

**NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
SANITARIA. OPTIMIZANDO LA PRAXIS MÉDICA Y JURÍDICA
EN CLAVE DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS
FUNDAMENTALES¹**

***NEW PROFILES OF HEALTH PATRIMONIAL LIABILITY.
OPTIMIZING MEDICAL AND LEGAL PRACTICE UNDER A
MULTILEVEL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS
PERSPECTIVE***

LUIS JIMENA QUESADA

Catedrático de Derecho Constitucional

Universitat de València

[http:// orcid.org/0000-0003-4041-0576](http://orcid.org/0000-0003-4041-0576)

Cómo citar este trabajo: Jimena Quesada, L. (2024). Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial sanitaria. Optimizando la praxis médica y jurídica en clave de protección multinivel de derechos fundamentales. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (1), 1-39|lex|tra|fd. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10353>

RESUMEN

El presente artículo pretende mejorar las sinergias entre la praxis médica y la jurídica con objeto de optimizar el disfrute del derecho a la salud. El enfoque del autor se basa en la tutela multinivel de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta especialmente los estándares evolutivos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2021-128309NB-I00, así como en el marco de los grupos de investigación de la Universitat de València “Derechos Humanos y Carta Social Europea” (referencia: GIUV2013-148) y “Bioderecho” GIUV2016-325).



En este sentido, se analizan los aspectos deficitarios de la jurisprudencia española (tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional) en materia de responsabilidad sanitaria de la administración pública. A tal efecto, se somete a examen el alcance del consentimiento informado y la posibilidad de tratamientos médicos alternativos en conjunción con el principio de facilidad probatoria y la dimensión procedimental (además de sustancial) de los derechos humanos en juego (principalmente los reconocidos en los artículos 2, 3, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En realidad, la recepción doméstica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, así como de otros estándares europeos (Comité Europeo de Derechos Sociales, o Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, entre otros), debería facilitar una correcta *lex artis* (médica y jurídica) desde la primera línea de actuación. En definitiva, el artículo incluye unas pautas para que, en caso de fallar el principio de subsidiariedad y las jurisdicciones nacionales no sean coherentes con los estándares europeos, las eventuales demandas ante el Tribunal Europeo puedan estar bien argumentadas y tener mejores posibilidades de éxito.

PALABRAS CLAVE: Reclamaciones por responsabilidad sanitaria, *lex artis*, consentimiento informado, tratamientos alternativos, facilidad probatoria, derechos conexos, jurisprudencia europea.

ABSTRACT

This paper aims to improve synergies between medical and legal practice in order to optimise the enjoyment of the right to health. The author's approach is based on the multilevel protection of fundamental rights, taking into account in particular the evolving standards of the case-law from the European Court of Human Rights. In this sense, it analyses the deficit aspects of Spanish case-law (both of the Supreme Court and the Constitutional Court) in the area of liability of health administration. To this end, the scope of informed consent and the possibility of alternative medical treatment are examined in conjunction with the principle of ease of proof and the procedural (as well as substantial) dimension of the human rights at stake (mainly those recognised in articles 2, 3, 6 and 8 of the European Convention on Human Rights). Indeed, the domestic reception of the case-law from the Strasbourg Court, alongside other European standards (the European Committee of Social Rights, or the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine, among others), should facilitate a correct *lex artis* (medical and legal) from the first line of action. In short, the essay includes some guidelines so that, in the event that the principle of subsidiarity fails and national jurisdictions are not consistent with European standards, possible individual applications to the European Court can be well founded and have a better chance of success.

KEYWORDS: Health claims, informed consent, *lex artis*, alternative treatment options, ease of proof, connecting rights, european case-law.

SUMARIO

I. Consideraciones introductorias: estándares evolutivos de los derechos fundamentales en el enfoque de los asuntos sobre responsabilidad patrimonial sanitaria.

II. Reconsideración de los asuntos sobre responsabilidad sanitaria por la jurisdicción ordinaria: la ponderación de la carga de la prueba:

- 1. Aproximación a los perfiles básicos de la responsabilidad patrimonial sanitaria.*
- 2. Un enfoque de derechos fundamentales como garante de los principios de facilidad probatoria y de pérdida de la oportunidad.*
- 3. Consentimiento informado y tratamientos alternativos.*
- 4. Retroalimentación de los derechos fundamentales implicados en el respeto del derecho a la salud.*

III. Especial trascendencia ante el Tribunal Constitucional: procedimiento equitativo, derechos conexos con la salud y consentimiento informado:

- 1. Facilidad probatoria en la acreditación de la responsabilidad sanitaria.*
- 2. Libre e informada decisión del paciente y opciones médicas.*
- 3. Interpretación favor libertatis en la ponderación de los derechos conexos con la salud.*

IV. Manifiesta fundamentación y apariencia de violación de los derechos en juego: hacia una evolución de la jurisprudencia europea:

- 1. El foco en el TEDH:*
 - 1.1. Planteamiento general sobre los supuestos de responsabilidad sanitaria.*
 - 1.2. Facilidad probatoria y derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para acreditar la responsabilidad sanitaria.*
 - 1.3. Consentimiento informado y tratamiento médico alternativo.*
 - 1.4. Interpretación pro personae en el análisis de los derechos relacionados con la salud.*
- 2. Breve alusión a las sinergias con otras instancias e instrumentos continentales: el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina.*

V. Consideraciones finales: la necesaria asunción de los estándares jurisprudenciales europeos desde la primera línea de actuación, médica y jurídica.

Bibliografía.

I. Consideraciones introductorias: estándares evolutivos de los derechos fundamentales en el enfoque de los asuntos sobre responsabilidad patrimonial sanitaria

El presente trabajo tiene por objeto contribuir a la mejora del tratamiento de los asuntos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria, tanto por parte del personal médico como por parte de los operadores jurídicos. En efecto, la optimización de las sinergias entre la praxis médica y la jurídica resulta crucial, como esencial es asimismo la interacción de los diversos niveles de protección de los derechos fundamentales implicados.

Desde esta perspectiva, el derecho a la salud, indisolublemente unido a los derechos a la vida y a la integridad, forja una irremediable conexión entre los objetivos de quienes trabajan en el sistema sanitario y de quienes lo hacen en el sistema jurídico; pues, en última instancia, el primero persigue la satisfacción de la Salud y el segundo pretende la realización de la Justicia y, en ambos casos, el objetivo común es el respeto de la Dignidad inherente a toda Persona.

Esa confluencia de objetivos se manifiesta con especial vigor en los asuntos de responsabilidad patrimonial sanitaria. Exactamente, no debe percibirse una tensión dialéctica entre la profesión médica y la jurídica, puesto que, sin perjuicio de protocolos de actuación y de exigencias deontológicas, la *lex artis* constituye un imperativo que atañe tanto a la praxis médica como a la praxis legal. Bajo tal ángulo, la eventual exigencia de responsabilidad patrimonial sanitaria se sustancia a través de cauces jurídicos pero, correlativamente, el procedimiento legal solamente puede desenvolverse con garantías mediante el contrastado soporte probatorio aportado por la pericia médica.

Dicho lo anterior, el trabajo va a centrarse en el estudio de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y, consiguientemente, pondrá el foco en los retos que se presentan a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa en la materia (apartado II), así como en su prolongación en sedes jurisdiccionales constitucional (apartado III) y europea (apartado IV), sin olvidar que, en definitiva, los estándares jurisprudenciales europeos tendrán tanto más sentido cuanto mayor grado de efectividad adquieran desde la primera línea de actuación, médica y jurídica (apartado V).

Ahora bien, los estándares evolutivos sobre derechos fundamentales en los casos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria no son ajenos a situaciones en donde la *lex artis* médica tenga su origen en controversias, no examinadas en el presente estudio, que se sometan al orden penal, que deriven de atención sanitaria privada (orden civil) o que se ventilen a través de reclamaciones de incapacidad formuladas ante la administración de la Seguridad Social (orden social). De hecho, si llegan dichas controversias a través del amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) o tras el agotamiento de los recursos nacionales por medio de una demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la doctrina de la eficacia horizontal o frente a terceros o *inter privatos*

(*Drittwirkung*) propicia denunciar frente a actuaciones públicas y privadas que pongan en juego el derecho a la salud y los derechos conexos².

Al margen de ello, las reclamaciones por responsabilidad patrimonial sanitaria en el orden contencioso-administrativo son susceptibles de cierta complejidad, en la medida en que pueden, por ejemplo, venir precedidas por denuncias ante las jurisdicciones penales, contar con pronunciamientos previos de los órganos jurisdiccionales sociales, o implicar como partes codemandadas (junto a la administración) a compañías aseguradoras privadas en vía contencioso-administrativa³. Subsidiariamente, algunas de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial sometidas al TC se encauzarán mediante el denominado recurso de amparo mixto, dirigiéndose contra la resolución controvertida de la administración sanitaria (a menudo, desestimación presunta por silencio administrativo) y contra las resoluciones desfavorables de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos⁴.

Con estos mimbres, a lo largo del trabajo se postulará que los estándares evolutivos de los derechos involucrados en las reclamaciones de responsabilidad sanitaria (salud - incluido el consentimiento informado-, imbricada con la vida y la integridad, pero también vida privada y familiar y tutela judicial efectiva) vayan a la par de la noción de obligación positiva. Dicho enfoque comportará una reconsideración por parte de las jurisdicciones ordinarias en la ponderación de la carga de la prueba y en la actitud de dichas jurisdicciones para mejor proveer a la efectividad de la tutela judicial; en paralelo, el TC habrá de asumir esa misma reconsideración a la hora de examinar, de modo más motivado, el requisito de la especial trascendencia constitucional, haciéndose eco eventualmente de la recalificación de los derechos operada por el TEDH; y, por su lado, la propia Corte de Estrasburgo tendrá que seguir propiciando una recalificación equitativa de los derechos convencionales invocados al confrontarlos con los catálogos constitucionales, sin aplicar motivos implacables de inadmisibilidad (recurso manifiestamente infundado o falta de apariencia de violación de derechos) cuando haya indicios claros de que las jurisdicciones nacionales (incluida la constitucional) han omitido inmotivadamente la recepción de la jurisprudencia europea.

Sin lugar a duda, el aspecto que más desazón genera en los operadores jurídicos y, por extensión y sobre todo, en las potenciales o reales víctimas, es el uso de fórmulas estereotipadas de inadmisibilidad o rechazo por parte del TC y del TEDH. Y ello, naturalmente, provoca asimismo falta de credibilidad en esas altas garantías (constitucional y europea) que, por más que sean subsidiarias, son vistas como el último remedio y esperanza por miles y millones de personas. En realidad, seguramente son numerosísimos los casos de personas afectadas por una deficiente asistencia sanitaria

² Véase TOMÁS MALLÉN, Beatriz: “Derechos fundamentales y *Drittwirkung* en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el Derecho europeo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022, pp. 207-235.

³ Sobre la dualidad jurisdiccional que se mantiene entre los órdenes jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo y de lo civil, y de cómo esa dualidad afecta a la posición de la compañía aseguradora en el procedimiento de reclamación, y al Derecho aplicable para sustanciar el fondo del asunto, véase CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 34, 2020, pp. 81-98.

⁴ Entre otras muchas, véanse las SSTC 56/2019, de 6 de mayo, o 78/2023, de 3 de julio.

cuyas reclamaciones de responsabilidad patrimonial pasan sin pena ni gloria por el TC (también por el TEDH), quedándose desgraciadamente por el camino procesal (auténtico peregrinaje) muchos casos de sufrimiento y de olvido.

Ante ello, ciertamente hemos de ser conscientes de la enorme casuística en la que se mueven las reclamaciones de responsabilidad sanitaria (un drama individual para cada reclamante que en los últimos años se ha visto inmerso en la tragedia colectiva de la pandemia de Covid-19⁵). No obstante, y justamente por ello, parece pertinente reflexionar sobre el establecimiento de unas reglas hermenéuticas que, en lo que concierne al TEDH (el cual también debe sentirse interpelado a optimizar su jurisprudencia en consonancia con la concepción del CEDH como instrumento vivo y sensible a las necesidades de las personas), sirvan de pautas más generales (de necesaria asunción por mandato constitucional, interpretativo y aplicativo de conformidad con los artículos 10.2 y 96, respectivamente, de la Constitución española -CE-)⁶ para resolver de la forma más equitativa posible, y con mayor coherencia en términos de igualdad y de seguridad jurídica, los casos que se sometan a la jurisdicción nacional; y, con carácter previo, a los órganos consultivos correspondientes. Y, por descontado, la estrategia procesal de quienes asuman la defensa de las partes enfrentadas ha de servirse de dichas pautas jurisprudenciales⁷.

⁵ Interesantes aportaciones al respecto pueden leerse en el n.º 35, enero-junio 2021, de la *Revista Española de la Función Consultiva*, monográfico sobre *Responsabilidad patrimonial sanitaria y COVID-19*.

⁶ Sobre el alcance del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE, por todos, SÁIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. Y, en cuanto a la jurisprudencia constitucional relevante véanse, entre otras muchas, SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 6; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; 68/2005, de 31 de marzo, FJ 2; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 3; 44/2019, de 12 de febrero, FJ 2; 184/2021, de 28 de octubre, FJ 14, y 11/2023, de 23 de febrero, FJ 3.

⁷ CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Lo que hay que saber de la responsabilidad de la administración sanitaria”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 6 de marzo de 2021: <https://delajusticia.com/2021/03/06/lo-que-hay-que-saber-de-la-responsabilidad-de-la-administracion-sanitaria/>: “bueno será que la respuesta judicial afine en el acierto y sea congruente con la buena técnica jurídica. (...) tampoco el ciudadano entendería que similares daños sanitarios se aprecien con distinto criterio y valoración de sus consecuencias según Juzgados o Salas distintas. Difícil será convencer a la víctima o pacientes de la desigualdad de criterio por mucho que la discrepancia de resultado pueda deberse a las siguientes circunstancias que pueden inclinar la balanza de la Justicia en cada caso: 1. El distinto criterio del Consejo consultivo, que puede ser más generoso o restrictivo en sus dictámenes ante las reclamaciones de esta naturaleza. 2. La diferencia de actuación procesal de los letrados, tanto del demandante como del letrado público que toca en suerte. Y ello porque la estrategia procesal en la responsabilidad sanitaria es importantísima, en cuanto a los peritos de parte, a si se plantea una pericia judicial, o en cuanto a los fundamentos de responsabilidad a esgrimir y argumentar. (...) 4. Pero, sobre todo, porque el factor diferencial de las sentencias en esta materia vendrá anclado en la singularidad de cada caso, de cada patología, de cada paciente, de los medios, del estado de la ciencia médica y de la asistencia realmente prestada. 5. Y cómo no, porque la ciencia médica no es exacta como las matemáticas y en el caso concreto existirán infinidad de escenarios críticos donde difícil es decidir y acertar, o porque el desarrollo de la enfermedad responde a factores inaccesibles”. Del mismo autor, para acercarse a las singularidades sectoriales en materia de responsabilidad patrimonial, véase CHAVES GARCÍA, José Ramón: *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Salamanca, Amarante, 2021, especialmente pp. 286 y ss.

