

JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA

El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño

1

DERECHO DE DAÑOS

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ÁMBITO SANITARIO: LA VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA
JOAN EGEA FERNÁNDEZ
ISABEL FERNÁNDEZ TORRES
JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA
BELÉN NOGUERA DE LA MUELA
LUIS PRIETO SANCHÍS
FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
RICARDO ROBLES PLANAS
SIXTO SÁNCHEZ LORENZO
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ
JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ÁMBITO SANITARIO: LA VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Javier López y García de la Serrana
Abogado y Doctor en Derecho



Colección: Cuadernos de Derecho de Daños

Director:

Javier López y García de la Serrana

Abogado y Doctor en Derecho

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Javier López y García de la Serrana

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18780-22-6

Depósito legal: B 12227-2022

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

Dedicado a Magdalena, mi mujer, la persona más valiente que conozco y la que el 14 de marzo de 2020, cuando se decretó el estado de alarma en España por la Covid, nos ordenó a mis hijos y a mi que nos fuéramos a nuestra segunda residencia en Orce, a más de ciento cincuenta kilómetros de distancia de ella, donde estuvimos setenta y cinco días separados para no compartir vivienda y que pudiera estar más tranquila en su trabajo de médico en uno de los hospitales de Granada. Cuando me despedí no sabíamos qué iba a pasar; se me escapó una lágrima, ella me miró y me dijo «los médicos estamos para esto y ahora nos toca asumir responsabilidades, es nuestro juramento».

Impecable la labor que hacen los profesionales de la medicina y el sentido de responsabilidad que tienen. Héroes a nuestro lado que quizás nunca supimos valorar cómo lo hicimos durante la pandemia y que de nuevo vamos olvidando. Sirvan estas palabras para expresar mi reconocimiento a todos los sanitarios de este país.

«El Consentimiento y la Información necesaria para que éste tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la Autonomía de la persona. El Principio de Autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo físico, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea, para dirigirlo hacia su propio perfeccionamiento.

Reconocer esto significó aceptar la dignidad del ser humano en sí mismo y no en relación a la posición que ocupara en la organización social, dignidad que es consustancial a la persona y que deriva hacia una consecuencia universal: todas las personas son igualmente dignas.

Este reconocimiento supuso el gran salto al pensamiento moderno y dio origen al nacimiento de los derechos individuales.

*La aceptación de la dignidad de la persona basada en su capacidad de comprensión, de raciocinio, de juicio y en la voluntad libre o capacidad de elegir, ha llevado en la relación médico-enfermo a que sea el enfermo, siempre que su estado psicofísico lo permita, quien tome las decisiones que considere más favorables para su persona entre las alternativas diagnósticas y terapéuticas que se le ofrezcan.»**

* Parte del prólogo que María Castellano Arroyo y Enrique Villanueva Cañadas, Catedráticos de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Granada, hicieron al libro *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Ed. Comares, Granada 2002, del que soy coautor junto con mi mujer Magdalena Palomares Bayo, FEA (Facultativo Especialista de Área) en el Servicio de Nefrología del Hospital Virgen de las Nieves de Granada.

ÍNDICE

PRÓLOGO DE LA COLECCIÓN.....	13
1. INTRODUCCIÓN	17
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE	18
3. MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA SATISFACTIVA; MEDICINA DE MEDIOS Y MEDICINA DE RESULTADOS	23
4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. NECESIDAD DE SU REGULACIÓN	32
5. LA LEY BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN...	36
6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL DAÑO CAUSADO.....	56
7. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL TESTAMENTO VITAL	103
8. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA	117
8.1. Aplicación del Baremo de Tráfico para la cuantificación del daño por mala praxis médica.....	129
8.2. Intereses del artículo 20 de la LCS.....	132

9.	LA RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA SANIDAD PÚBLICA: EL CASO ESPECIAL DE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA DEL ENTE PÚBLICO	139
9.1.	Análisis de la doctrina establecida por la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 2019, en un supuesto de acción directa contra la aseguradora de la Administración	150
9.2.	Las vías para reclamar ante una negligencia médica.	158
10.	BIBLIOGRAFÍA	213

PRÓLOGO DE LA COLECCIÓN

«Cuanto más arena haya escapado del reloj de nuestra vida más claramente deberíamos poder ver a través de su cristal.»

JEAN-PAUL SARTRE

«No basta fijar los patrimonios sino nivelar las pasiones; empresa sublime cuyo éxito depende de la sabiduría de las instituciones y de las leyes.»

ARISTÓTELES

Después de llevar una veintena de años dirigiendo la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, así como una decena de estos al frente del master en responsabilidad civil de la Universidad de Granada, veo más nítida que nunca la necesidad de crear una colección de cuadernos de derecho de daños que puedan ayudar a los compañeros de profesión, así como al resto de operadores jurídicos dedicados al estudio y la aplicación de la responsabilidad civil junto al derecho de seguros, a progresar en el entendimiento y comprensión de todas las figuras jurídicas asociadas con esta materia, disponiendo así de una bibliografía especializada, tan necesaria si se quiere profundizar

tanto en cuestiones ya analizadas como en los nuevos conceptos que surgen a diario.

El estudio del derecho de daños es connatural a nuestra existencia, pues la producción de un daño genera un desequilibrio en el orden social; hay una alteración que debe ser corregida y hacia ese objetivo se dirige la responsabilidad civil, que aparece como una consecuencia jurídica de un daño injustamente causado, orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado. No causar un daño a los demás es, quizás, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. Los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honestamente y el dar a cada uno lo suyo. La responsabilidad se traduce entonces, en la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la víctima. Es la sanción jurídica resarcitoria por la conducta lesiva.

