

“CUESTIONES DE ATIPICIDAD, JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA”

Tesis Doctoral presentada por **D. ISRAEL ORTIZ VILLAR** bajo la dirección del Profesor Dr. h. c. mult. **D. LORENZO MORILLAS CUEVA.**

**GRANADA-ESPAÑA
JUNIO DE 2010**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Israel Ortiz Villar
D.L.: GR 3239-2010
ISBN: 978-84-693-4300-5

A mi madre D.^a Neri Ortiz Villar por ser inspiración en mi vida, amiga incondicional y porque su amor y existencia representan la luz que alumbra cada uno de mis pasos.

Porque, simplemente, el ejemplo no es la mejor forma de influir en una persona, sino la única. Bajo esa concepción personal, agradezco y dedico esta Tesis Doctoral a mi maestro, Profesor Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva. Por su amistad, su confianza, sus palabras exactas en el momento oportuno; pero sobre todo, por su grandeza como profesional en la Ciencia del Derecho Penal y su admirable calidad de ser humano.

Al Gobernador Constitucional del Estado de Veracruz: Mtro. Fidel Herrera Beltrán, porque bajo sus estandartes de capacidad y trabajo ha sabido influenciar mi quehacer diario y ha sido ingeniero fundamental en la realización de esta meta en mi vida.

Al Rector de la Universidad Veracruzana: Dr. Raúl Arias Lovillo, líder y ejemplo de vida; por su incondicional apoyo, por su compromiso incansable con la educación y, por encima de todo, por amparar el éxito de quienes egresamos de esa prestigiosa y querida casa de estudios.

A la Universidad de Granada, quien ya se ha convertido en mi nueva *alma mater* y que por su historia, su esplendor y la formación brindada, sabré representar con creces en cualquier rincón del mundo.

Al Profesor Dr. D. José Luis Pérez-Serrabona González, Magnífico Rector de mi querido Real Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago, porque su grandeza como profesional y como ser humano alumbra a quienes nos privilegiamos de su verdadera amistad.

A todos los Profesores, Catedráticos y funcionarios del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Con especial afecto al Prof. Dr. D. Miguel Olmedo Cardenete, Prof. Dr. D. José María Suárez López, Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar, Prof. Dr. D. Javier Valls Prieto y D.^a Luisa Ros González.

A Virgínia de Medeiros Francilaide Campos porque tu amor sincero e infinito contribuyó al hoy logrado objetivo, que sin duda, será el primero de muchos que compartiremos.

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
ÍNDICE.....	4
ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	14
PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DEL RESPETO A LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.....	22

CAPÍTULO I

EL CONSENTIMIENTO ENTRE LA TIPICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN

I. Cuestiones generales.....	23
1. Atipicidad por ausencia de acción.....	26
2. Atipicidad por falta de elementos del tipo.....	28
3. Atipicidad y adecuación social.....	29
II. El papel del consentimiento dentro del Derecho Penal y su incidencia en la adopción de la conducta.....	37
1. Cuestiones previas.....	37
1.1. Una mirada al avance de la figura del consentimiento en el Derecho Penal.....	51
1.2. Algunas consideraciones dogmáticas respecto al consentimiento en Alemania.....	53
1.3. Etapas claves de la figura del consentimiento.....	56
1.4. Análisis comparativo entre ciertas legislaciones sobre el tratamiento del consentimiento en Derecho Penal.....	58

1.5. El intervencionismo estatal: ¿Paternalismo o respeto a la libertad personal?.....	60
1.6. La relevancia que representa un Estado Social y democrático de Derecho para la garantía jurídica y desarrollo del consentimiento.....	62
2. Delimitación conceptual.....	71
3. Naturaleza.....	80
3.1. Teoría unitaria o monista.....	84
3.1.1. La libertad de acción de quien consiente como fundamento de la exclusión del tipo.....	90
3.1.2. La falta de realización del tipo en caso de consentimiento eficaz.....	95
3.1.3. La ausencia de ponderación de intereses como argumento contra una postura justificante.....	97
3.1.4. La falta de viabilidad de la teoría dualista.....	98
3.2. Teoría dualista o de la diferenciación.....	103
3.3. Algunas consideraciones sobre el distanciamiento dogmático entre las teorías monistas y la dualista.....	118
3.4. Toma de posición.....	123
4. Ámbito de eficacia del consentimiento: Especifica referencia a los bienes jurídicos vida e integridad física.....	134