II. Reconsideración de los asuntos sobre responsabilidad sanitaria por la jurisdicción ordinaria: la ponderación de la carga de la prueba

1. Aproximación a los perfiles básicos de la responsabilidad patrimonial sanitaria

Como es sabido, es abundantísima la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre responsabilidad patrimonial sanitaria. Efectivamente, al lado de una interesante doctrina de los órganos que ejercen la función consultiva a nivel estatal y autonómico pronunciándose sobre asuntos de responsabilidad sanitaria, en lo atinente al presente análisis cabe recordar que existe un sólido *corpus* jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo (TS) y conocido por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y las Salas de tal orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con ello en mente, el problema radica entonces en que contamos con una ingente y desbordante casuística en la materia. Frente a ello, no resulta sencillo hallar pautas aplicativas homogéneas al intentar hacerse eco del citado *corpus* jurisprudencial; al contrario, semejante casuística es a su vez germen de disfunciones que, a lo peor, se saldan en la vulneración del derecho a la salud y derechos fundamentales conexos. A este respecto, sería muy pretencioso en el presente trabajo, y acaso ilusorio, cifrar todas y cada una de dichas disfunciones. En consecuencia, la pretensión del análisis, más modesta pero con impacto real en los derechos fundamentales de las personas afectadas, se encamina a alertar sobre algunas disfunciones graves que merecerían ser corregidas por la jurisdicción ordinaria y por la jurisdicción constitucional a la vista de la jurisprudencia europea (tampoco ajena a su reconsideración).

Pues bien, lo primero que conviene dejar sentado es que la jurisprudencia ordinaria española sobre responsabilidad patrimonial sanitaria ha establecido razonables criterios al estudiar la relación de causalidad y el alcance de la *lex artis* o del consentimiento informado, así como al aproximarse a las modalidades de responsabilidad o a la ponderación de la carga de la prueba, e igualmente al delimitar el principio de pérdida de oportunidad o fijar indicadores indemnizatorios equitativos⁸.

Expresado lo cual, el objetivo prioritario del presente estudio consiste en extraer, más allá de los pormenores y vicisitudes de cada caso concreto, patrones de actuación general susceptibles de ser optimizados a través de la incorporación de la mencionada estandarización de los criterios jurisprudenciales internacionales. Como se decía, es prácticamente imposible acercarse a través de las bases de datos a todos los casos en que se habría podido producir, o no, la criticada disfunción.

Por añadidura, cabe observar que las bases de datos jurisprudenciales (a título de ejemplo, la del CENDOJ) no recogen todos los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos en la materia que nos ocupa (o de otros órganos y órdenes jurisdiccionales en otras materias). Con tal espíritu, intentando poner rostro humano a la

⁸ Una indispensable obra para conocer con exhaustividad los principales lineamientos de la jurisprudencia ordinaria en la materia es la de GALLARDO CASTILLO, María Jesús: *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Madrid, Colex, 2021.

Justicia desde nuestra actividad universitaria investigadora, hemos tenido ocasión de conocer algún supuesto de decepcionante sentencia contencioso-administrativa de Tribunal Superior de Justicia (TSJ) sobre responsabilidad sanitaria que no figura en base de datos, como tampoco los ulteriores pronunciamientos del TS o del TC inadmitiendo con fórmulas estereotipadas los correspondientes recursos de casación y de amparo, respectivamente. Es más, este tipo de supuestos es el que ha motivado mayormente la elaboración del presente trabajo, aderezado con la lectura de numerosas resoluciones judiciales (nacionales y europeas) que interpelan a optimizar la praxis médica y jurídica en clave de protección multinivel de derechos fundamentales.

Veamos las principales pistas de reflexión orientadas a procurar dicha optimización, y que cabe cifrar en las tres siguientes.

2. Un enfoque de derechos fundamentales como garante de los principios de facilidad probatoria y de pérdida de la oportunidad

En primer lugar, desde la óptica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE (y artículo 6 CEDH) en su vertiente de utilización de los medios pertinentes de prueba (determinante para verificar la *lex artis* médica), la proclamación del principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC) no debe caer en saco roto cual mera cláusula de estilo. El respeto de la igualdad procesal de armas, impone (so pena de vulnerar los artículos 24 CE y 6 CEDH) que la ponderación contradictoria de los informes periciales de la administración sanitaria y de la parte recurrente vaya acompañada de una pericial judicial por sorteo o insaculación⁹ (presumiblemente más imparcial, pese a que la pericial judicial no tenga *a priori* necesariamente mayor peso)¹⁰, ya sea por haberla

⁹ Con un perito judicial sorteado o insaculado se contará con más elementos para determinar si el tratamiento alternativo posible existía y era viable: véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 9 de marzo de 2011, recurso de casación n.º 1773/2009. Otros ejemplos en la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) del País Vasco n.º 71/2021 de 3 de marzo de 2021, recurso n.º 484/2020; en la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de la Comunitat Valenciana n.º 342/2022 de 12 de mayo de 2022, recurso n.º 269/2019; en la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1) de Murcia n.º 90/2023 de 22 de febrero de 2023, recurso n.º 332/2019; o en la Sentencia del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10) de Madrid n.º 768/2023 de 28 de septiembre de 2023, recurso n.º 887/2021.

¹⁰ Como ha recordado GARCÍA SANZ, Javier: “Los informes de peritos designados por las partes en el procedimiento contencioso-administrativo. Reciente doctrina del Tribunal Supremo y efectos de la reforma introducida por la Ley de medidas de agilización procesal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º Extraordinario 1, 2011, p. 71: “En lo que hace referencia a la valoración de la prueba pericial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tiene declarado que tanto la elaborada por peritos designados por las partes como la que procede del perito designado judicialmente tienen el carácter de auténtica prueba pericial, que debe en consecuencia valorarse en todos los casos con arreglo a las reglas de la «sana crítica». No existe, por tanto, una primacía apriorística de la «pericial judicial» sobre la pericial «de parte». (...) Naturalmente, al aplicar esa regla de valoración [se refiere al principio de «sana crítica», los órganos jurisdiccionales tenderán, en la práctica y como regla general, a conferir más valor a la prueba emitida por perito designado por el propio órgano que a la elaborada por perito designado por las partes, al ofrecer generalmente mayores garantías de imparcialidad”.

solicitado alguna de las partes procesales (normalmente la parte demandante) ya sea incluso como diligencia final para mejor proveer¹¹.

Somos conscientes del peso de los informes de la administración sanitaria, dados los medios avanzados con los que cuenta en un país como España. Y nos hacemos cargo asimismo, según nuestra praxis jurisprudencial en este terreno, del carácter endeble de algunas pruebas aportadas por las partes recurrentes cuando van avaladas por un facultativo que no es especialista en la praxis médica litigiosa y, diversamente, se limita a exhibir su condición de experto en la valoración del daño a la vista de los informes médicos ya evacuados, sin un diagnóstico propio¹². Por el contrario, cuando el perito de la parte reclamante sea un reconocido especialista, su informe se perciba como sólido y, además, critique el tratamiento médico realizado con apoyo en posibles tratamientos alternativos, la prueba pericial judicial no debiera ser omitida (en beneficio de la administración sanitaria y en perjuicio de la parte recurrente)¹³.

¹¹ Véase, en tal sentido, el artículo 61 LJCA: “1. El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria. 3. Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de lo previsto en los dos apartados anteriores. 4. Si el Juez o Tribunal hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el Secretario judicial pondrá de manifiesto el resultado de la prueba a las partes, las cuales podrán, en el plazo de cinco días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia. 5. El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos. A los efectos de la aplicación de las normas sobre costas procesales en relación al coste de estas pruebas se entenderá que son partes todos los intervinientes en los procesos sobre los cuales se haya acordado la extensión de sus efectos, prorrateándose su coste entre los obligados en dichos procesos al pago de las costas”.

¹² Como ilustración de ello, en la Sentencia n.º 1458/2005 de 15 de julio de 2005 del TSJ de la Comunitat València (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), recurso n.º 1620/2001, se observa (FJ 3): “la estrategia procesal de la parte actora no ha sido la más afortunada, al no haber propuesto una prueba pericial que ofreciera una valoración más cualificada de los informes médicos obrantes al expediente; paralelamente, la comparecencia de médicos no especialistas en los problemas concernientes en cada caso a una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria aconsejaría una especie de sana autocrítica previa que eventualmente condujera al *self-restraint*, cuanto menos si el testimonio de esos médicos no es una mera prueba más, sino que sobre ellos van a girar las expectativas y va a recaer el peso de las pretensiones de los justiciables”.

¹³ Con análogo objetivo que el citado artículo 61 LJCA, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su Exposición de Motivos recuerda los criterios de equidad e igualdad de armas y contradicción que debe regir el proceso: “La Ley suprime las denominadas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado. La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción”. A ello responde el artículo 435 LEC: “1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1.ª No se

En otros términos, cabría apreciar una conculcación del derecho a un proceso equitativo si no se practica prueba pericial judicial, dándose prevalencia a la prueba de la administración sanitaria, cuando:

- a) El informe pericial de la parte recurrente está emitido por facultativo especialista en el campo médico controvertido y critica con solidez las pruebas médicas de la administración demandada (y, más aún, cuando entre los propios informes médicos de la administración se detecten dudas o contradicciones), y
- b) El informe pericial de la parte demandante contenga, además, una propuesta razonable de tratamiento alternativo que podría haber evitado o paliado el daño causado, máxime si se trata de un daño o resultado desproporcionado¹⁴.

En ambos casos, tanto si se verifica el uno o el otro, como *a fortiori* si concurren los dos, resulta insoslayable la práctica de la prueba pericial judicial, con objeto de no vulnerar el derecho fundamental a un proceso justo. A tal efecto, dicha prueba habrá de practicarse, tanto a instancia de parte como, en su defecto, de oficio por parte del órgano juzgador como diligencia final para mejor proveer a la administración de justicia¹⁵.

practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”. De todos modos, el hecho de que la LEC sea supletoria en los demás órdenes jurisdiccionales (artículo 4), incluido el contencioso-administrativo (Disposición final primera de la LJCA), no debe hacer olvidar que incluso la nueva LEC de 2000 “sigue postulando una aplicación preeminente de los principios dispositivo y de aportación de parte”, lo cual adquiere una matización en el ámbito contencioso-administrativo (y en el preciso sector de la responsabilidad patrimonial sanitaria sobre el que versa el presente trabajo), en donde la posición de la Administración se compensa con el principio de facilidad probatoria (también establecido en el artículo 217.7 LEC) y, por ende, cabe subrayar el eventual impulso procesal de oficio desde la perspectiva de las obligaciones positivas y la efectividad de la tutela judicial: véase HURTADO MARTÍNEZ, Juan Antonio: “La prueba en el proceso contencioso”, *Diario La Ley*, n.º 8347 (Sección Tribuna), 4 de julio de 2014, p. 2.

¹⁴ Sobre esta cuestión, puede verse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación n.º 3536/2007): al afrontar la doctrina jurisprudencial del “daño o resultado desproporcionado”, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial sanitaria se condensa dicha doctrina en estos términos: “en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”; doctrina jurisprudencial citada por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 19 de septiembre de 2010 (recurso de casación n.º 8/2010), FJ 4, o posteriores como la STS n.º 1820/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 19 de diciembre de 2018 (recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 187/2017), FJ 1.

¹⁵ Como bien ha advertido CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Diligencias finales a la carta en lo contencioso-administrativo”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 27 de mayo de 2019:

Esta práctica de prueba pericial judicial, tanto a petición de parte como, sobre todo, por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, tiene cobertura en la legislación nacional (artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa -LJCA-) y en la praxis jurisprudencial de la Sala Contencioso-Administrativa del TS (por ejemplo, Auto de 13 de mayo de 2019, recurso n.º 4626/2016)¹⁶; pero, además, cabe concluir que configura una de las obligaciones positivas que se dependen de la efectividad del derecho a un proceso equitativo consagrado por el artículo 6 CEDH y la jurisprudencia pertinente del TEDH¹⁷.

La praxis jurisprudencial española avala dicha conclusión y, con tal orientación, cuando se haya procedido a la práctica de la prueba judicial, el fallo estimatorio o desestimatorio habrá sido procedimentalmente respetuoso con los dictados del artículo 6 CEDH, teniendo en cuenta, con tal proceder sí, el margen de apreciación nacional y la situación más idónea y cercana de los órganos jurisdiccionales domésticos en la apreciación de las pruebas.

<https://delajusticia.com/2019/05/27/diligencias-finales-a-la-carta-en-lo-contencioso-administrativo/>: “En el ámbito civil las diligencias finales se rodean de cautelas (435 LEC: «Sólo a instancia de parte...») porque al fin y al cabo, se trata de introducir una alteración en un proceso marcado por el principio dispositivo e igualdad de las partes. En cambio, en el proceso contencioso-administrativo impera la huella del principio inquisitivo porque aplica el derecho público, tras el que están intereses generales, lo que puede aconsejar la intervención de emergencia del órgano jurisdiccional para disponer de oficio, sin que lo pidan e incluso en contra de las partes, la prueba que estime oportuno”.

