

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXVI

Núm. 2.254

Agosto de 2022

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS Y RECOMENDACIONES DE LOS COMITÉS
DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias, decisiones y cualquier otra documentación.

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO REYES JIMÉNEZ c. ESPAÑA

(Demanda n.º 57020/18)

SENTENCIA

Art 8 • Vida privada • Obligaciones positivas • Rechazo injustificado por parte de los tribunales del recurso por incumplimiento del requisito legal de obtener el consentimiento por escrito para una de las tres intervenciones quirúrgicas vinculadas - Necesidad de cumplir con los requisitos del derecho interno, aunque el propio Convenio no contemple ningún tipo concreto de consentimiento

ESTRASBURGO

8 de marzo de 2022

Esta sentencia será firme de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 del Convenio. Puede ser objeto de revisión editorial.

En el asunto **Reyes Jiménez c. España,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en formación de Sala compuesta por:

Georges Ravarani, *Presidente,*
Georgios A. Serghides,
María Elósegui,
Darian Pavli,
Anja Seibert-Fohr,
Peeter Roosma,
Andreas Zünd, *Jueces,*
y de Olga Chernishova, *Secretaria de Sección adjunta,*

Vista:

la demanda (nº 57020/18) contra el Reino de España presentada el 23 de noviembre de 2018 ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»), por el Sr. Luis Reyes Jiménez («el demandante»);

la decisión, en fecha 23 de abril de 2020, de poner en conocimiento del Gobierno español («el Gobierno») la demanda en virtud del artículo 8 del Convenio;

las observaciones de las partes.

Tras deliberar a puerta cerrada en las siguientes fechas: 28 de septiembre de 2021, 14 de diciembre de 2021 y 8 de febrero de 2022;

dicta la siguiente sentencia, que fue adoptada en la última de las fechas citadas:

INTRODUCCIÓN

1. El asunto se refiere al grave deterioro físico y neurológico del demandante, menor de edad en el momento de los hechos, que se encuentra en un estado de total dependencia e incapacidad tras ser sometido a tres intervenciones quirúrgicas a causa de un tumor cerebral. Ante el Tribunal, el demandante, representado por su padre, denunció la falta de consentimiento informado prestado por escrito para una de las intervenciones. La cuestión se refiere a si el consentimiento informado prestado por escrito por los padres para la primera intervención puede extenderse a la segunda, dado que la legislación española establece que el paciente deberá aceptar por escrito cualquier intervención quirúrgica. Se invoca el artículo 8 del Convenio.

HECHOS

2. El demandante nació en 2002 y reside en Los Dolores, Cartagena, provincia de Murcia. La demanda fue interpuesta por su padre, Francisco Reyes Sánchez, en su nombre. Estuvo representado por F. Martínez Romero, Abogado en ejercicio en Cartagena.

3. El Gobierno estuvo representado por H. E. Nicolás Martínez, Co- agente del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. Los hechos del caso, tal y como se expusieron por las partes, pueden resumirse como sigue.

5. El demandante, que entonces tenía seis años, fue examinado en numerosas ocasiones en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, por presentar varios síntomas, entre ellos una ligera pérdida de motricidad, vómitos y cefaleas. Fue sometido a una exploración craneal que reveló un tumor cerebral (astrocitoma en el cerebelo, no invasivo, bien definido). El 18 de enero de 2009 ingresó en urgencias del hospital público en estado muy grave. Tras su ingreso, se realizaron sendas intervenciones quirúrgicas el 20 de enero y el 24 de febrero de 2009. Una tercera intervención quirúrgica tuvo lugar el mismo día que la segunda. El estado de salud físico y neuronal del demandante se ha deteriorado de forma intensa e irremediable. Se encuentra en un estado de total dependencia e incapacidad: sufre una parálisis general que le impide moverse, comunicarse, hablar, ver, masticar o deglutir. Está postrado en la cama, sin poder levantarse ni sentarse.