CAPÍTULO II

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

I. Cuestiones previas.....	139
II. Probables límites al consentimiento informado como elemento legitimador de la actividad médica.....	161

III. Los requisitos o presupuestos de validez del consentimiento del paciente.....	166
IV. El paciente y su capacidad de consentir: Especial referencia a los incapaces y a los menores de edad.....	178
V. La importancia de la información médica.....	194
1. Contenido del deber de informar.....	200
2. Forma de proporcionar la información.....	211
3. Criterios moduladores o límites del deber de informar.....	215
4. Factores o condicionantes objetivos del deber de informar.....	216
5. Factores o condicionantes subjetivos del deber de informar.....	225
6. Toma de posición.....	228
VI. Reflexión personal sobre la posible colisión de normas que dan tratamiento al consentimiento informado.....	240
VII. El consentimiento presunto.....	244
1. Delimitación conceptual.....	245
2. Naturaleza jurídica.....	249
3. Relevancia del consentimiento presunto en la actividad médica...	254
4. Toma de posición.....	257
SEGUNDA PARTE: CUESTIONES DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN.....	274

CAPÍTULO III

EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

I. Determinaciones generales sobre la antijuridicidad y el tipo.....	275
II. Antijuridicidad: Aceptación y tipos.....	277

III. Causas de justificación.....	280
1. Fundamento.....	281
2. Elementos subjetivos de justificación.....	284
3. Suposición errónea. Reenvío.....	292
4. Consecuencias que se desprenden de las causas de justificación...	293
5. Tipos y estructura.....	295
IV. Específica atención al estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo como causas de justificación más recurridas en la actividad médica.....	297
1. El estado de necesidad: Aceptación jurídico-penal.....	297
1.2. Fundamento y naturaleza.....	302
1.3. Requisitos.....	315
1.3.1. Situación de necesidad.....	316
1.3.1.1. Peligro de un mal propio o ajeno que se pretende evitar.....	316
1.3.1.2. Necesidad de la conducta (carácter absoluto).....	323
1.3.1.3. Lesión a un bien jurídico ajeno o infracción de un deber.....	327
1.3.2. Ponderación de intereses en conflicto: Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.....	330
1.3.3. Ausencia de provocación intencionada de la situación de necesidad.....	335
1.3.4. La ausencia de obligación de sacrificio por razón del oficio o cargo.....	340
2. Acerca del estado de necesidad en la actividad sanitaria.....	343
2.1. Análisis del caso relacionado con el riesgo para la salud pública.....	346
2.2. Sobre la obligación del profesional sanitario a sacrificarse.....	354

2.3. El supuesto contenido en el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002: Estado de necesidad cuando existe riesgo para la vida o la sa- lud. La actualización del consentimiento presunto.....	366
2.4. Toma de postura sobre un caso particular: ¿Estado de nece- sidad o privilegio terapéutico?.....	377
2.5. Crítica al Tribunal Supremo Federal Alemán y parte de la doc- trina penal alemana, como consecuencia de la admisión del denominado “consentimiento hipotético”.....	383
2.5.1. Sobre la necesidad de justificar la intervención médica.....	383
2.5.2. El consentimiento hipotético, una nueva causa de justifica- ción germana para las intervenciones médicas curativas.....	387
2.5.3. Sobre la inaplicabilidad del consentimiento hipotético germa- no en el ámbito penal: Su procedencia del Derecho Civil.....	392
2.5.4. El consentimiento hipotético como exclusión de la imputa- ción del resultado.....	394
2.5.5. Información deficiente y errores en el tratamiento.....	399
3. La eximente del artículo 20.7 en el Texto Punitivo español.....	402
3.1. Fundamento y naturaleza.....	404
3.2. Estructura funcional-sistemática.....	410
3.3. El cumplimiento de un deber.....	411
3.4. Ejercicio legítimo de la profesión médica.....	417
4. Casos más destacados en el ambiente sanitario: ¿Responsabilidad del médico o antijuridicidad de su conducta?.....	419
4.1. Premisas introductorias.....	420
<i>*Excurso: El alcance de la posición de garante del galeno en el ejercicio de su profesión.....</i>	427
4.2. La manifestación negativa del paciente para someterse al tra- tamiento: Causa de peligro para el bien jurídico salud o integri- dad física.....	434
4.2.1. Negación del enfermo: Causa de peligro para su salud, sin producirse la muerte.....	437
4.2.2. Negación del paciente: Motivo de peligro para su vida.....	444