¹⁶ En el FJ 1 de dicho Auto se razona: “el artículo 61.2 de la LJCA no excluye actuar como se ha hecho por la Sala. En primer lugar, es preciso subrayar la amplitud con la que el precepto contempla la posibilidad de que el tribunal acuerde de oficio las diligencias de prueba que entienda imprescindibles o necesarias para la resolución del asunto, permitiendo que se haga ya finalizado el período probatorio. En ese mismo sentido de amplia flexibilidad ha de ser interpretada la referencia del precepto a que las diligencias de prueba se acuerden hasta que el asunto haya sido declarado concluso para sentencia, momento en el cual se efectúa el señalamiento para votación y fallo. Pues advertida por la Sala la necesidad de la práctica de una prueba, incluso en la propia deliberación, nada obsta a que se suspenda el señalamiento y se acuerde la misma, tal como sucede en ocasiones y ha ocurrido en este caso. Y a tal efecto es irrelevante que la Sala rectifique su criterio anterior sobre la utilidad de un determinado medio de prueba a la luz de la deliberación sobre el asunto”. Véase en igual sentido el Auto TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 31 de julio de 2020, recurso n.º 2855/2016, FJ 2. Al comentar el citado Auto de 13 de mayo de 2019, añade CHAVES GARCÍA; José Ramón: “Diligencias finales a la carta en lo contencioso-administrativo”, ya cit.: “Lo normal serán diligencias finales para traer a los autos pericias judiciales sobre cuestiones técnicas (justiprecio de la expropiación, valoración de daños o causas en responsabilidad sanitaria, comprobación hechos infractores o consecuencias, etcétera) pero cabe cualquier tipo de prueba imaginable (testifical, pericial, reconocimiento judicial, etcétera). Bien está dominar los recovecos del derecho procesal, especialmente cuando son criterios jurisprudenciales que aclaran o completan la fría letra de la ley”. Y, al comentar el posterior Auto de 31 de julio de 2020, apostilla el propio CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Esas diligencias finales que presagian imprevistos finales”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 16 de septiembre de 2020: <https://delajusticia.com/2020/09/16/esas-diligencias-finales-que-presagian-imprevistos-finales/>: “Si algo diferencia a la jurisdicción civil de la contenciosa, es el papel más beligerante de los jueces en este campo del derecho público, hasta el punto de que pueden abandonar su condición de esfinge y disponer la práctica de novedosas diligencias de prueba, por iniciativa propia, una vez conclusos los autos, al amparo del art.61.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

¹⁷ Entre otras, STEDH *Czekalla c. Portugal* de 10 de octubre de 2002, § 71, o *Prájinã c. Rumanía* de 7 de enero de 2014, § 60.

3. Consentimiento informado y tratamientos alternativos

En segundo término, y en conexión con lo anteriormente reseñado, bajo el prisma del derecho fundamental a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH (y su equivalente en el artículo 18 CE), cuando de las dudas y contradicciones expresadas en los informes médicos de la propia administración sanitaria o en el informe del facultativo especialista de la parte recurrente se desprenda o se postule la posibilidad de tratamiento o tratamientos alternativos, tal elemento deberá figurar o acreditarse explícitamente como parte del consentimiento informado. De lo contrario, se producirá una violación del mencionado derecho fundamental. Y no nos encontramos ante un mero prurito jurídico o legalista, pues la información sobre esas alternativas se ha resaltado también desde los especialistas en Medicina, dado que los avances médicos tienen como correlato la complejidad de las decisiones a adoptar¹⁸. Correlativamente, bajo el pretexto de dicha complejidad, desde determinados sectores se ha criticado que algunos facultativos se vean tentados de incitar o empujar (*nudging*) a los pacientes a no informarles verazmente sobre las opciones médicas posibles, viciando de tal modo el genuino consentimiento para orientarlo hacia la intervención médica postulada por dichos facultativos¹⁹; de esta forma, se traza una tenue frontera entre consentimiento informado y decisión compartida a cuenta de la “recomendación médica”²⁰.

Advertido lo anterior, en la praxis jurisprudencial española se ha conocido una evolución, desde una concepción paternalista del conocimiento informado hacia una puesta en valor de la autonomía del paciente²¹; y se ha tenido asimismo presente la relevancia de la existencia o no de dicho conocimiento, acreditado mediante el documento pertinente²². En esta línea, en caso de existir el documento de consentimiento, su contenido se enmarca

¹⁸ Así lo han destacado ORTIZ, Armando, y BURDILES, Patricio: “Consentimiento informado”, *Revista Médica (Clínica Las Condes)*, vol. 21, n.º 4, 2010, p. 645: ambos autores, desde el conocimiento de la ciencia médica y de las decisiones que se toman en dicho ámbito, han subrayado que “para realizar una intervención a un paciente, típica decisión en medicina, el profesional debe conocer la efectividad y los recursos que implica la intervención y cada una de sus alternativas antes de intervenir. La medicina basada en pruebas es de gran utilidad en este proceso; es necesaria pero no suficiente, porque no se puede realizar una intervención, por efectiva y eficiente que sea, sin tener en cuenta las preferencias del paciente. Para ello es preciso informarle de todo lo que quiera saber en lo que se refiere a su enfermedad, a la intervención propuesta y a sus alternativas”.

¹⁹ Así lo ha observado SIMKULET, William: “Informed consent and nudging”, *Bioethics*, n.º 33, 2019, p. 174.

²⁰ SCHUMACHER, Bernard, y PIGUET, Jean-Gabriel: “Les ambiguïtés de la décision partagée: l’autonomie fondée sur la délibération et la relation”, *Éthique&Santé*, vol. 17, n.º 3, 2020, pp. 181-198.

²¹ Véase STS (Sala de lo Civil, Sección 1) n.º 828/2021 de 30 de noviembre de 2021, recurso de casación n.º 5955/2018, FJ 2.

²² Véase, en sentido estimatorio del recurso de casación, con la jurisprudencia precedente relevante, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) n.º 140/2021 de 4 de febrero de 2021 (recurso de casación n.º 3935/2019, FJ 5: “De acuerdo con todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que: la falta de información al paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente del posible riesgo de infección hospitalaria, supone el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado en las condiciones legalmente establecidas, que la ausencia de la referida información constituye una infracción de la *lex artis*, que es susceptible de determinar el derecho a la correspondiente indemnización por el daño moral que supone la privación al paciente de la capacidad de decidir fundadamente”.

normalmente en el tipo de tratamiento o intervención quirúrgica aplicados y sus posibles efectos o riesgos, sin mención normalmente de eventuales tratamientos alternativos; pero sí existen algunos pronunciamientos dignos de mención, de naturaleza estimatoria, cuando el documento de consentimiento no ha contemplado posibles tratamientos alternativos²³, un enfoque que merece ser explotado y reforzado a la luz de los parámetros jurisprudenciales europeos (apartado IV *infra*). Sea como fuere, y aunque la persona titular del derecho a la salud no sea acreedora “de una obligación de resultado, toda vez que el restablecimiento de la salud en muchas ocasiones está fuera de las posibilidades humanas, sino de medios”, cuando menos “lo exigible es que se utilicen todos los medios disponibles”²⁴.

En puridad, habría que verificar el contenido concreto, y en cada caso, de los documentos de consentimiento informado y los protocolos que se sigan; pero, en cualquier caso, la ausencia de información acerca de posibles tratamientos alternativos comportará un atentado del derecho a la salud y derechos conexos. Así, dicha mención sobre las posibles alternativas médicas debería recogerse en los protocolos y en la normativa nacional sanitaria, puesto que no constituye una mera pauta deontológica, sino una exigencia jurídica en la que están implicados derechos fundamentales.

Como se avanzaba, el derecho fundamental de pertinente aplicación en el terreno de la salud, según la jurisprudencia del TEDH (se retomará, con más detalle, en el apartado IV,

²³ Una ilustración fundamental la suministra la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 1 de febrero de 2008, recurso de casación n.º 2033/2003, FJ 6: “En el documento relativo al consentimiento informado (folio 55 del expediente) consta la información referente a los riesgos que pueden derivarse de la laminectomía descompresiva que se practicó, entre los que se encontraba la paraplejía, así como los consentimientos prestados para ulteriores intervenciones efectuadas, para paliar las infecciones que se derivaron de aquella (tuvo que ser reintervenida la paciente por infección de la herida quirúrgica el 23 de febrero de 1999 y el 16 de abril de 1999), pero no consta que se le informase de un posible tratamiento alternativo con radioterapia, aceptando el propio Servicio de Traumatología del Hospital que únicamente se le informó que consideraban la laminectomía descompresiva como la técnica “indicada” para evitar “la inminente complicación secundaria a evolución natural de su metástasis”, intervención que ya se le propuso en 1997, pero que entonces fue rechazado por la paciente, que vuelve a requerir la asistencia médica, dos años después, cuando se reinstaura el cuadro doloroso. Así las cosas debe tenerse por probado como hace la Sala de instancia, que a la actora se le informó solo de los concretos riesgos que podían derivarse de la intervención quirúrgica, uno de los cuales era la paraplejía, pero la propia Inspección Médica reconoce que los estudios médicos consideraban el tratamiento quirúrgico una técnica controvertida en relación al síndrome de compresión medular inclinándose por la radioterapia y prescribiendo la técnica quirúrgica solo para supuestos muy concretos. La Administración ha probado que se informó a la paciente únicamente de los riesgos que podían derivarse de la laminectomía descompresiva, entre los que como hemos dicho se encontraba la paraplejía, pero sin embargo, no ha probado como debía, en función de cuanto antes se ha argumentado en relación a la carga de la prueba, que se hubiese informado a la actora de los tratamientos alternativos que podían aplicarse, y que los propios estudios médicos consideraban más seguros, como el tratamiento con radioterapia, y más si como la propia Inspección Médica reconoce en su Informe, la paraplejía hubiera sido en todo caso inevitable con o sin intervención quirúrgica, inevitabilidad de la que no se informó a la paciente, que precisamente se sometió a aquella para tratar de evitarla, asumiendo la paraplejía como un riesgo y no una consecuencia de la operación. Si la propia Administración sanitaria visto el Informe de la Inspección, consideraba inevitable la paraplejía, con mucha más razón hubiera debido informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos, que no hubiera podido conseguir los objetivos para cuya práctica dio aquella su consentimiento”.

²⁴ TAJADURA TEJADA, Idoia: “La protección de la salud (art. 43 CE)”, en TAJADURA TEJADA, Javier (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, p. 206.

infra), es la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. Desde este punto de vista, sobre ser verdad que la problemática del consentimiento informado es susceptible de análisis en términos de legalidad ordinaria en España y que el derecho a la salud del artículo 43 CE no integra el bloque de los protegibles directamente a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales o del recurso de amparo constitucional²⁵, no es menos cierto que -como ya se apuntó- los aspectos relacionados con la salud son indisociables de la vida y la integridad (y así se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia constitucional española y por la jurisprudencia europea)²⁶; y, en lo que afecta a casos de responsabilidad sanitaria y consentimiento informado, el TEDH los ha reconducido al citado artículo 8 CEDH.

Sabemos que la jurisprudencia constitucional española fue reticente en un primer momento a considerar homologables el artículo 8 CEDH y el artículo 18 CE, con menoscabo de los citados mandatos constitucionales interpretativo y aplicativo (artículos 10.2 CE y 96 CE, respectivamente), especialmente en cuestiones relativas a contaminación acústica o a reagrupación familiar de personas extranjeras²⁷. Diversamente, la jurisprudencia ordinaria sí hizo recepción de la jurisprudencia europea, con sintonía hacia la Corte de Estrasburgo y en clara asimetría con el TC. Confiemos en que, en esta ocasión, en lo relativo a la responsabilidad patrimonial sanitaria y al consentimiento informado, las jurisdicciones ordinarias y constitucional españolas sean permeables a la jurisprudencia del TEDH, a la ya existente (frente a España u otros países) y a la que pueda seguir forjándose.

4. Retroalimentación de los derechos fundamentales implicados en el respeto del derecho a la salud

En fin, la tercera pista tiene que ver precisamente con la conexión de derechos con respecto a la salud. Lo deseable sería que las jurisdicciones ordinarias españolas (y, desde luego, nuestra jurisdicción constitucional, apartado III *infra*) se hicieran eco de la jurisprudencia del TEDH referente al artículo 8 CEDH en el terreno de la responsabilidad sanitaria, encauzando los litigios bajo el ángulo del artículo 18 CE. De todos modos, la eventual utilización del cauce del artículo 15 CE en España ante las jurisdicciones ordinarias (y, posteriormente, ante la constitucional) no debiera ser un obstáculo para la asunción de la jurisprudencia europea.

²⁵ A ello cabe añadir que la responsabilidad patrimonial sanitaria se ha residenciado en el artículo 106 de la Constitución, como ha resaltado nuestra Jurisdicción Constitucional (por todas, STC 112/2018, de 17 de octubre, FJ 5) y ha sido asumido por nuestros tribunales ordinarios (por ejemplo, Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2- n.º 178/2024 de 15 de febrero de 2024, recurso n.º 171/2021, FJ 3).

²⁶ Con relación a dicha conexión y las sinergias de carácter multinivel, puede verse JIMENA QUESADA, Luis: “Artículo 43. El derecho a la salud”, en PÉREZ TREMPES, Pablo y SÁIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.): *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I (*Preámbulo a Artículo 96*), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 829-842.

²⁷ Véase JIMENA QUESADA, Luis: “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018, p. 833.

Lógicamente, con lo recién reseñado debe quedar claro que las cuestiones de responsabilidad patrimonial sanitaria no cabe reconducirlas exclusivamente a un problema de legalidad ordinaria. No son cuestiones de naturaleza baladí y, muy al contrario, excluir absolutamente la vía de protección especial preferente y sumaria ante las instancias judiciales ordinarias (y, ulteriormente, la vía del amparo constitucional) significa banalizar el sistema constitucional de derechos y libertades y su inserción multinivel en el sistema global.

En estas coordenadas, cuando las tres pistas de reflexión esgrimidas no sean tomadas en consideración por los juzgados de lo contencioso-administrativo o por las Salas contencioso-administrativas de los Tribunales Superiores de Justicia, el rechazo de un recurso de queja o de un recurso de casación ante el TS difícilmente podrá justificarse, con soporte en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, por medio de acuerdos desestimatorios (del primer tipo de recursos, declarando bien denegada la preparación del recurso de casación) o de inadmisión a trámite (del segundo tipo de recursos).