6. La primera intervención quirúrgica tuvo por objeto extirpar el tumor. Los padres dieron su consentimiento por escrito a dicha intervención. El mismo médico-jefe del servicio de neurología del hospital público en cuestión llevó a cabo una segunda intervención para extirpar el resto tumoral aún presente en el cerebelo del demandante. En esta ocasión, los padres del menor prestaron su consentimiento verbalmente. La entrada de aire en la cavidad craneal durante la segunda intervención provocó un neumoencéfalo a tensión, por lo que hubo que realizar una tercera intervención de urgencia, para la que se obtuvo el consentimiento de los padres por escrito y se llevó a cabo por médicos de guardia distintos del anterior.

7. El 24 de febrero de 2010 los padres del demandante interpusieron una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ante la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia por mal funcionamiento de los servicios médicos prestados por la Administración Pública, al considerar que en este caso se había producido una mala praxis por parte del personal médico, así como la falta de consentimiento informado en particular respecto a la segunda intervención. Reclamaron la cantidad de 2.350.000 euros.

8. Ante la falta de respuesta al recurso interpuesto, el 28 de octubre de 2011 los padres del demandante recurrieron ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia desestimó mediante Orden de 5 de octubre de 2012 desestimó la reclamación patrimonial interpuesta por los padres del demandante (párrafo 7 supra). Posteriormente, ampliaron el recurso contencioso-administrativo también a dicha Orden, señalando que la segunda intervención, que tuvo lugar en febrero de 2009 y que empeoró el estado postoperatorio inicial del menor, se realizó sin informar a los padres de las alternativas de tratamiento, de los riesgos y de su pronóstico. Los padres del demandante denunciaron en su recurso la negligencia médica, la falta de consentimiento informado prestado por escrito en el momento de la segunda intervención y la insuficiente información desde el inicio del tratamiento.

9. El recurso fue desestimado mediante sentencia de 20 de marzo de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En dicha sentencia, se tuvo especialmente en cuenta el expediente administrativo y el testimonio detallado del médico que realizó la operación, cuya versión de los hechos difería de la ofrecida por los padres del menor. Dicho facultativo consideró que “no existe ninguna duda sobre la información de la primera operación. Existe un impreso firmado en el que, además de explicar los riesgos generales de una intervención neuroquirúrgica, se especifica la posibilidad de otros riesgos relacionados”. Este mismo facultativo afirmó haber informado verbalmente a los padres del demandante sobre la segunda operación y que los riesgos de esta eran los mismos que los de la primera, así como de su necesidad. La sentencia también tuvo en cuenta el informe de la Inspección Médica, que dio la razón al hospital y a los médicos, afirmando que la intervención quirúrgica realizada era la más adecuada e implicaba una alta morbilidad. Observó que la familia había sido informada y que se había firmado el consentimiento informado para la primera operación. El informe de la Inspección encargado por el hospital, reiteró los comentarios del médico sobre el carácter de “reintervención” de la segunda operación y confirmó los argumentos del cirujano sobre la anotación manuscrita “familia informada” en el historial médico, ya que los riesgos de la segunda intervención eran los mismos que los de la primera. La compañía de seguros Zurich presentó dos informes periciales de cuatro médicos especialistas en cirugía y pediatría que confirmaron que las secuelas en este tipo de operación eran inevitables en más del 50% de los casos y que la actuación médica fue correcta. Solo un informe pericial elaborado a petición de los padres del menor señaló que la resección de un tumor benigno (astrocitoma) en el cerebelo, no infiltrante y bien definido como en este caso, no debería causar secuelas, presentando una alta probabilidad de recuperación total en el 90% de los casos. Este último informe señalaba el inexplicable e inconcebible retraso de un año en el

diagnóstico y añadía que el mal resultado obtenido, desproporcionado respecto a lo que cabía esperar en estos casos, era consecuencia de una actuación injustificada y contraria a la práctica habitual

10. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia consideró que no hubo retraso en el diagnóstico del demandante, ya que los médicos actuaron de forma correcta y oportuna. Respecto al consentimiento informado de los padres a las intervenciones, concluyó que a pesar de la ausencia de documento escrito, los padres fueron debidamente informados y prestaron su consentimiento a la segunda intervención. A este respecto se expresó en los siguientes términos:

« 10. (...) Para la primera intervención consta el consentimiento por escrito de los padres. En cuanto a la segunda no es sino una reintervención como se ha dicho, necesaria y la única posibilidad para el caso; el médico informo de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que los de la primera operación) verbalmente. En este punto se lee en el expediente “familia informada” (folio 207). El médico informó que, “dado que el niño continuaba ingresado desde la primera operación y que las visitas y la información por nuestra parte eran diarias, nos pareció suficiente proporcionar información y obtención del consentimiento sólo de forma verbal”.

De manera que, aunque no hubiese documento formal, la familia estaba informada, siendo iguales los riesgos que para la primera, y siendo además una intervención necesaria, al ser la única posibilidad en el presente caso.

De manera que, en conclusión y por todo lo expuesto, consideramos que no se acredita en este caso mala praxis en la actuación de los facultativos intervinientes, por lo que no se dan las circunstancias que permitan estimar el recurso, que por tanto se desestima”.

11. Los padres del demandante recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. Alegaron que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia incurría en incongruencia omisiva y falta de motivación. En su opinión, la sentencia se limitó a recoger las declaraciones y los informes periciales favorables a la administración demandada, concluyendo en pocas líneas que se había dado el consentimiento informado sin haber respondido a los motivos de su recurso, en particular respecto a la falta de consentimiento escrito.

12. Refiriéndose a varias disposiciones de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, en lo que respecta a la segunda intervención programada con antelación, señalaron que el tribunal no había respondido a sus alegaciones ni había explicado por qué no se obtuvo el consentimiento informado por escrito en este caso, a pesar de que no se trataba de una intervención de

urgencia si no programada con antelación (véanse los artículos 8,9.2 y10.2 de la Ley 41/2002 en el apartado 15 infra).

13. Mediante sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, se declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los padres del demandante. El Tribunal Supremo declaró que la sentencia de primera instancia estaba ampliamente motivada y se basaba en numerosos medios de prueba, incluyendo los informes médicos de varios expertos. Consideró que el relato de hechos probados y la motivación de la sentencia en primera instancia no podían considerarse arbitrarios, irrazonables o inverosímiles. En primer lugar, afirmó que el consentimiento informado de la primera intervención, al que no se había puesto objeción alguna, se prestó por escrito. Respecto a la segunda intervención, teniendo en cuenta las anotaciones en la historia clínica del demandante y el hecho de que la relación entre el médico y los padres fue continua, consideró que se había valorado correctamente la existencia de un consentimiento efectivamente prestado. Por último, añadió que la segunda operación fue consecuencia necesaria de la primera, ya que en la mayoría de las operaciones de este tipo el tumor no se extirpa completamente en la primera operación, por lo que resulta necesaria una segunda intervención. Afirmó que el consentimiento verbal es válido siempre que aparezca acreditado, como en el presente caso

14. Los padres del demandante recurrieron en amparo, recurso inadmitido por el Tribunal Constitucional mediante resolución de fecha 29 mayo de 2018, notificado el 4 de junio de 2019, por falta de relevancia constitucional. En apoyo de la falta de consentimiento escrito para la segunda intervención quirúrgica, invasiva y de graves consecuencias, derivada de la primera intervención, los padres del demandante se remitieron a la jurisprudencia constitucional sobre el consentimiento informado (véase, por ejemplo, la cita en el párrafo 16 infra). En su recurso de amparo argumentaron asimismo que el Tribunal Supremo no respondió motivadamente a todas las cuestiones relacionadas con el consentimiento informado alegadas en su recurso de casación.

MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL PERTINENTE

15. Las disposiciones pertinentes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establecían lo siguiente en el momento de los hechos:

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

Artículo 8. Consentimiento informado

“1 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, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos

(...) ».