Asimismo vemos como el derecho de daños actual se estructura principalmente en torno a la división entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. De esta forma, es presupuesto del régimen de responsabilidad por culpa la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico: el causante de un daño sólo es responsable del mismo si ha realizado un acto ilícito, esto es, si ha realizado un acto no permitido por el derecho. De ahí que la cuestión dogmática se centre en el concepto de antijuricidad y de culpa. Distintos son los presupuestos de la responsabilidad objetiva, tales como la responsabilidad por riesgo y por sacrificio. En este contexto, el causante del daño responde con independencia de que su conducta haya sido más o menos diligente, de forma que la acción de daños debe basarse en requisitos objetivos, tales como la peligrosidad de la conducta dañosa y la injerencia intencionada en bienes jurídicos ajenos.

Esta distinción de responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva —como pone de manifiesto el profesor Nils Jansen de la Universidad de Regensburg— se encuentra hoy en la totalidad de sistemas jurídicos europeos y ocupa también un lugar central en el análisis económico del derecho. Asimismo, la distinción parece

constituir un principio estructural del derecho europeo de daños. No obstante, según este autor, a nivel dogmático esta distinción es más clara en el derecho alemán que en otros ordenamientos jurídicos. Así, sólo en derecho alemán se considera esta distinción como algo más que un principio de orden público y se ha revalorizado desde un punto de vista teleológico como un fundamento teórico de justicia. Conceptualmente, sin embargo, esta distinción parece constituir una asunción básica en todos los ordenamientos jurídicos, de modo que, tanto conceptual como ideológicamente, las propuestas en este sentido se van a mantener en un futuro derecho europeo, en el que la responsabilidad por una conducta contraria a un deber jurídico, en particular, la responsabilidad por culpa, se distingue de la responsabilidad objetiva desde un punto de vista estrictamente sistemático.

Igualmente, para la minimización de las consecuencias del daño se hace imprescindible el seguro y con ello el estudio de esta importante rama del derecho, el derecho de seguros, al estar absolutamente interrelacionados, ya que sin expectativa de daño —esto es, sin riesgo trasladable— cualquier contrato de seguro deviene impensable. El desafío que el derecho de seguros asume como propio, no es el de eliminar el daño sino de hacer más creíble la promesa común de resarcimiento sobre la que la propia coexistencia social descansa. A medida en que la focalización del sistema jurídico fue haciéndose más amplia y, en mérito a la concepción de la promesa de resarcimiento sobre la que ya hemos hablado largamente, se situó sobre la necesidad de minimizar los daños —atendiendo prioritariamente a la víctima y ya no al patrimonio del responsable—; fue ensanchándose la brecha entre las posibilidades de respuesta ofrecidas por el seguro de responsabilidad civil y las expectativas de reparación integral propias de la nueva noción común de Justicia imperante en la sociedad.

Consecuentemente con ello no es momento de relajarse, más bien de lo contrario, porque en derecho de daños hay mucho aún por decir y estos CUADERNOS quieren aportar su granito de arena. Para ello iniciamos esta colección con una obra de mi autoría sobre

Javier López y García de la Serrana

«El consentimiento informado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria», continuando —como no podía ser de otra forma— con un magnífico trabajo de la persona que más ha hecho por el desarrollo de esta materia en los últimos treinta años, mi maestro **Mariano Medina Crespo**, que nos trae un brillante estudio sobre «El daño y su doble clasificación fundamental». A continuación como número tres de esta colección se publicará el amplio y detallado trabajo que sobre los «Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil» ha desarrollado la profesora **M^a Luisa Atienza Navarro**. Asimismo también está ya en edición el número cuatro de estos cuadernos, que sobre «La responsabilidad por daños en accidentes con patinetes eléctricos» ha realizado la compañera **Maren García-Valle Pérez**. A continuación irán saliendo otros títulos muy interesantes, con la participación de autores especializados en esta materia que quieren participar en este ilusionante proyecto para el desarrollo del derecho de daños. Y es que como dice Gabriel García Márquez, «No es cierto que la gente deja de perseguir sus sueños porque envejecen, envejecen porque dejan de perseguir sus sueños».

Javier LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA
Director de la Colección

El Consentimiento y la Información necesaria para que éste tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la Autonomía de la persona. El Principio de Autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad. La aceptación de la dignidad de la persona basada en su capacidad de comprensión, de raciocinio, de juicio y en la voluntad libre o capacidad de elegir, ha llevado en la relación médico-enfermo a que sea el enfermo, siempre que su estado psicofísico lo permita, quien tome las decisiones que considere más favorables para su persona entre las alternativas diagnósticas y terapéuticas que se le ofrezcan.

Nos encontramos por tanto ante un tema con una gran trayectoria a través de los años, sobre el que los pronunciamientos jurisprudenciales despiertan un destacado interés. Además, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, vino a suponer un nuevo e importante instrumento para el estudio del llamado «Consentimiento Informado». La presente obra pretende hacer un estudio sobre las cuestiones fundamentales para la apreciación de la existencia de responsabilidad civil ante el incumplimiento del deber de información al paciente y la obtención de su consentimiento expreso, así como la valoración del daño que ello puede representar.