Es decir, atendidas las tres pistas de reflexión reseñadas, procederá la admisión del recurso de casación por entenderse que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (artículo 88.1 LJCA) y, por lo argüido anteriormente, aunque no haya sido dictada la resolución impugnada formalmente en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (artículo 88.2.i, *a sensu contrario*). En definitiva, la admisión deberá ir secundada por una sentencia favorable mediante la que se declare haber lugar la casación, puesto que los derechos fundamentales involucrados revelarán de forma meridiana que el litigio planteaba un problema jurídico cuyo cariz trascendía lo meramente casuístico.

III. Especial trascendencia ante el Tribunal Constitucional: procedimiento equitativo, derechos conexos con la salud y consentimiento informado

En congruencia con el hilo conductor hilvanado en el apartado precedente, resulta oportuno continuar reflexionando sobre las tres pistas de reflexión que interpelan, en esta ocasión a la jurisdicción constitucional española, a asumir los estándares optimizadores de la praxis médica y jurídica en clave de protección multinivel de derechos fundamentales.

1. Facilidad probatoria en la acreditación de la responsabilidad sanitaria

Primeramente, la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE cuenta con apuntes aislados en la jurisprudencia constitucional en el terreno de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en donde se ha llegado a otorgar el amparo por no haberse aplicado el principio de facilidad probatoria conculcándose el derecho a un proceso equitativo sin indefensión y con respeto de la igualdad de armas procesales. La STC 165/2020, de 16 de noviembre, suministra una valiosa ilustración que

se convertiría en paradigmática si se utilizara como patrón para la extensión, en condiciones de igualdad y seguridad jurídica, a supuestos análogos.

Sin embargo, un repaso de la jurisprudencia constitucional en la materia arroja un resultado poco esperanzador, mostrando que dicha ilustración es excepcional. Si atendemos a los criticados supuestos que, en el curso del agotamiento de los remedios jurisdiccionales ordinarios, no han contado con una ponderación contradictoria del historial clínico suministrado por la administración sanitaria y de los informes periciales proporcionados por la parte recurrente a través de una prueba pericial judicial, resulta chocante la inexistencia de más sentencias constitucionales estimatorias. Así, el otorgamiento del amparo sería la conclusión más razonable cuando, como se sostuvo en el apartado anterior (II, *supra*), se haya prescindido de una prueba pericial judicial pertinente pese a que el análisis contradictorio de las pruebas aportadas por las partes enfrentadas hiciera complejo decantar la balanza a favor de una de ellas.

Como también se dijo, la vulneración del derecho a la tutela judicial se perfilaría manifiesta si, a la vista de la delicada confrontación de las pruebas aportadas por la administración sanitaria y por la parte reclamante, se confiriera mayor peso a las de la primera sin practicar prueba pericial judicial dirimente. El carácter manifiesto de la vulneración se evidenciaría aún más si el informe pericial de la parte demandante hubiera sido evacuado por médico especialista resaltando aspectos débiles de las pruebas administrativas y, además, se barajare una proposición razonable de tratamiento alternativo²⁸. Así, de nuevo, la omisión de esa prueba pericial judicial pertinente (a instancia de parte o a iniciativa del órgano judicial como diligencia final para mejor proveer) tendría la trascendencia constitucional requerida para la admisión del amparo y, a continuación, obtener una sentencia constitucional estimatoria por violación del artículo 24 CE.

2. Libre e informada decisión del paciente y opciones médicas

En segundo lugar, en el mismo orden de consideraciones, la jurisprudencia constitucional española ha encauzado las situaciones litigiosas de consentimiento informado (encuadradas en el derecho a la salud -que deviene así una especie de “libertad de salud”²⁹- del artículo 43 CE y en 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

²⁸ Obviamente, no resultaría en principio exigible a la administración sanitaria la prestación de un tratamiento alternativo para una enfermedad que todavía no se había evidenciado y de cuya existencia no se podía sospechar por total ausencia de sus síntomas típicos: así, Sentencia n.º 1183/2023 del TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2) de Asturias de 29 de noviembre de 2023, recurso n.º 834/2022, FJ 6.

²⁹ Como una aproximación a la salud como diversa y complementaria de su “clásica” consideración como derecho prestacional, la evolución protectora ha llevado a hablar de “libertad de salud” (lo que cabría reconducir a aspectos como el consentimiento informado): con tal enfoque evolutivo, MORANA, Donatella: *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002, particularmente pp. 109 y ss. Véase asimismo JIMENA QUESADA, Luis: “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”, en TOMÁS Y VALIENTE, Carmen (coord.): *La salud: intimidad y libertades informativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 41-85.

documentación clínica, y normas concordantes de ámbito estatal o autonómico) por la protección brindada por el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE³⁰. Esto en el plano sustancial.

Lo cual no ha sido óbice para que, procedimentalmente, presente relevancia para el TC justamente bajo el ángulo de la tutela judicial efectiva, ya sea por haberse omitido la práctica de pruebas pertinentes para comprobar si se ha verificado o no una mala praxis médica, ya sea -como aspecto interrelacionado- por no haberse motivado por el órgano jurisdiccional ordinario competente el rechazo a la práctica de dichas pruebas. De todas formas, esa jurisprudencia constitucional es aislada. Así, en la STC 9/2015, de 2 de febrero, se recuerda que dicha problemática se había abordado únicamente con motivo de la STC 37/2011, de 28 de marzo³¹.

En esta última sentencia constitucional, por cierto, se otorgó el amparo declarando la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (artículo 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24); corrobora así el TC que una actuación judicial defectuosa respecto de un derecho sustancial puede acarrear una vulneración combinada del derecho a un proceso justo y del derecho material pertinente³². Esa combinación del derecho procesal (artículo 6 CEDH) con un derecho sustancial (más frecuentemente con el artículo 8 CEDH) en el terreno que nos concierne no es ajena a la praxis del TEDH, como se analizará más tarde (apartado IV, *infra*).

³⁰ Con tal visión, en la doctrina véanse BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 8, 2018, p. 279-296, así como MARTÍNEZ CRISTÓBAL, Daniel: “La *lex artis* y la responsabilidad sanitaria en España como garantía de defensa del derecho fundamental a la integridad física y moral”, *Revista Opinión Jurídica (Fortaleza)*, n.º 38, 2023, pp. 145-167. En el terreno de la jurisprudencia constitucional española, los pronunciamientos más recientes han versado en bastantes supuestos sobre la administración obligatoria de la vacuna frente a la Covid-19 en situaciones que afectaban a infancia y adolescencia u otras personas vulnerables: entre otras, SSTC 148/2023, de 6 de noviembre, FFJJ 4 y 5, o 24/2024, de 12 de febrero, FJ 3.

³¹ En la STC 39/2015 se advierte (FJ 3): en cuanto a la lesión del artículo 24.1 CE, “habría tenido lugar en el contexto de un proceso sobre una intervención sanitaria no estrictamente curativa en el que se hacía entrar en juego al consentimiento informado como uno de los factores pretendidamente desencadenantes de la responsabilidad administrativa objeto de discusión en el proceso a quo, aspectos sobre los que, más allá de la STC 37/2011, de 28 de marzo, no ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal”.

³² En la *ratio decidendi* de la STC 37/2011 puede leerse en relación con ello (FJ 7): “En definitiva, se puede afirmar que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Y las resoluciones judiciales impugnadas no tutelaron ese derecho al rechazar la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretando y aplicando las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho. Así pues, hemos de concluir que se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en la vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos fundamentales sustantivos representan en sí mismos una lesión de estos derechos (por todas, SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 8)”.

3. Interpretación *favor libertatis* en la ponderación de los derechos conexos con la salud

Finalmente, a la luz de lo acabado de reseñar, conviene reiterar que los litigios sobre responsabilidad patrimonial sanitaria por mala praxis médica (incluida la problemática del consentimiento informado) se encuadran habitualmente por el TEDH en el ámbito aplicativo del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. Por tal motivo, se ha postulado anteriormente una homologación en el proceder de la jurisprudencia constitucional para que se hiciera recepción de la jurisprudencia del TEDH con apoyo en el equivalente artículo 18 CE.

En sentido diverso, como viene analizándose, el TC español se ha decantado por enmarcar dichos litigios en el ámbito material del artículo 15 CE. Sobre este punto, cabe advertir que nuestra jurisdicción constitucional ha acudido al artículo 18 CE en supuestos de responsabilidad sanitaria, pero no tanto cuando entraba en escena el consentimiento informado con respecto a una controvertida praxis médica como tal, sino más bien por el juego de dicho consentimiento en el terreno más específico de la protección de datos personales en cuanto a la privacidad inherente a la historia clínica³³.

Un ejemplo de esto viene dado por la STC 70/2009, de 23 de marzo, en donde el recurrente aducía que la sentencia del TSJ impugnada, así como la actuación administrativa que confirmaba, habían vulnerado su derecho a la intimidad (artículo 18 CE) al no respetar la confidencialidad de su historial médico. El TC otorgó el amparo por violación de tal disposición constitucional. Ilustraciones de ello se encuentran asimismo en la jurisprudencia europea, de la que sí se hace eco el Alto Tribunal español en la citada STC 70/2009³⁴.

³³ En cuanto a la jurisprudencia europea pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos de violación del artículo 8 CEDH: SSTEDH *Panteleyenko c. Ucrania* de 29 de junio de 2006, *L.J. c. Francia* de 10 de octubre de 2006, *Armonas c. Lituania* y *Biriuk c. Lituania* de 25 de noviembre de 2008, y *L.H. c. Letonia* de 29 de abril de 2014.

³⁴ En el FJ 2 de la STC 70/2009 se razona: “El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5). Dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006, caso *L.L. c. Francia*, § 32). A esta afirmación se añade la monición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención, la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso *Z. c. Finlandia* de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso *L.L. c. Francia*, de 10 de octubre de 2006, § 44). La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección

El caso es que, siguiendo análogo razonamiento al utilizado con relación a las jurisdicciones ordinarias, sería deseable que el TC residenciara los litigios sobre responsabilidad sanitaria en el marco del artículo 18 CE como equiparable al artículo 8 CEDH, considerando de trascendencia constitucional a efectos de admisión del amparo (sin perjuicio de la dimensión probatoria ubicada en el artículo 24 CE) la omisión de información sobre tratamientos médicos alternativos en el documento de consentimiento; y ello especialmente -tal como se viene argumentando- en supuestos en donde la prueba pericial de la parte reclamante lo aconsejaba con fundamento y no se practicó prueba pericial judicial.

El TC podría operar esa recalificación de los supuestos litigiosos, para abordarlos desde el prisma del artículo 18 CE en lugar del artículo 15 CE. Semejante operación no debiera plantear problema alguno, tanto más cuanto que la jurisprudencia constitucional ya revela supuestos en los que el propio TC ha debatido en torno a la aplicabilidad de ambas disposiciones y, a veces, ha puesto el foco en el artículo 18 CE. Así sucedió en la STC 206/2007 de 24 de septiembre, en donde la cuestión nuclear planteada en la demanda de amparo se refería a la posible violación de los artículos 15 y 18.1 CE, como consecuencia de haber ordenado la Guardia civil, sin haber informado y solicitado previamente el consentimiento del afectado y sin autorización judicial, la práctica de un análisis de sangre con posterioridad a su ingreso en el hospital, al objeto de determinar la tasa de alcohol, diligencia que se practicó y cuyo resultado fue incorporado al proceso y utilizado como prueba de cargo (FJ 3). Tras descartar que quedara afectado el derecho fundamental a la integridad del artículo 15 CE (FJ 3 *in fine*), concluyó que se había vulnerado el derecho a la intimidad del artículo 18 CE (FJ 8 *in fine*).

Razonado lo anterior, no es en absoluto descabellado que en los asuntos de responsabilidad patrimonial referentes al derecho a la salud (incluida la discusión acerca del consentimiento informado) se reconduzca la estrategia procesal de las partes recurrentes (y similar aproximación del TC) a la vía del derecho a la integridad del artículo 15 CE y, por lo mismo, tampoco resultaría descartable que el TEDH reconsiderara su posición combinando incluso su enfoque prevalente (artículo 8 CEDH), con otro enfoque compatible (artículo 3 CEDH), para los casos de violación sustancial

de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma". Obviamente, las referencias a esos instrumentos normativos del Consejo de Europa y de la Unión Europea deben entenderse actualizadas, respectivamente, por el Convenio 108+ (como es sabido, el Convenio n.º 108 de 1981 contó con una primera modificación a través del Protocolo adicional relativo a las autoridades de supervisión y flujos transfronterizos de datos, de 8 de noviembre de 2001, para después verse completado por el Protocolo adoptado el 18 de mayo de 2018 y abierto a la firma en Estrasburgo el 10 de octubre de 2018, conocido como "Convenio 108+") y por el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE).

más grave del estado de salud (o artículo 2 CEDH cuando hubiera resultado muerte)³⁵. Un elemento de interés con tal orientación lo ofrece el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que lleva por rúbrica “derecho a la integridad de la persona” e incluye como parte de él, en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado³⁶.

Por todo lo anterior, si se tienen en cuenta las tres pistas de reflexión argüidas, procederá la admisión del recurso de amparo, pues reviste especial trascendencia constitucional que el TC reproche que en sede jurisdiccional ordinaria no se haya practicado una prueba pericial judicial pertinente cuando en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo se suscitó de manera fundada la pérdida de oportunidad y la existencia de tratamientos médicos alternativos (y no se informó sobre ello en la hoja o documento de consentimiento)³⁷. Lamentablemente, la experiencia (con conocimiento de causa, profesional y personal) nos muestra que multitud de casos de responsabilidad sanitaria en donde concurren esas tres pistas de reflexión se saldan con providencias de inadmisión que dejan mucho que desear en cuanto a su motivación (además de no ser objeto de publicación) y utilizan, entre las fórmulas estereotipadas, la siguiente: “La Sección ha examinado el recurso presentado y ha acordado no admitirlo a trámite por no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional que, como condición para su admisión, requiere el artículo 50.1.b) LOTC (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2)”. Lo cual genera una decepción mayúscula.