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

“(…)

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

(…)

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (…)

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

“1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

16. Las partes pertinentes de la sentencia 37/2011 del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011, establecen lo siguiente:

“5. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional

que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”.

I. DERECHO INTERNACIONAL

17. El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo) se suscribió el 4 de abril de 1997, entrando en vigor en España el 1 de enero de 2000. En sus partes relevantes, dice lo siguiente:

Artículo 5. Regla general.

“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”.

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento

« (...) sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley (...) »

LEGISLACIÓN

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

18. Con carácter previo, el Tribunal considera necesario aclarar un extremo relativo al alcance de la reclamación del demandante. En el marco del procedimiento interno, los padres del demandante denunciaron varias actuaciones de mala praxis así como la falta de consentimiento para las intervenciones quirúrgicas. Ante el Tribunal, la queja del demandante, representado por su padre, se refería a la falta de consentimiento informado y por escrito de sus progenitores, en particular en el contexto de la segunda

intervención. Los padres del demandante se quejaron de dicha falta de consentimiento desde el principio del procedimiento interno y ante el Tribunal. No obstante, las alegaciones sobre la pretendida mala praxis no se incluyeron en el formulario de demanda, a pesar de haberse planteado ante los tribunales nacionales y en las alegaciones del demandante ante este Tribunal, y sobre la que no se invitó al Gobierno a presentar sus observaciones. Por tanto, no se examinarán en la presente sentencia (*Mándli y otros c. Hungría*, nº 63164/16, §§ 15-18, de 26 de mayo de 2020, *Markus c. Letonia*, nº 17483/10, § 63, de 11 de junio de 2020, y *Radomilja y otros c. Croacia* [GC], nº 37685/10 y 22768/12, § 108, de 20 de marzo de 2018).

II. RESPECTO A LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

19. Los padres del demandante alegan no haber recibido información completa y adecuada sobre las intervenciones quirúrgicas realizadas a su hijo y que, por tanto, no pudieron dar su consentimiento libre e informado por escrito. El demandante invoca el artículo 8 del Convenio que dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

A. Admisibilidad

20. Teniendo en cuenta que esta demanda no carece manifiestamente de fundamento en virtud del artículo 35 del Convenio y que no plantea ninguna otra causa de inadmisión, debe ser admitida.

B. Fondo

1. Alegaciones de las partes

21. El demandante, representado por su padre, alega que aunque sus padres otorgaron su consentimiento por escrito para la primera operación, “que indicaba [una serie] de posibles complicaciones y secuelas”, dicho consentimiento “no es suficiente para considerar que fueron informados para la segunda operación”, ya que cada operación es única. Señala que “el hecho de que la segunda operación fuese consecuencia de la primera no puede

justificar la ausencia de dicho consentimiento informado”. Considera “imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada, con la necesaria información no solo sobre las medidas terapéuticas sino sobre complicaciones y secuelas derivadas de la misma, más aún si tenemos en cuenta el mayor riesgo de una segunda intervención de los que suponía la intervención anterior”. Teniendo en cuenta que cada operación había provocado importantes secuelas en el demandante y por tanto su estado de salud era diferente en cada ocasión, los riesgos asociados a la segunda operación habrían sido mayores. En este sentido, los padres no recibieron información precisa por escrito, y por tanto no tuvieron la oportunidad de tomar una decisión plenamente libre e informada (véanse los motivos expuestos en casación en los párrafos 11-12 supra).

22. En concreto, el padre del demandante señaló que en su expediente médico el facultativo que le trató incluyó una nota específica (“¡Cuidado con la información!”), que parecía confirmar que sus padres no habían sido informados de manera adecuada. Por otro lado, impugnó la afirmación de que no había alternativa a su tratamiento médico. Además, también se habría podido informar a los padres sobre la posibilidad de obtener una segunda opinión de otro facultativo o en otro centro médico.

