

El derecho  
al consentimiento  
informado del paciente  
Una perspectiva iusfundamental

Noelia Martínez Doallo

Biblioteca de derecho y ciencias de la vida



---

NOELIA MARTÍNEZ DOALLO  
Universidade da Coruña

EL DERECHO  
AL CONSENTIMIENTO INFORMADO  
DEL PACIENTE

Una perspectiva iusfundamental

GRANADA, 2021

---

---

*colección:*  
**BIBLIOTECA DE DERECHO Y CIENCIAS DE LA VIDA**

*director:*  
Carlos María Romeo Casabona

© Noelia Martínez Doallo

Editorial Comares, S.L.  
Polígono Juncaril  
C/ Baza, parcela 208  
18220 Albolote (Granada)  
Tlf.: 958 465 382

<https://www.comares.com> • E-mail: [libriecomares@comares.com](mailto:libriecomares@comares.com)  
<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>  
<https://www.instagram.com/editorialcomares/>

ISBN: 978-84-1369-193-0 • Depósito legal: GR. 796/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

---

---

# SUMARIO

|                    |      |
|--------------------|------|
| ABREVIATURAS ..... | XIII |
| PRÓLOGO .....      | XV   |
| PRESENTACIÓN ..... | XIX  |

## CAPÍTULO I

### EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO SUBJETIVO

|  |    |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN .....  | 1  |
| II. EL DERECHO SUBJETIVO SEGÚN HANS KELSEN .....                         | 3  |
| 1. La norma jurídica .....   | 5  |
| 2. La subjetivación del Derecho .....                                    | 9  |
| 3. Significados de derecho subjetivo .....                               | 12 |
| A. <i>El derecho subjetivo reflejo de una obligación jurídica</i> .....  | 12 |
| B. <i>El derecho subjetivo en sentido técnico</i> .....                  | 13 |
| C. <i>El derecho subjetivo como permisión positiva</i> .....             | 14 |
| D. <i>Los derechos subjetivos de participación política</i> .....        | 18 |
| E. <i>Los derechos subjetivos fundamentales</i> .....                    | 18 |
| 4. El sujeto de derecho y el concepto de persona en Kelsen .....         | 19 |
| III. EL DERECHO SUBJETIVO SEGÚN W.N. HOHFELD .....                       | 20 |
| 1. La interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales .....      | 22 |
| 2. Los pares conceptuales .....  | 26 |
| A. <i>Derecho subjetivo en sentido estricto o pretensión/deber</i> ..... | 26 |
| B. <i>Privilegio/no-derecho</i> .....                                    | 28 |
| C. <i>Potestad/sujeción</i> .....  | 31 |
| D. <i>Inmunidad/incompetencia</i> .....                                  | 36 |
| IV. EL DERECHO SUBJETIVO SEGÚN ROBERT ALEXY .....                        | 38 |
| 1. Presupuestos para el análisis .....                                   | 39 |
| 2. Las posiciones jurídicas subjetivas fundamentales .....               | 42 |
| A. <i>Derechos a algo</i> .....  | 42 |
| B. <i>Libertades</i> .....   | 45 |
| C. <i>Competencias</i> .....   | 49 |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| V.  | EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE COMO DERECHO SUBJETIVO . . . . .  | 52 |
| 1.  | Presupuestos iniciales . . . . .   | 52 |
| A.  | <i>La clasificación de las normas</i> . . . . .  | 53 |
| B.  | <i>La estructura del consentimiento informado</i> . . . . .  | 54 |
| 2.  | La explicación del consentimiento informado del paciente a partir de los conceptos kelsenianos de «derecho subjetivo reflejo» y «derecho subjetivo en sentido técnico» . . . . . | 57 |
| 3.  | El consentimiento informado del paciente como una «pretensión» o «derecho en sentido estricto» hohfeldiano . . . . .   | 60 |
| 4.  | El consentimiento informado del paciente como un «derecho a algo» en el planteamiento de Alexy . . . . .   | 64 |
| VI. | RECAPITULACIÓN . . . . .   | 66 |