Desde otro punto de vista, resulta interesante completar el análisis de la jurisprudencia constitucional llamando la atención sobre una praxis del TC al otorgar el amparo y hacer la declaración de restablecimiento de la persona demandante en sus derechos vulnerados. En particular, en las sentencias constitucionales analizadas que cuentan con fallo estimatorio en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el TC acostumbra a reconocer que se han vulnerado los derechos en juego relacionados con la salud (en general, la integridad y/o la tutela judicial efectiva), a anular las resoluciones impugnadas (administrativas -incluidas las desestimatorias por silencio administrativo- y judiciales) y a retrotraer las actuaciones al momento en que el servicio público de salud

³⁵ Como es sabido, esa combinación de enfoques se utiliza, desde el famoso caso *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994, en los casos de medio ambiente, en donde el TEDH ha ponderado la aplicabilidad de los artículos 3 y 8 CEDH para, con carácter general, decantarse por el examen prioritario del litigio con apoyo en el segundo, y reservando la posible relevancia del artículo 3 CEDH en los supuestos de mayor intensidad en la afectación y violación de derechos.

³⁶ Según el artículo 3 CDFUE: “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; (...)”. En la Explicación aneja a la CDFUE relativa al artículo 3 se dice: “En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70, 78, 79 y 80, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la integridad de la persona forma parte del Derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa”.

³⁷ Para acercarse a la doctrina sobre la pérdida de oportunidad puede verse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) n.º 418/2018 de 15 de marzo de 2018, recurso de casación n.º 1016/2016, y la jurisprudencia en ella expuesta.

correspondiente y/o el órgano judicial competente debieron resolver la reclamación de forma respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

Con semejante proceder, como quiera que es consustancial a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial la pretensión indemnizatoria, no puede dejar de criticarse el rechazo, todavía, del TC, a conceder compensaciones pecuniarias como parte integrante del restablecimiento de la víctima en sus derechos en clave de verdadera reparación íntegra como parte de una efectiva tutela judicial. Así ha sido criticado en el seno del mismo TC por algunos votos particulares y por la doctrina, con apoyo en la interpretación llevada a cabo por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y por el TEDH³⁸.

IV. Manifiesta fundamentación y apariencia de violación de los derechos en juego: hacia una evolución de la jurisprudencia europea

1. El foco en el TEDH

1.1. Planteamiento general sobre los supuestos de responsabilidad sanitaria

Teniendo en mente de nuevo las tres pistas de reflexión en torno a las cuales se desenvuelven los diversos niveles de protección, conviene por lo pronto clarificar la reseñada postura del TEDH, a tenor de la cual se reconduce la responsabilidad sanitaria al marco protector del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH.

Dicha jurisprudencia se refleja, por ejemplo, en la STEDH *Tusă c. Rumanía* de 30 de agosto de 2022, que tiene su origen en la extirpación del pecho izquierdo de la demandante a causa de un diagnóstico de cáncer que posteriormente se reveló erróneo. La demanda alegaba la ineficacia de la investigación de las denuncias de la recurrente a propósito del diagnóstico erróneo del oncólogo y del hecho de que el cirujano que la intervino no verificara ese diagnóstico antes de la operación. Aunque en la demanda se alegara la violación de los artículos 2, 6 y 8 CEDH, el TEDH reitera su competencia para decidir sobre la calificación jurídica a atribuir a los hechos de una denuncia examinándola sobre la base de los artículos invocados por la parte demandante; y, en el caso de autos, considera adecuado examinar la demanda en virtud del artículo 8 CEDH, el cual “comporta obligaciones positivas de los Estados en relación con la protección de la salud”³⁹.

En este supuesto el TEDH concluyó que hubo violación del artículo 8 CEDH en su dimensión procedimental, dada la lentitud y demora de los procedimientos que se han sucedido en el ámbito interno para clarificar la responsabilidad médica y para obtener la

³⁸ JIMENA QUESADA, Luis: “Recurso de amparo y reparación íntegra en España: valoración y crítica constructiva”, *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, año 5, n.º 1, 2023, pp. 15-74.

³⁹ STEDH *Tusă c. Rumanía* de 30 de agosto de 2022, § 67, en donde se traen a colación precedentes como las SSTEH *Jurica c. Croacia*, 2 de mayo de 2017, § 84, y *Vilela y otros c. Portugal*, 23 de febrero de 2021, § 73.

reparación del perjuicio causado. Concretamente, se reprochaba a las autoridades nacionales el haber dejado prescribir el procedimiento penal contra el oncólogo y no haber podido sustanciar el procedimiento disciplinario frente al cirujano antes de fallecer éste; y, por lo demás, el procedimiento de responsabilidad civil todavía estaba pendiente al resolver el TEDH, después de nueve años desde que se formuló ante los tribunales internos. Como cabe apreciar, la conclusión del TEDH con apoyo en la obligación procedimental que se deriva del artículo 8 CEDH ha prevalecido sobre un pronunciamiento enmarcado en el derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable del artículo 6 CEDH.

Sobre el particular, el TEDH reitera su jurisprudencia según la cual reconduce el derecho a la salud, no reconocido explícitamente en el CEDH o sus Protocolos, a las obligaciones positivas que se desprenden de los artículos 2 y 8 CEDH y que, en el caso del último “consiste en, por una parte, establecer una reglamentación que obligue a los hospitales públicos y privados a adoptar medidas apropiadas para proteger la integridad física de sus pacientes y, por otra, poner a disposición de las víctimas de negligencias médicas un procedimiento que les permita obtener, en su caso, una indemnización por su daño corporal”⁴⁰.

Cabe agregar, en cuanto al artículo 2 CEDH en su vertiente procedimental, que -como también se avanzó- se aplica cuando desafortunadamente el desenlace de la praxis médica controvertida ha sido el fallecimiento⁴¹: así sucedió en la STEDH *Garrido Herrero c. España* de 11 de octubre de 2022, que concluyó con la vulneración de dicha disposición convencional por la falta de investigación efectiva sobre la causa de la muerte de la hija de la demandante tras un supuesto fallo en el respirador que le mantenía con vida tras un accidente de tráfico. El TEDH decidió declarar inadmisibles la demanda bajo el ángulo del artículo 6 CEDH⁴², reconduciendo a esa dimensión procesal del artículo 2 CEDH las alegaciones, acogidas por la propia Corte de Estrasburgo, sobre la duración exageradamente larga y la cognición excesivamente limitada del asunto llevada a cabo por las autoridades nacionales, junto a la falta de obtención de las pruebas periciales necesarias⁴³.

⁴⁰ STEDH *Tusă c. Rumanía* de 30 de agosto de 2022, § 82. Y añade que “si el atentado al derecho a la vida o a la integridad física no es intencionado, esto es, si la denuncia alegada no ha ido más allá de un simple error o negligencia médica, la obligación procedimental no exige necesariamente un recurso de naturaleza penal; tal obligación se cumple también si el ordenamiento jurídico brinda a las víctimas un recurso civil, solo o combinado con un recurso penal, que permita establecer la responsabilidad de los médicos implicados y obtener las reparaciones civiles apropiadas” (§ 83).

⁴¹ La vertiente material o sustancial del artículo 2 CEDH ha entrado en escena asimismo en supuestos graves con resultado muerte, en donde el TEDH ha concluido la violación de dicha disposición: por todas, STEDH *Centre de ressource juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Rumanía* de 17 de julio de 2014.

⁴² STEDH *Garrido Herrero c. España* de 11 de octubre de 2022, §§ 95-100 (la sentencia solamente está disponible en versión oficial inglesa, no francesa; puede accederse a una versión española facilitada por el Ministerio de Justicia español en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20GARRIDO%20HERRERO%20v.%20SPAIN%20-%20\[Spanish%20Translation\]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%5D%22%22%7D%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%7D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20GARRIDO%20HERRERO%20v.%20SPAIN%20-%20[Spanish%20Translation]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%5D%22%22%7D%7B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D%7D%7D)).

⁴³ *Ibidem*, especialmente §§ 88-94.

Sentado lo cual, conviene guardar a continuación la coherencia argumental con apoyo en las tres pistas de reflexión sobre las que pivota el presente estudio.

1.2. Facilidad probatoria y derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para acreditar la responsabilidad sanitaria

Como se vislumbra en el epígrafe anterior, las cuestiones procedimentales en materia de responsabilidad sanitaria que serían susceptibles de tratamiento desde la perspectiva del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) e incluso del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) cuando las autoridades nacionales judiciales hayan omitido o rechazado una prueba pertinente y no hayan facilitado el recurrir frente a tal negativa, se han encauzado por la vertiente procedimental del artículo 8 CEDH.

La STEDH *Erdoğan Kurt y otras c. Turquía* de 6 de junio de 2017 constituye un buen botón de muestra. Los demandantes (el señor y la señora Kurt, y su hija, Duru Kurt) denunciaban que las dos intervenciones quirúrgicas a las que se sometió la última (en un hospital pediátrico) por problemas cardíacos le provocaron graves secuelas neurológicas (del 92%) a causa de una mala praxis médica. Entonces formularon una reclamación por responsabilidad sanitaria para obtener una indemnización, que fue denegada sobre la base de un único informe pericial en el que se basaron las jurisdicciones nacionales para constatar que el personal médico interviniente no había infringido la *lex artis*, inadmitiendo la prueba consistente en un segundo informe pericial solicitado por los demandantes.

Tras el agotamiento infructuoso de los recursos internos, el TEDH estima que los demandantes no disfrutaron de una reacción judicial adecuada que respetara las exigencias inherentes a la protección del derecho a la integridad física de Duru Kurt, con violación del artículo 8 CEDH en su faceta procedimental. En el caso concreto, la Corte de Estrasburgo entendió que ese único informe pericial que concluyó que no había mala praxis médica no precisaba los elementos específicos en que basaba su conclusión, más allá de referencias bibliográficas sobre los riesgos del tipo litigioso de intervenciones quirúrgicas en pacientes de corta edad, sin motivar suficientemente con diagnóstico técnico la ausencia de responsabilidad sanitaria en el caso concreto. Desde este punto de vista, aunque las conclusiones de una prueba pericial no vinculen a los órganos judiciales, para el TEDH pueden ejercer una influencia determinante en la apreciación por ellos, en la medida en que dichas conclusiones tienen que ver con un ámbito técnico que escapan al conocimiento judicial. Por tal motivo, el TEDH entendió que la imposibilidad para los recurrentes de poder contrastar ese único informe pericial con una segunda prueba acarreo la citada conculcación del artículo 8 CEDH⁴⁴.

En su *ratio decidendi*, el TEDH incide en que, como en el caso de las jurisdicciones nacionales, su tarea no es poner en cuestión o especular acerca de las conclusiones de los peritos médicos y su cualificación científica. Adicionalmente, es cierto que Corte de Estrasburgo considera que, a la luz de las obligaciones positivas impuestas por el artículo

⁴⁴ Véase STEDH *Erdoğan Kurt y otras c. Turquía* de 6 de junio de 2017, §§ 58-69.

8 CEDH, de la valoración por parte de los tribunales domésticos de informes médicos sobre casos de negligencia médica no puede colegirse la imposición de una carga probatoria desproporcionada o innecesaria para los Estados. En cambio, y teniendo presente que dicha valoración se efectúa caso por caso, la complejidad de una concreta controversia sobre responsabilidad sanitaria puede imponer la necesidad de un segundo o ulterior informe pericial dirimente cuando los tribunales internos hayan conferido mayor peso al informe que exculpaba de responsabilidad eludiendo puntos litigiosos centrales o respondiéndolos insatisfactoriamente. Esto es lo que sucedería en una situación, sobre la que hemos llamado la atención más arriba, de una compleja intervención quirúrgica que se haya saldado con daño corporal desproporcionado tras dudas en los diferentes equipos o facultativos de la administración sanitaria, dudas que se han podido acentuar a la vista del informe pericial de la parte recurrente (que concluía una mala praxis y la posibilidad de un tratamiento alternativo) y, pese a ello, no se procedió a una determinante y necesaria prueba pericial judicial⁴⁵. Por tanto, la jurisprudencia recogida en la STEDH *Erdinç Kurt y otras c. Turquía* de 6 de junio de 2017 sería trasladable a este tipo de situaciones⁴⁶.

1.3. Consentimiento informado y tratamiento médico alternativo

Abordando ahora la segunda pista de reflexión, el *leading case* en la materia viene dado por la STEDH *V.C. c. Eslovaquia* de 8 de noviembre de 2011, que trae su origen de la denuncia de la demandante por su esterilización (mediante ligadura de trompas) en un hospital público, por no haber recabado de ella un consentimiento libre e informado y

⁴⁵ Semejante situación, por lo demás, es compatible y se concilia con la jurisprudencia del propio Tribunal de Estrasburgo, recogida en la citada STEDH *Garrido Herrero c. España* de 11 de octubre de 2022, según la cual: “85. El Tribunal por sí mismo no puede examinar los hechos que han conducido a un tribunal nacional a adoptar una decisión en lugar de otra, o cuestionar la admisibilidad y el examen de la prueba en el juicio. En ese caso, estaría actuando como un tribunal de tercera o cuarta instancia, lo que supondría hacer caso omiso a los límites impuestos a su acción (*García Ruiz c. España* [GS], n.º 30544/96, § 28, TEDH 1999-I). La única circunstancia en la que el Tribunal, como excepción a esta regla, puede cuestionar los resultados y las conclusiones en cuestión es cuando éstas son flagrantes y manifiestamente arbitrarias, siendo contrarias a la justicia y al sentido común y dan lugar por sí mismas a una violación del Convenio (*De Tommaso c. Italia* [GS], n.º 43395/09, § 170, de 23 de febrero de 2017)”.