23. El Gobierno consideró que, en la medida en que por la parte demandante sólo se invocó la vulneración del artículo 8 y no del artículo 6, el Tribunal no debería poder cuestionar el relato fáctico expuesto por los tribunales internos. Afirmó que estos últimos alcanzaron sus conclusiones fácticas sobre la base de las pruebas practicadas a lo largo todo el procedimiento judicial, y que no se había planteado que el Tribunal volviese a efectuar un nuevo examen y valoración de dichos elementos de prueba. En concreto, subrayó que todos los testigos propuestos por las partes en el procedimiento fueron aceptados y oídos, y que cada parte pudo defender sus derechos.

24. En particular, el Gobierno observó que los tribunales internos llegaron a la conclusión de que la segunda operación del menor había sido una reintervención como consecuencia de la primera intervención. Sostuvo que, como el tumor no se había extirpado por completo, había sido necesario realizar una segunda operación que había tenido los mismos riesgos y beneficios que la primera. Al respecto, hay que tener en cuenta que la validez del consentimiento informado para la primera operación no fue cuestionada por los padres del demandante ante el Tribunal. El Gobierno señaló que los tribunales internos también habían concluido que la reintervención del demandante había sido el único tratamiento posible dada su situación, y que los padres habían sido informados verbalmente por el facultativo responsable de los riesgos y beneficios de la segunda intervención. Señaló que la única alternativa posible era la ausencia de tratamiento, tal y como se había

demostrado en el proceso judicial y confirmado por todos los peritos, incluso el designado por los padres del demandante. En cuanto a la tercera operación, explicó que había sido una reintervención de urgencia realizada inmediatamente después de la segunda, como resultado de las complicaciones surgidas durante esta y que, en este sentido, tal y como reconocieron los padres del demandante, habían prestado su consentimiento por escrito. Subrayó que el demandante no alegó deficiencia alguna en relación con esta tercera intervención.

25. El Gobierno consideró que no se había impedido en modo alguno a los padres del demandante ejercer su derecho a decidir, de manera libre y voluntaria, sobre la segunda operación de su hijo. A pesar de que el consentimiento informado de los padres no quedó registrado por escrito, como en el caso de la primera intervención, el médico que les asistía les había informado adecuadamente sobre los riesgos y beneficios. En concreto, según el Gobierno, la jurisdicción interna tuvo en cuenta el contenido del expediente médico del demandante así como diversos informes técnicos y pruebas periciales.

26. Por último, el Gobierno afirmó que las circunstancias del caso eran manifiestamente diferentes a la de los asuntos *Glass c. Reino Unido*, nº 61827/00, CEDH 2004 II, y *M.A.K. y R.K. c. Reino Unido*, nº 45901/05 y 40146/06, de 23 de marzo de 2010, en los que los padres del menor se habían opuesto expresamente al tratamiento o no habían prestado su consentimiento. Sostuvo que, por el contrario, en el presente caso los padres habían prestado su consentimiento. Además señaló que las disposiciones del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (Convenio de Oviedo) no exigen que el consentimiento informado se preste por escrito.

2. Valoración del Tribunal

a) Principios generales

27. El Tribunal recuerda que, si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada, no solo exige que el Estado se abstenga injerencias similares: a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas en el marco del respeto efectivo de la vida privada. Dichas obligaciones pueden conllevar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en las relaciones entre particulares. Además, el concepto de “privacidad” es amplio y no se presta a una definición exhaustiva. Engloba asimismo la integridad física y psicológica de una persona, cuyo cuerpo representa un aspecto íntimo de la vida privada (*Nicolae Virgiliu Tănase v. Rumanía* [GC], nº 41720/13, §§ 125-126, de 25 de junio de 2019).

28. El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia consolidada, aunque el derecho a la salud no se incluye entre los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, las Altas Partes contratantes, paralelamente a sus obligaciones positivas derivadas del artículo 2 del Convenio, tienen una obligación positiva derivada del artículo 8. A este respecto, subraya que en el contexto de las alegaciones de negligencia médica, las obligaciones positivas sustantivas de los Estados en materia de tratamiento médico se limitan al deber de establecer normas, es decir, crear un marco jurídico eficaz que obligue a los establecimientos hospitalarios, ya sean públicos o privados, a adoptar medidas adecuadas para proteger la vida de los pacientes. El mero hecho de que el marco jurídico pueda ser deficiente en algunos aspectos no es suficiente en sí mismo para plantear una cuestión en virtud del artículo 2 del Convenio. Queda por demostrar que el paciente se ha visto perjudicado por dicha deficiencia (*Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GS], nº 56080/13, §§ 183-188, de 19 de diciembre de 2017).