## CAPÍTULO II

### EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | INTRODUCCIÓN . . . . .   | 71  |
| II.  | EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL . . . . .   | 72  |
| 1.   | Delimitación conceptual . . . . .  | 76  |
| A.   | <i>Disposición de derecho fundamental</i> . . . . .  | 76  |
| B.   | <i>Norma de derecho fundamental</i> . . . . .  | 78  |
| 2.   | La estructura de los derechos fundamentales . . . . .  | 82  |
| 3.   | El derecho fundamental como «un todo» . . . . .  | 89  |
| III. | LOS CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES . . . . .   | 90  |
| 1.   | La universalidad . . . . .   | 92  |
| A.   | <i>La «relativa universalidad» de los derechos humanos de Jack Donnelly</i> . . . . .                    | 92  |
| B.   | <i>La universalidad de los «derechos genéricos» de Alan Gewirth</i> . . . . .                            | 95  |
| a)   | <i>Las condiciones necesarias para la acción</i> . . . . .   | 95  |
| b)   | <i>Los derechos genéricos y el Principio de Coherencia Genética (PCG)</i> . . . . .                      | 97  |
| 2.   | La inalienabilidad . . . . .   | 101 |
| A.   | <i>Formas de alienación de los derechos</i> . . . . .  | 103 |
| B.   | <i>Consecuencias de la alienación de los derechos</i> . . . . .  | 107 |
| C.   | <i>Argumentos a favor y en contra de la inalienabilidad de los derechos</i> . . . . .                    | 108 |
| a)   | <i>Argumentos en contra de la inalienabilidad</i> . . . . .  | 109 |
| b)   | <i>Argumentos a favor de la inalienabilidad</i> . . . . .  | 112 |
| 3.   | El carácter absoluto . . . . .   | 115 |
| A.   | <i>Cuestiones acerca del carácter absoluto de los derechos</i> . . . . .                                 | 115 |
| B.   | <i>La defensa del carácter absoluto de los derechos de Gewirth</i> . . . . .                             | 118 |
| a)   | <i>Absolutismo y tipos de absolutismo</i> . . . . .  | 119 |
| b)   | <i>El «absolutismo concreto» o «de la regla»</i> . . . . .   | 120 |
| c)   | <i>Colisión entre derechos genéricos</i> . . . . .   | 122 |
| d)   | <i>Especificaciones de los derechos vs. absolutismo</i> . . . . .  | 123 |
| e)   | <i>Conseguencialismo vs. absolutismo</i> . . . . .   | 124 |
| IV.  | EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE COMO MANIFESTACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL . . . . .          | 128 |
| 1.   | El consentimiento informado del paciente como norma adscrita de derecho fundamental . . . . .            | 128 |
| 2.   | La relación conceptual entre la integridad personal y el consentimiento informado del paciente . . . . . | 130 |
| 3.   | El fundamento constitucional del consentimiento informado del paciente . . . . .                         | 134 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 4. | Los caracteres del consentimiento informado como manifestación de un derecho fundamental del paciente ..... | 138 |
| A. | <i>La (relativa) universalidad</i> .....  | 138 |
| B. | <i>La (in)alienabilidad</i> .....   | 140 |
| C. | <i>El carácter (no) absoluto</i> .....  | 143 |
| V. | RECAPITULACIÓN .....  | 146 |

## CONCLUSIONES

## REFERENCIAS

|    |                                      |     |
|----|--------------------------------------|-----|
| I. | DOCTRINA .....                       | 157 |
| II | NORMATIVA .....                      | 163 |
| 1. | Legislación española .....           | 163 |
| A. | <i>Legislación estatal</i> .....     | 163 |
| B. | <i>Legislación autonómica</i> .....  | 163 |
| 2. | Legislación internacional .....      | 164 |
| 3. | Jurisprudencia española .....        | 164 |
| A. | <i>Tribunal Constitucional</i> ..... | 164 |
| B. | <i>Tribunal Supremo</i> .....        | 164 |
| 4. | Jurisprudencia extranjera .....      | 164 |

