non

14 HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions", cit., p. 81.

15 HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions", cit., p. 67.

16 HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions", cit., p. 39.

pode iniciar as actuacións médicas sen a vontade do paciente. Podemos ver que este par de correlatos acaé coma unha luva ao caso, polo que cómpre someter á mesma análise o par de opostos á "inmunidade–incompetencia", cal é o par de correlatos "potestade–suxeición". Para isto, pódese traer a colación a existencia dunha razón constitucional que xustifique a intervención, por exemplo a saúde pública no caso dunha epidemia. Neste exemplo, o médico ten a potestade de intervir posto que unha xustificación constitucional opera no favor, mentres que o paciente está suxeito á devandita potestade polo mesmo motivo.

Semella atinado o emprego destes conceptos hohfeldianos para describir a relación médico–paciente no tocante ao consentimento informado, mais non se debe deixar escapar que detrás desta perspectiva o paciente non é considerado o protagonista da relación médica, o cal tras recibir unha información netamente relevante para a súa saúde, unha vez coñecedor das consecuencias e alternativas de acción ao tratamento, decide coa axuda dun experto médico.

Non equilibrar a balanza cara a autonomía do paciente semella rexeitábel en tanto que amósase menos garantista co estatuto do paciente, o par de correlatos hohfeldianos "potestade–suxeición" axudará a ver que son dúas caras dunha mesma moeda. Efectivamente, se partimos da facultade de autodeterminación do paciente coma eixe do consentimento informado, podemos empregar a *competencia* ou *potestade* do paciente coma concepto de partida. Así pois, o paciente ten o *poder* de decidir entre unha serie de alternativas válidas, acomodando ás súas decisións ao seu propio plan de vida e como manifestación do libre desenvolvemento da súa personalidade. Por outra banda, o médico estará *suxeito* á devandita decisión, esta suxeición aparece sometida ao deber de abstención do médico no caso de rexeitamento do tratamento ou terapia polo paciente, desde unha perspectiva de novo negativa. Adoitar esta postura supón colocar ao paciente como protagonista na relación médica.

A Sentenza do Tribunal Constitucional 37/2011, no seu fundamento xurídico 5º, é bastante esclarecedora ao respecto. A devandita sentenza fala expresamente da posibilidade de escolla entre as distintas alternativas, rexeitándoas ou consentindo a súa práctica. Neste sentido, parece xustificado falar da potestade do paciente para escoller entre os tratamentos ou medidas terapéuticas indicadas e dispoñibles. E non só desde a perspectiva da inmunidade en tanto que dereito de defensa do paciente e deber de abstención do médico, senón que é o paciente quen elixe directamente entre as alternativas ofertadas pola ciencia médica. Afirmar que só existe unha facultade de abstención, podendo só o paciente negárense a recibir, por exemplo, todos os tratamentos agás un, é o mesmo que dicir que escolle un dos tratamentos, pois realmente o que fai é só consentir a administración dun deles entre unha serie de alternativas, sería pois o mesmo que afirmar a potestade de elección do paciente¹⁷. Porén, sendo dúas caras da mesma moeda, preferírase aquí a conceptualización como "potestade" do paciente en tanto que amósase máis garantista co estatuto xurídico do mesmo.

17 Véxase *a contrario* GARCÍA LLERENA, V. Mª, *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Gijón, Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)–Junta General del Principado de Asturias, 2012, p. 77.

IV. O CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONCEPTO DE LIBERDADE

Cabe expor o interrogante de se ten cabida o consentimento informado no ámbito do concepto de liberdade, isto é, o consentimento informado como liberdade. Unha liberdade xurídica pódese expresar ben como unha manifestación especial dun concepto amplo de liberdade¹⁸, ou ben basearse no concepto do permiso xurídico. En sentido negativo, unha liberdade supón a ausencia de impedimentos, restricións ou resistencias, podéndose definir como unha relación entre un suxeito e o impedimento á liberdade. Sen embargo, para completar esta visión, débese abarcar unha dimensión triádica composta polo suxeito, o impedimento e o obxecto. No caso do consentimento informado, o suxeito sería o paciente, o impedimento a eventual privación da posibilidade de elección polo paciente dunha terapia ou tratamento entre aqueles indicados e dispoñibles, e o obxecto sería a decisión mesma.

Cabe facer unha distinción segundo o obxecto da liberdade sexa unha acción ou unha alternativa de acción. O *concepto positivo de liberdade* concibe a liberdade como "facer o necesario e razoable"¹⁹. Porén, segundo o *concepto negativo*, unha liberdade xurídica supón necesariamente unha alternativa de acción. Deste xeito, un suxeito é libre en sentido negativo en tanto que non se lle obstaculicen as alternativas de acción, se ben só se fala aquí da posibilidade de facer algo²⁰. Polo tanto, o concepto amplo de liberdade, do cal a liberdade xurídica é unha mera manifestación especial, é unha relación triádica composta polo suxeito, o impedimento e unha alternativa de acción²¹. Se trasladamos todo isto ao suposto do consentimento informado, temos que "o paciente é libre para decidir acerca da elección dun dos tratamentos dispoñibles, ou a aceptación/rexeitamento do tratamento proposto polo médico".