29. El Tribunal ya ha puesto de relieve no sólo la importancia del consentimiento de los pacientes, destacando en particular en la sentencia *Pretty c. Reino Unido* (nº 2346/02, § 63, CEDH 2002 III) que “la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente (...) supondría una violación de la integridad física de la persona afectada que podría poner en tela de juicio los derechos protegidos por el artículo 8.1”, sino también que las personas expuestas a un riesgo para su salud deben poder acceder a aquella información que les permita evaluar dicho riesgo (véase, en particular, la sentencia *Guerra y otros c. Italia*, § 60, de 19 de febrero de 1998, Recopilación de sentencias y decisiones 1998 I, y *Codarcea c. Rumanía*, nº 31675/04, § 104, de 2 de junio de 2009).

30. El Tribunal ha sostenido que, en virtud de dicha obligación, los Estados Parte están obligados a tomar las medidas reglamentarias necesarias para que los facultativos se pregunten sobre las consecuencias previsibles que la intervención propuesta pueda tener en la integridad física de sus pacientes, informándoles informen previamente para que puedan dar su consentimiento informado. Como conclusión, si un riesgo previsible de esta naturaleza se produce sin que el paciente haya sido debidamente informado de antemano por sus médicos, el Estado Parte implicado puede ser directamente responsable de dicha omisión de información con arreglo al artículo 8 (*Trocellier c. Francia* (déc.), nº 75725/01, § 4, TEDH 2006-XIV, *Codarcea*, citado anteriormente, § 105, y *Csoma c. Rumanía*, nº 8759/05, § 42, de 15 de enero de 2013). Con el fin de determinar la forma de dicho consentimiento informado, se podrán tener en cuenta los requisitos del derecho interno (*M.A.K. y R.K. c. Reino Unido*, citada anteriormente, § 80, y *G.H. c. Hungría* (dec.), nº 54041/14, de 9 de junio de 2015).

31. El Tribunal recuerda que para que se respeten las obligaciones positivas, los mecanismos de protección previstos en el derecho interno deben existir no sólo en teoría sino también funcionar efectivamente en la práctica (*Lopes de Sousa Fernandes*, § 216, y *Csoma*, § 43, citadas anteriormente).

b) Aplicación de dichos principios al presente caso

32. De entrada, el Tribunal señala que la cuestión planteada no se refiere a una supuesta negligencia médica (párrafo 18 supra). Además, constata que el marco normativo interno prevé expresamente el consentimiento libre e informado del paciente, o de los padres en el caso de un menor, en el caso de que una intervención médica pueda afectar a la integridad física del paciente. De hecho, las disposiciones del ordenamiento jurídico español relativas a la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia informativa, respaldadas por la práctica internas, obligan en términos explícitos a los médicos a proporcionar a los pacientes información previa suficiente y relevante para prestar el consentimiento informado a dicha intervención, que deberá incluir información suficiente sobre sus riesgos (párrafos 15 y 16 supra). Todo ello se ajusta al Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo) (párrafo 17 supra). Además, la normativa interna dispone que para que cada acción indicada por la ley (“intervención quirúrgica (...) y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”) dicho consentimiento deberá otorgarse necesariamente por escrito, con excepciones muy bien definidas, en particular en lo que se refiere a la existencia de un peligro inmediato y grave para la vida de la persona y cuando el paciente o sus familiares no estén en condiciones de prestar dicho consentimiento. Este requisito es todavía más necesario cuando el médico responsable considera incierto el resultado de la intervención (artículos 8, 9 y 10 § 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, párrafos 15 y 16 supra).