⁴⁶ Merece la pena transcribir el párrafo correspondiente (en versión oficial inglesa -también está disponible en la otra versión oficial, el francés; no contamos con una versión española facilitada por el Ministerio de Justicia-) de la reiterada STEDH *Erdinç Kurt y otras c. Turquía*: “63. It is not the Court’s function to question the experts’ findings by speculating, on the basis of the medical information submitted to it, on their scientific accuracy (see *Tysiç v. Poland*, no. 5410/03, § 119, 20 March 2007, and *Yardımcı v. Turkey*, no. 25266/05, § 59, 5 January 2010). The Court holds that the requirement on the courts to assess medical expert reports in cases of alleged medical negligence cannot extend to imposing unnecessary or disproportionate burdens on the State in the enforcement of its positive obligations under Article 8. The intensity of the work required of the courts in terms of evaluation should be assessed on a case-by-case basis, having regard to the nature and complexity of the medical issue concerned and, in particular, to whether the claimant alleging negligence on the part of medical practitioners had been able to put forward concrete, specific allegations of negligence necessitating a reply from medical experts mandated to draw up a report. Nevertheless, the Court reiterates that it has previously held that proceedings were ineffective vis-à-vis the procedural obligations where the final decision had been based on expert reports that had evaded or unsatisfactorily addressed the central question to be answered by the experts and where the applicants’ decisive, or at least primary, arguments had not received a specific and explicit response see *Altuğ and Others v. Turkey*, no. 32086/07, §§ 77-86, 30 June 2015”.

practicarle una esterilización “sin considerar *vías alternativas* para protegerla de los riesgos relacionados con otro posible embarazo, como la gran variedad de métodos anticonceptivos disponibles para ella y su marido, que no le habrían dejado permanentemente infértil”, y ello sin incluir “información sobre las características y consecuencias de la esterilización y *métodos alternativos* de contracepción”⁴⁷.

En su razonamiento, para concluir que hubo violación del artículo 3 CEDH en su dimensión sustancial y del artículo 8 CEDH en su vertiente procedimental, el TEDH empezó recalando “los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humanas consagrados en el Convenio y la exigencia de consentimiento informado establecida en los documentos internacionales a los que se hace referencia más arriba”⁴⁸; sobre este aspecto, se refiere básicamente a instrumentos del propio Consejo de Europa y de Naciones Unidas que incluyen como parte del consentimiento libre la información sobre posibles tratamientos alternativos, entre ellos el artículo 5 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 y su Informe Explicativo (sobre el que se volverá más tarde -apartado IV.2, *infra*-), o la Declaración de la Organización Mundial de la Salud sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de 1994⁴⁹.

Con tales referencias, el TEDH prosigue razonando que “no se desprende de los documentos presentados que la demandante haya sido totalmente informada sobre su estado de salud, el procedimiento propuesto y *las alternativas* a al mismo. Además, al recabar de la demandante su consentimiento para dicha intervención, mientras ella estaba de parto y poco antes de la realización de una cesárea, está claro que no se le permitió tomar una decisión por su propia voluntad, tras examinar todas las cuestiones pertinentes y como hubiera deseado, después de haber reflexionado sobre las implicaciones y discutido el asunto con su pareja”⁵⁰. Y, frente al argumento del Gobierno según el cual la esterilización de la recurrente tenía como finalidad la prevención del deterioro de su estado de salud que amenazara su vida, el TEDH advierte que dicha amenaza “se podría haber evitado por medio de métodos alternativos menos intrusivos”⁵¹, ponderando así las opciones posibles en términos coherentes con el principio de proporcionalidad.

⁴⁷ STEDH V.C. c. Eslovaquia de 8 de noviembre de 2011, § 89 (con respecto a la denuncia de violación del artículo 3 CEDH) y § 131 (con relación a la alegada vulneración del artículo 8 CEDH). Puede accederse a traducción española de la sentencia en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-139413%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-139413%22]}).

⁴⁸ *Ibidem*, § 112.

⁴⁹ *Ibidem*: en el artículo 2.2 de dicha Declaración se señala que “los pacientes tienen derecho a ser informados en detalle sobre su estado de salud, incluyendo los datos médicos sobre su estado; sobre los procedimientos médicos propuestos, junto a los riesgos potenciales y beneficios de cada procedimiento; sobre *alternativas a los procedimientos propuestos*, incluyendo el efecto de no aplicar un tratamiento; y sobre el diagnóstico, pronóstico y progreso del tratamiento”.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, § 113. En idéntico sentido, STEDH Y.P. c. Rusia de 20 de septiembre de 2022, § 55. Sobre este último punto, merece la pena mencionar el interesante voto particular concordante o concurrente de la jueza española, María Elósegui, en donde no solamente toma en consideración, como es lógico, los estándares jurisprudenciales del TEDH, sino que además apela a la experiencia práctica (en su previa condición de miembro del Comité de Bioética de la Comunidad Autónoma de Aragón) para alertar sobre la presión que sufren las mujeres en una segunda cesárea (tras un primer parto con cesárea) para ser esterilizadas “como si esa fuera la única posibilidad viable cuando en realidad existen alternativas menos intrusivas” (apartado 4 del voto particular); por ello, es tajante al afirmar que “la paciente debe ser informada de su estado de

Con semejantes argumentos, el TEDH alcanza la conclusión de vulneración del artículo 3 CEDH, en su faceta sustancial, “a causa de la esterilización de la demandante”⁵². Y, en línea similar, a la vista de la legislación nacional eslovaca (la cual obliga a proporcionar información escrita previa acerca de, entre otros aspectos, los métodos alternativos de anticoncepción), el TEDH concluye igualmente que el Estado demandado ha incumplido “con su obligación positiva de asegurarle la protección suficiente que le permitiera gozar efectivamente de su derecho al respeto de su vida privada y familiar”, con violación del artículo 8 CEDH⁵³.

Por otra parte, la constatación de la necesidad de estandarizar los criterios jurisprudenciales del TEDH en materia de consentimiento informado viene ilustrada precisamente por otro caso español sobre responsabilidad sanitaria. Se trata de la STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022. El asunto se refiere a la fuerte degradación del estado de salud física y neurológica del demandante (menor de edad en el momento de los hechos litigiosos), que cayó en un estado de dependencia y de incapacidad totales tras tres intervenciones quirúrgicas a las que se sometió a causa de un tumor cerebral. La alegación principal, que fue acogida por el TEDH concluyendo la violación del artículo 8 CEDH en su faceta procedimental, consistió en la falta de consentimiento informado por escrito con relación a una de esas tres intervenciones (concretamente, la segunda).

Lo interesante de este asunto radica en que el TEDH considera que, pese a que el CEDH no impone que el consentimiento informado figure en un documento escrito, si la ley española lo exige (como era el caso) las autoridades nacionales deben dar una respuesta satisfactoria sobre la razón o razones por las que se prescindió de dicha exigencia legal. Se reprocha entonces que el TSJ de Murcia, al desestimar el recurso contencioso-administrativo por responsabilidad patrimonial sanitaria, no motivara la razón de aceptar, con relación a la segunda intervención, un supuesto consentimiento verbal, dado que no mediaban las condiciones de urgencia o excepcionales que se prevén en la propia Ley española (en 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). El TS y el TC tampoco corrigieron dicha falta de motivación al conocer de sendos recursos de casación y de amparo, de resolución nuevamente desfavorable para la parte demandante.

Ante el TSJ de Murcia se había alegado asimismo incongruencia omisiva al denunciarse la falta de respuesta a la inexistencia de consentimiento informado escrito; si bien el TEDH concluye, como se decía, que hubo violación del artículo 8 CEDH en su aspecto procesal, sin entrar en evaluar si también mediaba una vulneración del artículo 6 CEDH

salud y de que existes medios alternativos menos intrusivos para retrasar un nuevo embarazo” (apartado 5 del voto particular).

⁵² *Ibidem*, § 120.

⁵³ *Ibidem*, § 153-155.

por la denunciada incongruencia omisiva⁵⁴. Por lo demás, los padres del demandante habían denunciado igualmente ante el TSJ que la segunda intervención quirúrgica se había practicado sin informarles “sobre las *alternativas* de tratamiento, los riesgos y el pronóstico”⁵⁵; es decir, contestaban “la afirmación según la cual no existía *alternativa* a su tratamiento médico. Además, habría sido posible informar a los padres de la posibilidad de obtener *una segunda opinión* de otro médico o en un centro médico”⁵⁶.

En puridad, en la STEDH *Reyes Jiménez c. España* la violación del artículo 8 CEDH se ha fundado básicamente en la ausencia de consentimiento escrito, al no atenderse a las exigencias impuestas por la legislación interna. En su jurisprudencia, el TEDH es meridiano al sentar que del artículo 8 CEDH se desprende la importancia del consentimiento de los pacientes para evaluar cómo puede afectar un tratamiento médico a su salud⁵⁷; y, consecuentemente, sobre la base de dicha disposición convencional, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas normativas sobre consentimiento informado, de tal suerte que “para determinar la forma de dicho consentimiento informado, las exigencias del ordenamiento interno puede ser tomadas en consideración”⁵⁸.

Así pues, el TEDH tiene en cuenta las exigencias de la legislación interna en materia de consentimiento informado y, como se verá a continuación, la normativa española (estatal y autonómica) impone como parte integrante del consentimiento escrito para las intervenciones que lo requieren la información sobre los tratamientos médicos alternativos (alternativas u opciones razonables). Y ello tiene trascendencia bajo la perspectiva procedimental del artículo 8 CEDH, es decir, aunque no haya mediado una negligencia médica en el tratamiento médico aplicado (pues en tal supuesto cabría dilucidar el examen de la controversia bajo el ángulo sustancial o material de dicha

⁵⁴ En casos diversos de incongruencia omisiva, no relacionados con responsabilidad sanitaria, la Corte de Estrasburgo sí ha concluido la violación del artículo 6 CEDH: por ejemplo, en las SSTEDH *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España*, ambas de 9 de diciembre de 1994.

⁵⁵ STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, § 8. La sentencia solamente está disponible en versión oficial francesa, no en inglés (puede accederse a la versión española efectuada por el Ministerio de Justicia español en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22CASE%20OF%20REYES%20JIMENEZ%20v.%20SPAIN%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>).

⁵⁶ *Ibidem*, § 22.

⁵⁷ STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, § 29.

⁵⁸ *Ibidem*, § 30; en esta ocasión, resulta de interés transcribir la versión oficial francesa de la sentencia: “**¡Error! Solo el documento principal.** La Cour a estimé que les États parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour que les médecins s’interrogent sur les conséquences prévisibles que l’intervention médicale projetée peut avoir sur l’intégrité physique de leurs patients et qu’ils en informent préalablement ceux-ci de manière à ce qu’ils soient en mesure de donner un accord éclairé. En corollaire, en particulier, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment préalablement informé par ses médecins, l’État partie concerné peut être directement responsable sur le terrain de l’article 8 du fait de ce défaut d’information (*Trocellier c. France* (déc.), n° 75725/01, § 4, ECHR 2006-XIV, *Codarcea*, précité, § 105, et *Csoma c. Roumanie*, n° 8759/05, § 42, 15 janvier 2013). Afin de déterminer la forme de ce consentement éclairé, les exigences du droit interne peuvent être prises en compte (*M.A.K. et R.K. c. Royaume-Uni*, précité, § 80, et *G.H. c. Hongrie* (déc.), n° 54041/14, 9 juin 2015)”.

disposición). Ese enfoque procedimental es el que estuvo en la base del litigio que se solventó con la STEDH *Reyes Jiménez c. España*⁵⁹.

Con tales parámetros, como se anticipaba, cabe acreditar, en la línea de la jurisprudencia del TEDH (y, por ende, con objeto de facilitar la admisibilidad y eventual enjuiciamiento de los asuntos que se le sometían), la exigencia de tratamiento alternativo como parte del consentimiento informado escrito en la normativa nacional. Con tal filosofía, es muy importante enfatizar, a efectos de su consideración por el TEDH, a la vista de su jurisprudencia sobre la toma en consideración de la legislación nacional en la materia, que significativamente la legislación española, tanto estatal como autonómica, subrayan la necesidad de ofrecer las opciones clínicas disponibles y, en consecuencia, de informar sobre tratamientos alternativos. En otros términos, no practicar una prueba para verificar la pertinencia de un tratamiento alternativo y/o no incorporar como parte del consentimiento informado esa posibilidad de alternativas razonables, implicaría una

⁵⁹ La visualización de la controversia en tales términos queda clara en los §§ 32 a 35, de los que conviene extraer igualmente las frases más relevantes en su versión original francesa: “32. La Cour relève, tout d’abord, que la question dont elle est saisie ne concerne pas une prétendue négligence qui aurait été commise par le personnel médical (paragraphe 18 ci-dessus). En outre, elle est convaincue que le cadre législatif interne prévoyait expressément le consentement libre et éclairé du patient, ou de ses parents dans le cas d’un mineur, lorsqu’une intervention médicale pouvait porter atteinte à l’intégrité physique du patient. En fait, les dispositions du droit espagnol sur l’autonomie du patient et les droits et obligations en matière d’information, telles qu’elles sont soutenues par la pratique interne, obligent en termes explicites les médecins à fournir aux patients des informations préliminaires suffisantes et pertinentes pour un consentement éclairé à une telle intervention et il devra comporter des informations suffisantes sur ses risques (paragraphes **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** et **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus). Ceci est pleinement conforme à la Convention sur les Droits de l’Homme et la biomédecine (*Convention d’Oviedo*) (paragraphe **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus). En outre, les dispositions légales nationales précisent que pour chacune des actions indiquées par la loi (« intervention chirurgicale... et, en général, application de procédures comportant des risques ou présentant des inconvénients aux conséquences négatives notoires et prévisibles sur la santé du patient ») ce consentement doit nécessairement être donné par écrit, avec des exceptions très étroitement définies, notamment concernant l’existence d’un danger immédiat et grave pour la vie de la personne et lorsque le patient ou ses proches ne seraient pas en mesure de donner ce consentement. Cette exigence s’impose d’autant plus lorsque le médecin responsable considère que le résultat de l’intervention est incertain (articles 8, 9 et 10 § 2 de la loi n° 41/2002 du 14 novembre 2002, paragraphes **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** et **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus).

33. (...) La Cour doit examiner si la manière dont les plaintes des parents du requérant ont été traitées peut être considérée comme suffisante, en l’espèce, pour satisfaire l’obligation positive de l’État au titre de l’article 8 de la Convention (paragraphes **¡Error! Solo el documento principal.** et **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus).

34. (...) La Cour observe d’ailleurs que les juridictions internes n’ont pas répondu à des motifs clés soulevés par les parents du requérant dans leurs recours et notamment dans leur pourvoi en cassation. Elle relève en particulier qu’aucune raison n’a été donnée par les juridictions internes sur la question de savoir pourquoi la prestation du consentement pour la deuxième intervention n’a pas satisfait à la condition fixée par la loi espagnole, selon laquelle chaque acte chirurgical nécessite un consentement écrit, d’autant plus que les perspectives n’étaient pas claires (article 10 § 2 de la loi n° 41/2002, paragraphe **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus).