---

---

## ABREVIATURAS

|                         |  |
|-------------------------|--|
| Art./s.                 | Artículo/s.  |
| BOE                     | Boletín Oficial del Estado.  |
| Cap.                    | Capítulo.  |
| CDFUE                   | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.   |
| CE                      | Constitución Española.   |
| CEDH                    | Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.   |
| CDHB/Convenio de Oviedo | Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina. |
| DUDH                    | Declaración Universal de los Derechos Humanos.   |
| DOG                     | Diario Oficial de Galicia.   |
| DOUE                    | Diario Oficial de la Unión Europea.  |
| F.J./FF.JJ.             | Fundamento/s Jurídico/s.   |
| INSALUD                 | Instituto Nacional de la Salud.  |
| LBAP                    | Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente.   |
| LGS                     | Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.   |
| LO                      | Ley Orgánica.  |
| PCG                     | Principio de Coherencia Genérica ( <i>vid.</i> Alan GEWIRTH).  |
| RJ                      | Repertorio de Jurisprudencia.  |
| S/STC                   | Sentencia/s del Tribunal Constitucional.   |
| STC                     | Sentencia del Tribunal Supremo.  |
| TC                      | Tribunal Constitucional.   |
| TEDH                    | Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.  |
| TS                      | Tribunal Supremo.  |
| UNESCO                  | Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.  |

---

---

## PRÓLOGO

Si tras la constitucionalización de los sistemas jurídicos todo Derecho es y no puede dejar de ser iusfundamental, hemos de dar la bienvenida a esta investigación sobre el derecho al consentimiento informado de los pacientes.

### I

El consentimiento informado es una categoría central de la Bioética y el Bioderecho, objeto de constante atención doctrinal y de una creciente respuesta legislativa y jurisprudencial a nivel nacional e internacional. Además de ser la expresión paradigmática de la autonomía individual en el ámbito asistencial, su paulatina incorporación al ordenamiento jurídico ha perfilado su significado, que no es meramente el ejercicio de la libertad o una manifestación del *agere licere* —en expresión usual de nuestro Tribunal Constitucional—, sino una autorización para decidir y actuar respaldada explícitamente por una disposición jurídica. Esta naturaleza deóntica, ya existente en las primeras aproximaciones iusprivatistas y jurídico-penales, es jurídicamente relevante y robusta. Con todo, su consideración como derecho fundamental refuerza su posición jurídica más allá de la autonomía o libertad individuales, al desplegarse en un triple nivel: en cuanto manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución española, el consentimiento informado equivale a una autorización o permiso en sentido fuerte, a una prohibición de no interferir en su ejercicio, y a un deber público de promover las condiciones adecuadas para su disfrute.

### II

La importancia académica, normativa y práctica del tema avala el interés de este libro. Con todo, lo que le confiere un valor y un atractivo singulares es el punto de vista teórico-jurídico adoptado por la autora, que analiza la anatomía jurídica del consentimiento informado desde la perspectiva de los derechos, confirmando que los derechos fundamentales son el núcleo de los sistemas jurídicos contemporáneos, tanto en un sentido material o sustantivo —contenido y traducción jurídica de bienes y valores básicos— como en un sentido metodológico —razonamiento prudencial, ponderación y armonización—.

## III

Una vez confirmado que todo Bioderecho es y debe ser iusfundamental, cobra sentido desarrollar también una Bioética iusfundamental, que incorpore la dimensión jurídica al terreno bioético y rehabilite el valor y la función del Derecho y los derechos en el ámbito asistencial. Dos cuestiones presentan en este libro especial importancia.

En primer lugar, un modelo iusfundamental de relación asistencial que supere el sustrato antropológico y político de los modelos paternalistas y autonomistas, en el cual el consentimiento informado no sea simplemente una decisión individual libre, sino el reflejo de una autonomía relacional que se vincula con la confianza y consolida la naturaleza fiduciaria de las relaciones asistenciales.