En suma, efectivamente é posíbel ver o consentimento informado como unha liberdade, pois atendendo ao concepto alexiano de liberdade negativa pódese ver unha liberdade individual na elección do paciente entre unha serie de alternativas válidas. Mais xurde unha obxección, xa que, para poder decidir i elixir o paciente precisa recibir do médico a información oportuna, co que un cuarto elemento interfere no esquema triádico anteriormente trazado, cal é a introdución dun novo suxeito, o profesional médico, o cal é o depositario do coñecemento especializado en canto aos tratamentos e terapias indicados no caso concreto. Ademais, a práctica das relacións médicas non descoñece a influencia determinante da opinión médica na toma de decisión polo paciente, polo que a influencia é sumamente relevante aos efectos de clasificar o consentimento informado como liberdade.

18 Este concepto de liberdade vencéllase ao *agere licere* no sentido establecido polo Tribunal Constitucional na Sentenza 120/1990, de 27 de xuño, FF XX 7º e 10º; é dicir, como acto non prohibido polo ordeamento xurídico, pero tampouco constitutivo dun dereito subxectivo.

19 Un representante desta tese é Kant, quen concibe o concepto positivo de liberdade como a facultade da razón pura de ser práctica de seu. Se ben isto só pode ser acadado mediante a suxeición de cada acción á condición de que poda chegar a ser "lei universal" (KANT, I., *Metafísica de las costumbres* (1797), tradución e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 2005, p. 216 e ss.).

20 ALEXY, R., *Teoría*, cit., p. 189.

21 ALEXY, R., *Teoría*, cit., p. 187.

Noutra orde de cousas, que a decisión sexa libre non significa a presenza dunha liberdade, a cal é definida pola tradición kantiana como independencia do arbitrio á intervención do outro, de xeito que a decisión libre é condición da liberdade do paciente coma valor xurídico obxectivo que debe rexer toda relación xurídica. Do anterior despréndese unha resposta negativa ao respecto da pertenza do consentimento informado á categoría das liberdades, en tanto que a opinión do profesional médico é en gran medida decisiva para a toma de decisión do paciente, sendo a contorna social un impedimento á conceptualización do consentimento como liberdade, pois a vontade do suxeito aparecería condicionada²².

Non obstante, unha formulación da liberdade xurídica que restrinja a súa conceptualización a supostos nos que non existe inxerencia externa semella demasiado restritiva e incluso irreal, ata o punto de chegar a negar a existencia da liberdade mesma²³, xa que todo suxeito atópase en toda ocasión influído pola contorna social, en tanto que a vontade do individuo é un produto sociocultural. Polo tanto, este cuarto elemento non pode posuír un peso tal que faga rexeitar o consentimento informado como unha liberdade negativa referida a unha alternativa de acción.

V. CONCLUSIÓNS

A principal achega do presente traballo é un estudo analítico do consentimento informado, en tanto que norma adscrita de dereito fundamental, e desde unha óptica poliédrica, é dicir, como unha inmunidade, pero tamén como un poder ou competencia do paciente. Non abonda xa con acudir simplemente a un dereito de defensa, isto é, configurar o consentimento informado como mera inmunidade, dado que as reivindicacións veñen da man da autonomía do paciente como suxeito protagonista na relación médica. Deberase pois considerar o consentimento informado na súa totalidade, como unha relación de ida e volta, de comunicación e decisión si se quere, entre os suxeitos implicados, mais o dominio da relación deberá recaer principalmente no protagonista, quen non é outro que o paciente, como suxeito informado que decide e consente voluntariamente un tratamento, o cal é posuidor dun dereito fundamental que o ampara.

Amais, cómpre destacar a importancia da comunicación da información polo médico ao paciente, pois constitúe o eixe da relación xurídica subxacente ao dereito ao consentimento informado, en tanto que posibilita a toma de decisións ao aportar os datos en torno aos que xira o obxecto da mesma. Así mesmo, a introdución deste elemento na súa estrutura conceptual ten relevancia, en tanto que constitúe o groso das obxeccións á súa consideración como liberdade negativa, en tanto que liberdade individual do paciente e referida a unha alternativa de acción, se ben a tese do consentimento informado como

22 BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, tradución de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003, p. 305.

23 PRIETO SANCHÍS, L., "Autonomía y derecho", en AA.VV., *Justicia, Solidaridad, Paz*. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz (Jesús Ballesteros, M^a Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez e Antonio Luis Martínez Pujalte), Volume I, Valencia, Universitat de Valencia, Colegio Notarial de Valencia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, p. 392.

liberdade non é rexeitábel só pola mera presenza dunha inxerencia social na vontade do paciente.