35. (...) Le fait que les juridictions internes ont considéré que les parents étaient continuellement en contact avec les médecins, en se fondant sur une simple note du médecin traitant dans le dossier médical du requérant (« famille informée ») (paragraphe **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** ci-dessus) et la mention « Faites attention aux informations ! » ne saurait suffire à conclure sans ambiguïté que les parents du requérant ont été dûment informés et ont consenti à l’intervention, selon les règles internes”.

violación del artículo 6 CEDH y una vulneración asimismo de las obligaciones procedimentales que se derivan del artículo 8 CEDH según la jurisprudencia del TEDH. En particular, en el ámbito normativo estatal, 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, dispone en el artículo 2 (principios básicos) que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre *las opciones clínicas disponibles*” (apartado 3); y, en conexión con ello, el artículo 8 (consentimiento informado) establece “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 [derecho a la información asistencial], haya valorado *las opciones propias del caso*”.

Si nos trasladamos al terreno normativo regional, un rápido muestreo corrobora el mismo enfoque: así, por ejemplo, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, contempla el derecho de la ciudadanía “a que se le dé información adecuada y comprensible sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, beneficios y *alternativas de tratamiento*” (artículo 6.h). Por su parte, en Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, define el consentimiento informado como “el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado *las opciones propias del caso*” (artículo 3.1); y, a continuación, al abordar las características de la información previa al consentimiento, el artículo 8.5 concreta que dicha información deberá incluir, además de aspectos como los beneficios que se esperan alcanzar o los riesgos, “*alternativas razonables*”. Estas dos ilustraciones se confirman en otras Comunidades Autónomas⁶⁰.

⁶⁰ A título de ejemplo, sin pretensión de exhaustividad, en la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Rioja, el artículo 11.1 incluye, entre los derechos relacionados con la información asistencial y el acceso a la documentación clínica, el derecho del paciente a disponer de “disponer, en términos comprensibles para él, información veraz y adecuada referente a su salud y al proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, la relación riesgo/beneficio, las consecuencias del tratamiento y las del no tratamiento, las *alternativas al tratamiento planteado* y, siempre que sea posible, el pronóstico”.

Por su lado, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, afronta en su artículo 34 contempla, entre los requisitos mínimos del contenido del documento, el siguiente: “Identificación y descripción del procedimiento, finalidad, naturaleza, *alternativas existentes*, contraindicaciones, consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”.

En el caso de Extremadura, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, su Exposición de Motivos singulariza el consentimiento informado como un proceso en el que el paciente ha de “conocer los riesgos, beneficios y *alternativas*, para poder implicarse libremente en la decisión”; y, en congruencia con ello, el derecho a la información asistencial comprende “el diagnóstico, pronóstico y *alternativas terapéuticas*” (artículo 4.2), incidiendo seguidamente, como parte de los derechos relacionados con el respeto de la autonomía del paciente en la “*libertad para elegir de forma autónoma entre las distintas opciones* que presente el profesional responsable” (artículo 15.3), así como en las “*alternativas existentes*” como parte del “contenido del documento específico de consentimiento informado” (artículo 27.2), o en las “*alternativas razonables*” y en “*las posibles alternativas* y los derechos y responsabilidades que conllevan” (para los profesionales sanitarios) entre las “características de la información previa al consentimiento informado” (artículo 28.5 y 6).

1.4. Interpretación pro personae en el análisis de los derechos relacionados con la salud

Como ha quedado evidenciado, el TEDH se ha decantado como pauta general de su jurisprudencia por analizar los asuntos de responsabilidad patrimonial desde la óptica del artículo 8 CEDH, incluso cuando los derechos a la vida y a la integridad han entrado en escena; esto último cuando el atentado denunciado lo es en el plano procedimental, es decir, cuando materialmente no se ha producido el fallecimiento o un grave daño corporal como consecuencia de una negligencia o una mala praxis médica (y sin perjuicio del procedimiento de responsabilidad -penal, civil, contencioso-administrativo o disciplinario- articulado en el ámbito doméstico).

Así las cosas, el propio TEDH ha procedido, en esta ocasión con una actuación favorable a la efectividad de los derechos convencionales, a recalificar las violaciones alegadas de tales derechos. Por ello mismo, lo deseable sería una estandarización de los lineamientos jurisprudenciales en la materia para optimizar las sinergias entre las jurisdicciones nacionales y la Corte de Estrasburgo. Ahora bien, la circunstancia de que el análisis operado a nivel nacional (por ejemplo, por el TC español) se haya efectuado con apoyo en el derecho a la integridad (artículo 15 CE) o en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24) en supuestos controvertidos de consentimiento informado y posibles tratamientos alternativos, no debería ser obstáculo para que, cumplidos los requisitos de admisibilidad de una demanda individual, se encauzaran las denuncias de la parte recurrente por la vía del artículo 8 CEDH (equivalente al artículo 18 CE) en vez de mediante los artículos 3 o 6 CEDH.

Cabalmente, el TEDH ha desbrozado el camino procesal en tal dirección. Por tal senda, la STEDH *Nicolae Virgiliu Tănase c. Rumanía* de 25 de junio de 2019 recordó que el concepto de vida privada del artículo 8 CEDH es amplio y no se presta a una definición

Por su parte, la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, al acometer en el artículo 14 los principios relacionados con el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, alude a la libertad de éste “para elegir de forma autónoma entre *las distintas opciones* que exponga el profesional sanitario responsable” (apartado 2), mientras en el artículo 18 se ocupa del consentimiento informado por referencia a “las opciones propias del caso” (apartado 1), enfatizando a renglón seguido que “la prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención *un deber del profesional sanitario responsable* de la asistencia al mismo” (apartado 2).

En el supuesto de 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, su artículo 5 prevé, entre los derechos generales en el ámbito de la asistencia sanitaria, el de “recibir información de forma accesible, comprensible, suficiente y adecuada sobre su estado de salud y sobre *las distintas opciones* de técnicas diagnósticas, terapéuticas y farmacológicas, que puedan existir en relación con su proceso asistencial”, así como el de “participar y, en su caso, decidir de manera activa e informada, en la toma de decisiones terapéuticas que afecten a su persona, especialmente ante situaciones en las que existan *diferentes alternativas de tratamiento* basadas en la evidencia científica” (apartado 6).

Y, completando este recorrido por la legislación regional (siguiendo un criterio cronológico), la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, enfoca de manera análoga a las anteriores el derecho al consentimiento informado, desde la perspectiva de la previa valoración de “*las opciones propias del caso*” (artículo 43.1º) y, en relación con ello, al regular el derecho al informe de alta y otra documentación clínica, se refiere a la posibilidad de que “haya *tratamientos alternativos*”.

exhaustiva, sino que abarca igualmente la integridad física y psicológica de una persona, siendo que el cuerpo de una persona representa un aspecto íntimo de la vida privada⁶¹. Y ha completado tal afirmación sosteniendo que, bajo el paraguas de la obligaciones materiales y procedimentales del artículo 8 CEDH, este precepto da cobertura a cuestiones relativas a la protección de la integridad moral y física de las personas en el contexto de la prestación de cuidados médicos⁶².

En coherencia con ello, la Corte de Estrasburgo ha realzado, bajo el manto del artículo 8 CEDH, la importancia del consentimiento de los pacientes, de modo que la ausencia de él puede analizarse como un atentado a la integridad física⁶³. Por consiguiente, la inobservancia por parte del personal médico de ese derecho del paciente a ser debidamente informado puede comprometer la responsabilidad del Estado en la materia⁶⁴. Esto es especialmente así cuando, pese a que el CEDH no establezca ninguna forma particular de consentimiento informado, la legislación interna sí fija dichas exigencias explícitas⁶⁵ (como el caso de la información sobre las opciones o alternativas médicas posibles en el ordenamiento español, *supra*).

En suma, cuando esas exigencias internas no han sido tratadas de una manera apropiada en el curso de los procedimientos internos (administrativos y judiciales), por ejemplo no practicando una prueba pertinente (a instancia de parte o de oficio) para verificar la pertinencia o no de un tratamiento alternativo existente (y si de este extremo no se ha informado en el documento de consentimiento escrito al paciente o sus familiares), ello conduce al TEDH a concluir que dicho procedimiento no es eficaz y, por ende, se produce una violación del artículo 8 CEDH⁶⁶.

2. Breve alusión a las sinergias con otras instancias e instrumentos continentales: el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina

Es conocido que la Carta Social Europea (CSE) del Consejo de Europa (adoptada en 1961 y revisada en 1996), considerada como verdadera “Constitución Social de Europa”⁶⁷, reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud (artículo 11), cuya efectividad ha venido reforzada por la jurisprudencia del CEDS adoptada en el marco del originario sistema de informes o en el contexto del posterior procedimiento de reclamaciones colectivas. En este sentido, es verdad que el principio del consentimiento

⁶¹ STEDH *Nicolae Virgiliu Tănase c. Rumanía* de 25 de junio de 2019, §§ 125-126. Véase también STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, § 27.

⁶² Entre otras, SSTEDH *Spyra y Kranczkowski c. Polonia* de 25 de septiembre de 2012, § 67, *Mehmet Ulusoy y otros c. Turquía* de 25 de junio de 2019, § 64, y *Vilela c. Portugal* de 23 de febrero de 2021, § 65.

⁶³ STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, §§ 29-30.

⁶⁴ STEDH *Csoma c. Roumania* de 15 de enero de 2013, § 48.

⁶⁵ De nuevo, STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, § 36

⁶⁶ STEDH *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* de 19 de diciembre de 2017, § 226, así como STEDH *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, §§ 37-38.

⁶⁷ SALCEDO BELTRÁN, Carmen: “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 83, 2018, pp. 45-74.

libre e informado no figura explícitamente en el artículo 11 CSE⁶⁸; pero, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia del CEDS lo ha incluido en el ámbito material de aplicación de dicha disposición.

En el ámbito del procedimiento de reclamaciones colectivas, la decisión de fondo más emblemática en la materia ha sido la adoptada en fecha 15 de mayo de 2018 resolviendo la reclamación n.º 117/2015 (*Transgender Europe e ILGA-Europe c. República Checa*), en donde el CEDS condenó al Estado demandado por vulneración del artículo 11 CSE como consecuencia de la obligación legal, discriminatoria y contraria a la dignidad, impuesta a las personas transgénero de someterse a la esterilización para poder cambiar sus documentos personales con objeto de reflejar su identidad de género; ello con vulneración de su consentimiento libre e informado⁶⁹. Para llegar a dicha conclusión, el CEDS considera de entrada que todo tratamiento puesto en práctica sin el consentimiento informado de la persona suscita necesariamente interrogantes bajo el ángulo del artículo 11 CSE y, con tal orientación, pone el énfasis en las sinergias con mecanismos de Naciones Unidas (§§ 33-41) y, sobre todo, del Consejo de Europa (§§ 22-32).

En todo caso, si ponemos el foco en las sinergias con los últimos, el CEDS hace hincapié particularmente en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997 (Convenio de Oviedo), así como en la jurisprudencia del TEDH (que a su vez se inspira en dicho Convenio -por ejemplo, se cita entre los estándares relevantes del Derecho Internacional en la reiterada Sentencia *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022, §§ 17 y 32-). Con apoyo en el Convenio de Oviedo, afirma el CEDS tajantemente que “un tratamiento médico realizado sin el consentimiento informado de la persona afectada es contrario al derecho a la integridad física y psíquica”, puesto que “la garantía del consentimiento informado es esencial para el ejercicio del derecho a la salud; es parte integrante de la autonomía y de la dignidad humana, así como de la obligación de proteger el derecho a la salud”⁷⁰. Por otro lado, “el Comité se refiere a la jurisprudencia del TEDH en razón de los lazos estrechos que existen entre el derecho a la salud garantizado por el artículo 11 CSE y los artículos 2 y 3, pero también el artículo 8, del CEDH”⁷¹.

Cabe añadir que el CEDS ha desarrollado estas aristas jurisprudenciales en sus conclusiones más recientes, con cita expresa de la decisión de fondo de 15 de mayo de 2018 (reclamación n.º 117/2015, *Transgender Europe e ILGA-Europe c. República*

⁶⁸ Esta es la redacción del artículo 11 CSE: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1. eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. establecer servicios formativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”.

⁶⁹ Decisión de fondo de 15 de mayo de 2018, reclamación n.º 117/2015, *Transgender Europe e ILGA-Europe c. República Checa*, § 86: “El Comité estima que las condiciones impuestas al reconocimiento de la identidad de género de una persona transgénero vician el consentimiento libre e informado, y que una obligación de esta naturaleza atenta contra la integridad física, es contraria a la noción de dignidad humana y, en consecuencia, no puede considerarse compatible con el derecho a la protección de la salud garantizado por el artículo 11.1 de la Carta”.

⁷⁰ *Ibidem*, § 82.

⁷¹ *Ibidem*, §§ 83-84.

Checa), incluidas las conclusiones relativas a España. En las últimas sobre el artículo 11.1 CSE, publicadas en marzo de 2022, el CEDS se hace eco de algunas preguntas formuladas a España sobre el alcance del consentimiento informado en el ordenamiento nacional, habiéndose limitado el Gobierno a suministrar la definición del consentimiento a la luz de la ya reseñada Ley 41/2002 y de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁷².

Dicho lo cual, revestiría gran interés que el propio CEDS adoptara alguna Observación interpretativa para desarrollar de manera más precisa el alcance del consentimiento informado y verificar el respeto de la *lex artis*, incidiendo no solamente en los riesgos de un determinado tratamiento médico aplicado, sino asimismo en las opciones y tratamientos alternativos⁷³. En relación con ello, la referencia básica del artículo 5 del Convenio de Oviedo establece la regla general sobre el consentimiento y, si bien es cierto que no alude explícitamente a tratamientos alternativos⁷⁴, sí se desprende de su contenido, como confirma el Informe explicativo del propio Convenio de Oviedo⁷⁵.