33. En el presente caso, los padres del demandante reclamaron ante los tribunales internos insistiendo, entre otros aspectos, en que no se había obtenido un consentimiento válido antes de la segunda intervención. Recordaron las disposiciones internas que exigen que dicho consentimiento se preste por escrito, lo que les colocó, en su opinión, en una situación en la que no pudieron ejercer plenamente su derecho a prestar el consentimiento informado a una intervención quirúrgica planificada, que finalmente tuvo graves consecuencias para la salud del demandante. Por tanto, tuvieron acceso a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, que normalmente es un recurso suficiente para ese tipo de quejas. El Tribunal debe evaluar si la forma en que se trataron las reclamaciones de los padres del demandante puede considerarse suficiente en el presente caso, para satisfacer la

obligación positiva del Estado en virtud del artículo 8 del Convenio (párrafos 30 y 31 supra)

34. Los tribunales nacionales formularon una serie de argumentos en el sentido de que la segunda intervención estaba estrechamente relacionada con la primera y que los padres estuvieron en contacto con los médicos entre ambas intervenciones. El Tribunal observa, además, que los tribunales nacionales no han respondido a motivos fundamentales planteados por los padres del demandante en sus recursos y en particular, en su recurso de casación. En particular, señala que los tribunales nacionales no explicaron por qué la prestación del consentimiento para la segunda intervención no satisfacía el requisito establecido por la normativa española de que todo acto quirúrgico requiere un consentimiento por escrito, especialmente teniendo en cuenta que el pronóstico no estaba claro (artículo 10.2 de la Ley 41/2002, párrafo 15 supra).

35. Es cierto que ambas intervenciones tenían el mismo objetivo de extirpar el tumor. Sin embargo, hay que señalar que la segunda intervención tuvo lugar en una fecha posterior, cuando ya se había extirpado parte del tumor y cuando el estado de salud del menor ya no era el mismo. En estas circunstancias, los tribunales nacionales concluyeron que el consentimiento que se habría dado verbalmente para la segunda intervención (extirpación del resto del tumor cerebral) era suficiente, sin tener en cuenta las consecuencias de la primera intervención y sin haber especificado por qué no se trataba de una operación distinta, que habría requerido un nuevo consentimiento por escrito tal y como exige la normativa española. El Tribunal señala que la segunda intervención no fue precipitada y tuvo lugar casi un mes después de la primera. El hecho de que los tribunales nacionales considerasen que los padres estaban en contacto continuo con los médicos, basándose en una simple nota del médico responsable en el expediente médico del demandante (“familia informada”) (párrafo 9 supra) y la indicación “¡Cuidado con la información!”, no puede bastar para concluir de manera inequívoca que los padres del demandante fueron debidamente informados y consintieron la intervención, de acuerdo con la normativa interna. Hay que tener en cuenta asimismo que la tercera intervención del menor fue necesaria por motivos de urgencia, tras las complicaciones surgidas en la segunda intervención. Incluso en estas circunstancias, se obtuvo por escrito el consentimiento de los padres, lo que contrasta con la ausencia de consentimiento escrito respecto a la segunda intervención (párrafos 5 y 6 supra).

36. El Tribunal ya ha subrayado la importancia del consentimiento de los pacientes y en que su omisión puede suponer una lesión de la integridad física de la persona afectada (párrafos 29-30 supra). Cualquier incumplimiento por parte del personal médico del derecho del paciente a ser debidamente

informado puede hacer que el Estado sea responsable a este respecto (Csoma, anteriormente citado, § 48). El Tribunal subraya que, aunque el propio Convenio no establece ninguna forma específica para dicho consentimiento, cuando el derecho interno establece ciertos requisitos explícitos, éstos deben cumplirse para que la injerencia se considere prevista por la ley (compárese con *G.H. c. Hungría*, decisión ya citada, § 22).