En segundo lugar, la diferenciación analítica entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, pertenecientes ambos a la categoría más amplia de derecho subjetivo y distinguibles, sobre todo, por su contexto normativo y la extensión de su titularidad: estos son derechos subjetivos reconocidos por fuentes constitucionales y aquellos son reconocidos en fuentes internacionales. Los derechos fundamentales, entendidos como posiciones y relaciones jurídicas que se traducen en un haz de posiciones iusfundamentales, y con ellos la Bioética iusfundamental, expresan mejor que los derechos humanos el significado de las transformaciones de los sistemas jurídicos y políticos y la aportación del Derecho, que mediante garantías metodológicas e institucionales añade, por una parte, la positividad, la protección constitucional reforzada, la certeza y la exigibilidad frente a los poderes públicos y los ciudadanos, y por otra, el marco político del Estado de Derecho para desplegar su fuerza jurídica vinculante y garantizar su observancia y realizabilidad.

## IV

*El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental* es una valiosa aportación de la Dra. Noelia Martínez Doallo al incipiente Bioderecho y a esta concepción de la Bioética. Como buena parte de las obras académicas de origen doctoral, el libro ofrece una versión parcial y mejorada de la tesis originaria. Han quedado fuera interesantes indagaciones históricas, reflexiones filosóficas sobre el fundamento de los derechos, exposiciones doctrinales precederas y análisis legislativos y jurisprudenciales que completaban el estudio del consentimiento, pero apenas contribuían a las conclusiones que aquí se ofrecen de forma más ajustada y podrían oscurecer este esfuerzo de claridad y síntesis. Esta revisión ha servido para evaluar de nuevo la jerarquía de los argumentos y estimular el diálogo con el lector, a través de una opción metodológica deliberada: distinguir descripción y evaluación y dejar hablar a los autores. Se parte de las fuentes directas para exponer las principales propuestas doctrinales e incorporar a continuación la posición de los comentaristas. Y entonces, conocidas tales posiciones, es el momento de la evaluación personal, ora de adhesión, ora de refutación, ora de síntesis, recogida en sendos apartados de recapitulación al término de los capítulos y, de forma destacada, en las conclusiones, que funcionan como un compendio del pensamiento de la autora. Este criterio metodológico invita al lector a seguir un recorrido semejante, sustituyendo los años de investigación por la justificada confianza en el rigor y la honradez de sus reflexiones.

En consecuencia, es fácil identificar las aportaciones específicas de la Dra. Martínez Doallo, las coincidencias y divergencias y, más allá de este libro, las expectativas de desarrollo. Desde su teoría de los enunciados normativos, ¿es acertada la rotunda distinción entre principio y regla en el funcionamiento del derecho al consentimiento informado? ¿Se alcanzarían las mismas conclusiones concibiendo este derecho como norma de conducta o regulativa y como norma de competencia? Y desde la dimensión aplicada, ¿tendría sentido una delimitación más clara entre titularidad y ejercicio, a pesar de la difusa frontera entre ambas en ámbitos afines como los derechos de las personas con discapacidad? ¿Puede mantenerse sin reservas la separación entre una fase decisoria y una fase informativa, que quizás acogería una subdivisión entre la prestación, como deber del profesional, y la comprensión por parte del paciente? Y desde su perspectiva iusfundamental, ¿son normativamente idénticos el derecho a la renuncia de la información y la renuncia al derecho a la información? ¿Debe mantenerse el privilegio terapéutico y, en caso afirmativo, cuál es su calificación normativa?

## V

Aun cuando el libro responde a estas y a otras múltiples cuestiones, retomaría el hábito de los años doctorales de su autora para seguir planteándole interrogantes y conocer mejor el estatuto bioético y biojurídico del consentimiento informado. Afortunadamente, la Dra. Noelia Martínez Doallo ha decidido ordenar sus respuestas para compartirlas y someterlas al escrutinio de toda la comunidad científica, que es el destino genuino de su investigación. Únicamente me resta desear que su lectura les depare al menos tanto beneficio como el que yo he obtenido.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

ISBN 978-84-1369-193-0



9 788413 691930