De manera particular, al abordar el artículo 5 de dicho Convenio, el Informe explicativo, en su apartado 35, aclara que “el consentimiento del paciente sólo puede ser libre e informado si se da, tras una información objetiva por parte del profesional de la salud responsable, sobre la naturaleza y las posibles consecuencias de la intervención prevista *o sus alternativas*, y en ausencia de presiones de terceros. Así, el apartado 2 del artículo 5 menciona los elementos más importantes relativos a la información que debe preceder a la intervención, pero no se trata de una lista exhaustiva: el consentimiento informado puede implicar, según las circunstancias, elementos adicionales. Los pacientes deben ser informados, en particular, sobre las mejoras que pueden derivarse del tratamiento, sobre los riesgos que entraña (naturaleza y grado de probabilidad), así como sobre su coste. En cuanto a los riesgos de la intervención *o sus alternativas*, la información debería versar no sólo sobre los riesgos inherentes al tipo de intervención prevista, sino igualmente sobre los riesgos propios a las características individuales de cada persona, como la edad o la

⁷² Conclusiones XXII-2, España, artículo 11.1 CSE (conclusiones correspondientes a 2021, publicadas el 23 de marzo de 2022). Un exhaustivo análisis de dichas Conclusiones en SALCEDO BELTRÁN, Carmen: “Conclusiones 2021 del Comité Europeo de Derechos Sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 57, 2022, pp. 421-464.

⁷³ Las Observaciones interpretativas las ha adoptado tradicionalmente el CEDS en el marco del sistema de informes, junto con las Conclusiones con las que se cierra anualmente cada ciclo de control, y ello con objeto de desarrollar el contenido de los derechos consagrados en la CSE. De manera excepcional ha adoptado este tipo de Observaciones interpretativas con motivo de crisis humanitarias: sobre el particular, deben mencionarse, de un lado, la *Observación interpretativa del CEDS* (adoptada el 5 de octubre de 2015) *sobre los derechos de las personas refugiadas en el marco de la Carta Social Europea* y, de otro lado, la *Observación interpretativa del CEDS* (adoptada el 21 de abril de 2020) *sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia*.

⁷⁴ El artículo 5 del Convenio de Oviedo presenta la siguiente redacción: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. 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. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

⁷⁵ Acceso al Informe explicativo en: <https://rm.coe.int/1680a8e4d1> (versión francesa) o <https://rm.coe.int/16800ccde5> (versión inglesa) pp. 6-7, apartados 34 a 40.

existencia de otras patologías. Las solicitudes de información complementaria formuladas por los pacientes deberían recibir una respuesta adecuada”. Cabe apostillar que la propia Corte de Estrasburgo, como se ha analizado en el apartado IV.1.3 al abordar la STEDH V.C. c. *Eslovaquia* de 8 de noviembre de 2011, se ha hecho eco de dicho Informe explicativo en lo atinente al consentimiento informado y los tratamientos alternativos⁷⁶.

V. Consideraciones finales: la necesaria asunción de los estándares jurisprudenciales europeos desde la primera línea de actuación, médica y jurídica

Llegados a este punto, se impone una primera consideración. En concreto, es necesario que la estandarización de esos criterios jurisprudenciales internacionales (derivados, especialmente, del TEDH, pero también de otras instancias e instrumentos del Consejo de Europa -como el CEDS o el Convenio de Oviedo de 1997- dado que no contamos con jurisprudencia relevante en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) vaya secundada por su acertada asunción por las instancias domésticas (administrativas, consultivas y jurisdiccionales).

Para ello, es menester asimismo hacer prevalecer un factor humano y un imperativo jurídico, a saber:

a) De un lado, la cualificación de cada actor (médico o jurídico), por excelente que sea, no significa que quepa descartar supuestos de error o mala praxis y, por ende, debe superarse un posible corporativismo (también existente en el ámbito universitario) que resulte nocivo para una revisión o corrección más acorde con la Salud y con la Justicia (pues ni la Medicina ni el Derecho son ciencias exactas); y,

b) De otro lado, la apertura de espíritu hacia mejores estándares sanitarios y jurídicos (que eventualmente resarzan o reparen el daño causado) no se cifra en un mero deber deontológico, sino que se salda en una obligación jurídica de ponderar el estándar mínimo existente para optimizar la protección a la vista del principio *pro personae*.

En especial, el análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre responsabilidad sanitaria y consentimiento informado debiera conducir inexorablemente a que las jurisdicciones españolas (ordinarias -incluido el TS- y constitucional) hicieran una recepción adecuada de esos estándares jurisprudenciales europeos. En tal sentido, nuestros tribunales ordinarios deberían ser sensibles, tanto bajo el ángulo del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE -artículo 6 CEDH-) como a la vista de las dimensiones procedimentales de los derechos a la vida, la integridad y la vida privada (artículos 15 y 18 CE -artículos 2, 3 y 8 CEDH-), a una ponderación equilibrada del principio de facilidad probatoria para acreditar la responsabilidad sanitaria, así como para verificar si procede o no un tratamiento médico alternativo (incluso a través de una pericial judicial practicada de oficio como diligencia final para mejor proveer a la administración de justicia) y que

⁷⁶ Entre otras, SSTEDH *Botoyan c. Armenia* de 8 de febrero de 2022, § 65, *Y.P. c. Rusia* de 20 de septiembre de 2022, § 28, *G.M. y otras c. República de Moldavia* de 22 de noviembre de 2022, § 56, y *Mayboroda c. Ucrania* de 13 de abril de 2023, § 33.

tal alternativa u opción se ha incluido explícitamente como parte del consentimiento informado.

En análogo sentido, cuando de los casos enjuiciados se desprendan dudas acerca del respeto de estos elementos *estandarizados* por parte de los órganos jurisdiccionales que han conocido el fondo del asunto, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (artículo 88.1 LJCA) será evidente y, como corolario de ello, será inasumible un rechazo del correspondiente recurso de casación por parte del TS, puesto que el litigio suscitará un problema jurídico que trasciende lo meramente casuístico en clave de derechos fundamentales⁷⁷.

Por parecidos motivos, resultará inaceptable que se inadmita sin más, por parte del TC, un recurso de amparo por falta de especial trascendencia constitucional, pues difícilmente cabrá descartar que dicho recurso no tenga “importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50.1.b, en relación con la llamada a la reconsideración de la jurisprudencia constitucional y a la apertura a los estándares internacionales de derechos humanos que se efectúa en la STC 155/2009, de 25 de junio⁷⁸); se apartaría así el TC de forma incomprensible de una interpretación *pro personae* en el análisis de los derechos conexos o relacionados con la salud.

⁷⁷ Entre los numerosos ejemplos de rechazo de la casación pueden verse el Auto TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1) de 20 de octubre de 2022 (recurso de queja n.º 507/2022), o el Auto de la misma Sala y Sección del TS de 21 de noviembre de 2022 (recurso de queja n.º 463/2022).

⁷⁸ STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2: “Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opondría, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: a) *el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional*, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) *o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE*; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, *cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica* o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en

Por su parte, el TEDH tampoco debiera dar por bueno este tipo de inadmisiones de los recursos de amparo, señaladamente las de aquellas que se resuelven, en estos casos trascendentales de responsabilidad sanitaria, por una providencia (inmotivada y no publicada) cuya argumentación se limita a una fórmula estereotipada con mera mención al artículo 50.1.b) LOTC. Sobre esta problemática cuestión de la inadmisión de los recursos de amparo, ya se ha pronunciado el TEDH, siendo fundamental la Sentencia *Arribas Antón c. España* de 20 de enero de 2015 (y jurisprudencia allí citada). En ella, el TEDH adopta como premisa que el Estado goza respecto a los requisitos de admisibilidad de un recurso de un cierto margen de apreciación y, por tal razón, no controla las opciones de política jurisprudencial ni sustituye a las jurisdicciones internas en este ámbito; y, con esa remisión al margen de apreciación nacional, ha avalado que la sola referencia a la disposición de la LOTC aplicable al asunto no era en principio arbitraria ni contraria al artículo 6 CEDH.

Aun así, en esa misma STEDH *Arribas Antón c. España* se sostiene que la aplicación rigurosa, por parte de las jurisdicciones internas, de formalidades que han de respetarse para interponer un recurso, es susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es así cuando la interpretación, en demasía formalista de la legalidad ordinaria operada por una jurisdicción impide, de facto, el examen sobre el fondo del recurso ejercitado por la persona interesada⁷⁹.

Con todo, los supuestos controvertidos no se reconducen exclusivamente a la especial trascendencia constitucional de la letra b) del artículo 50.1. LOTC⁸⁰. Son, en efecto, muy frecuentes y numerosas las providencias (inmotivadas y no publicadas) del TC en donde, la sola referencia al apartado a) del artículo 50.1 LOTC se asocia a una supuesta “manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”, mediante un exceso formalista que no despliega el más mínimo esfuerzo en señalar o discernir (y, menos aún, motivar) cuál de los derechos fundamentales invocados incurriría en esa “manifiesta ausencia de violación”. Así, el TC impide o rehúsa el examen del fondo del recurso de una forma palmariamente paradójica, pues con dicha cláusula (“manifiesta ausencia de violación”) está al mismo tiempo sosteniendo sin argumentación alguna que no hay violación sustancial de derechos.

En último término, llegado a Estrasburgo un caso sobre responsabilidad patrimonial sanitaria que no haya obtenido satisfacción ante las vías nacionales de recurso (como regla general, con las criticadas fórmulas estereotipadas por parte del TS y del TC para rechazar de plano la casación y el amparo, respectivamente), la eventual estrategia procesal de la parte demandante no habría de depositar todas sus esperanzas (o, al menos, no de manera prioritaria, sino a mayor abundamiento) en el reproche a dichas fórmulas

determinados amparos electorales o parlamentarios”. La cursiva es nuestra; se justifica en la medida en que esos tres supuestos (a, b y g) dan cabida a las pistas de reflexión que se analizan en el presente trabajo.

⁷⁹ En la propia STEDH *Arribas Antón* se traen a colación diversos ejemplos de vulneración del artículo 6 CEDH por tal motivo: entre ellos, la STEDH *Ferré Gisbert c. España* de 13 de octubre de 2009 § 28.

⁸⁰ Un detallado examen de la “especial trascendencia constitucional” y de los otros requisitos procedimentales del amparo constitucional en TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2014, pp. 95 y ss.

alegando la violación del artículo 6 CEDH, tanto más cuanto que el propio TEDH está acostumbrado a la utilización de estereotipadas cláusulas similares de inadmisión en masa, tales como que la demanda estaría “manifiestamente mal fundada” o adolecería de “falta de apariencia de violación de derechos”. Parece más conveniente, al fin y al cabo, confiar en un examen equitativo por parte del TEDH que efectúe una ponderación equilibrada del principio de facilidad probatoria para demostrar la responsabilidad sanitaria (a la vista de su jurisprudencia sobre la dimensión procedimental de los artículos 2, 3 y, marcadamente, del 8 CEDH), así como para comprobar la viabilidad o no de un tratamiento médico alternativo (incluso por medio de una pericial judicial que no se practicó en los procedimientos ante las jurisdicciones nacionales, pese a ser un medio pertinente de prueba) y para verificar si dicha opción se ha integrado en el documento de consentimiento informado.

Bibliografía

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 8, 2018.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 34, 2020.

CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Diligencias finales a la carta en lo contencioso-administrativo”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 27 de mayo de 2019: <https://delajusticia.com/2019/05/27/diligencias-finales-a-la-carta-en-lo-contencioso-administrativo/>.

CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Esas diligencias finales que presagian imprevistos finales”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 16 de septiembre de 2020: <https://delajusticia.com/2020/09/16/esas-diligencias-finales-que-presagian-impresos-finales/>.

CHAVES GARCÍA, José Ramón: “Lo que hay que saber de la responsabilidad de la administración sanitaria”, *El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 6 de marzo de 2021: <https://delajusticia.com/2021/03/06/lo-que-hay-que-saber-de-la-responsabilidad-de-la-administracion-sanitaria/>.

CHAVES GARCÍA, José Ramón: *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Salamanca, Amarante, 2021.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús: *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Madrid, Colex, 2021.

GARCÍA SANZ, Javier: “Los informes de peritos designados por las partes en el procedimiento contencioso-administrativo. Reciente doctrina del Tribunal Supremo y efectos de la reforma introducida por la Ley de medidas de agilización procesal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º Extraordinario 1, 2011.

HURTADO MARTÍNEZ, Juan Antonio: “La prueba en el proceso contencioso”, *Diario La Ley*, n.º 8347 (Sección Tribuna), 4 de julio de 2014.

JIMENA QUESADA, Luis: “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”, en TOMÁS Y VALIENTE, Carmen (coord.): *La salud: intimidad y libertades informativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

JIMENA QUESADA, Luis: “Artículo 43. El derecho a la salud”, en PÉREZ TREMP, Pablo y SÁIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.): *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I (Preámbulo a Artículo 96), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

JIMENA QUESADA, Luis: “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 101, 2018.

JIMENA QUESADA, Luis: “Recurso de amparo y reparación íntegra en España: valoración y crítica constructiva”, *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, año 5, n.º 1, 2023.

MARTÍNEZ CRISTÓBAL, Daniel: “La *lex artis* y la responsabilidad sanitaria en España como garantía de defensa del derecho fundamental a la integridad física y moral”, *Revista Opinión Jurídica (Fortaleza)*, n.º 38, 2023, pp. 145-167.

MORANA, Donatella: *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2002.

ORTIZ, Armando, y BURDILES, Patricio: “Consentimiento informado”, *Revista Médica (Clínica Las Condes)*, vol. 21, n.º 4, 2010.

SÁIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen: “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 83, 2018.

SALCEDO BELTRÁN, Carmen: “Conclusiones 2021 del Comité Europeo de Derechos Sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 57, 2022.

SCHUMACHER, Bernard, y PIGUET, Jean-Gabriel: “Les ambiguïtés de la décision partagée: l'autonomie fondée sur la délibération et la relation”, *Éthique & Santé*, vol. 17, n.º 3, 2020.

SIMKULET, William: “Informed consent and nudging”, *Bioethics*, n.º 33, 2019, pp. 169-184.

TAJADURA TEJADA, Idoia: “La protección de la salud (art. 43 CE)”, en TAJADURA TEJADA, Javier (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2014.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz: “Derechos fundamentales y *Drittwirkung* en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el Derecho europeo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022

VV.AA.: *Responsabilidad patrimonial sanitaria y COVID-19*, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 35 (monográfico), enero-junio 2021.