37. En opinión del Tribunal, las cuestiones planteadas por los padres del demandante se referían a cuestiones importantes sobre la existencia de consentimiento y a la posible responsabilidad de los profesionales sanitarios implicados, lo que requería un análisis adecuado (véanse, *mutatis mutandis*, las sentencias *Lopes de Sousa Fernandes*, §§ 172 y 216, y *Csoma*, §§ 52-54, antes citadas). No obstante, dichas cuestiones no se abordaron adecuadamente en el procedimiento interno, lo que conduce al Tribunal a concluir que dicho procedimiento no fue suficientemente eficaz (*Lopes de Sousa Fernandes*, citada anteriormente, § 226). El Tribunal sólo puede concluir, tras analizar la documentación obrante en el expediente, que los pronunciamientos internos, desde el Tribunal Superior de Justicia de Murcia hasta el Tribunal Supremo (párrafos 10 y 13 *supra*), no dieron respuesta a las alegaciones específicas sobre la exigencia de la legislación española de obtener un consentimiento por escrito en dichas circunstancias. La conclusión de que un consentimiento verbal era válido en las circunstancias del presente caso no es suficiente a la vista de las disposiciones específicas de la normativa española, que exigen el consentimiento informado por escrito. A pesar de que el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito siempre que sea inequívoco, la normativa española exige dicho consentimiento escrito y los tribunales no explicaron suficientemente porque consideraron que la ausencia de dicho consentimiento escrito no lesionaba el derecho del demandante.

38. Cuanto antecede es suficiente para que el Tribunal concluya que el régimen interno no respondió de forma adecuada a la cuestión de si los padres del demandante prestaron de hecho su consentimiento informado a cada una de las intervenciones quirúrgicas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio en razón de la injerencia en la vida privada del demandante.

III. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

39. El artículo 41 del Convenio establece que:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el

Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

A. Daños

40. El padre del demandante reclamó 3.000.000 de euros en concepto de daños materiales y morales que, en su opinión, había sufrido su hijo.

41. El Gobierno afirmó que no había motivo para conceder dicha indemnización ya que, en caso de que se constatará una violación, los padres del demandante podían interponer un recurso de revisión y obtener un nuevo pronunciamiento ajustado al Convenio, así como una indemnización por responsabilidad patrimonial. Añadió que el padre del demandante no había especificado la base sobre la que se solicitaba dicha cantidad y que la indemnización no podía basarse en las secuelas sufridas por el demandante, ya que en el presente caso los padres reclamaron la falta de consentimiento informado y no la mala praxis denunciada inicialmente en el procedimiento interno.

42. El Tribunal no advierte relación alguna de causalidad entre la violación constatada y el daño material alegado. Por tanto, rechaza la reclamación a este respecto. No obstante, concede al demandante 24.000 euros en concepto de daños morales, más cualquier impuesto exigible.

B. Costas y gastos

43. El demandante no reclama cantidad alguna en concepto de costas y gastos incurridos en el procedimiento interno ni en el procedimiento ante el Tribunal.

44. En consecuencia, el Tribunal considera que no cabe otorgar al demandante indemnización alguna por este concepto.

C. Intereses de demora

45. El Tribunal considera adecuado aplicar un tipo de interés moratorio sobre la base del tipo de interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

POR CUANTO ANTECEDE, ESTE TRIBUNAL POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* admisible la demanda;
2. *Afirma* que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio;
3. *Afirma*
 - a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, en un plazo de tres meses desde la firmeza de la presente sentencia, de

conformidad con el artículo 44.2 del Convenio, el importe de 24.000 euros (veinticuatro mil euros), más cualquier impuesto exigible, en concepto de daños morales;

- b) Que desde el vencimiento de los citados tres meses hasta su liquidación, se abonará un interés simple sobre las cantidades anteriores igual al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo de mora, incrementado en un tres por ciento;

4. *Desestima* el resto de la demanda de satisfacción equitativa.

Redactado en francés y notificado por escrito el 8 de marzo de 2022, de conformidad con la Regla 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Olga Chernichova Secretaría Adjunta	Georges Ravarani President
--	-------------------------------