4.2.2.1. Referencia a los Testigo de Jehová y al huelguista de hambre.....	447
4.2.2.2. El médico frente a los pacientes suicidas: ¿Existencia de responsabilidad penal del galeno?.....	472
<i>*Excurso: A propósito de la libertad de conciencia y la negativa de pacientes a transfusiones sanguíneas. Una mirada al panorama latinoamericano.....</i>	478
4.3. La responsabilidad del médico de cara a la actividad experimental.....	487
4.4. El profesional sanitario y el paciente ante la “buena muerte”..	507
4.4.1. La renuncia del profesional para aplazar la muerte, mediante la no iniciación de un tratamiento vital.....	522
4.4.2. Dimisión del profesional a prorrogar la muerte, a través de la interrupción de un tratamiento vital.....	524
4.4.3. Alargamiento de la vida, activando o continuando con un tratamiento vital.....	526
4.4.4. No conexión de mecanismos que coadyuvan a mantener las constantes vitales.....	528

CAPÍTULO V

LA EXCULPACIÓN EN EL AMBIENTE SANITARIO

I. Consideraciones preliminares.....	531
1. Acerca de lo que se debe entender por causas de exculpación....	533
II. La no exigibilidad como forma de inculpabilidad.....	541
1. Génesis teórico.....	541
2. Aceptación y alcance de lo inexigible.....	543

III. La “virtualidad” del estado de necesidad exculpante como causa de exculpación.....	548
1. El desacuerdo doctrinal sobre la naturaleza y fundamento del estado de necesidad exculpante.....	549
1.1. La perspectiva germana.....	550
1.2. Tratamiento en el ámbito español.....	554
1.3. Toma de postura.....	559
IV. Estado de necesidad concebido como causa de exculpación.....	566
1. Premisas introductorias.....	566
2. Discordancia con la escuela tradicional que apunta a la “inexigibilidad” como fundamento de la exculpación.....	570
3. Posición personal y consideraciones de <i>lege ferenda</i>	575
4. El miedo insuperable: ¿Causa de exculpación?.....	587
4.1. Óptica jurisprudencial.....	592
4.2. Reflexión personal.....	598
V. Especial referencia a la exculpación en el escenario de la Medicina...	603
1. La objeción de conciencia: ¿Límite a la responsabilidad penal del médico o una verdadera causa de exculpación?.....	608
2. Naturaleza jurídica de la réplica por razones de conciencia. Un repaso a la doctrina del Tribunal Constitucional.....	613
3. El trance en la objeción de conciencia. De su planteamiento a sus límites.....	617
4. La objeción de conciencia desde el “juicio” de la doctrina penal....	623
5. Concepción personal.....	627
6. Consideración final.....	632
CONCLUSIONES.....	634
FUENTES DE CONSULTA.....	677

ABREVIATURAS

§, §§	Parágrafo, párrafos
AA. VV.	Autores Varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
AP	Actualidad Penal
art.	Artículo
arts.	Artículos
ATS, AATS	Auto/s del Tribunal Supremo
ATS	Ayudante Técnico Sanitario
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil español
CE	Constitución española
<i>Cfr.</i>	Confróntese
Coord.	Coordinador (a)
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos (México)
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPE	Código Penal español
CPI	Código Penal italiano

CPPo	Código Penal portugués
D.	Don
D. ^a	Doña
DOF	Diario Oficial de la Federación (México)
DUBDH	Declaración Universal sobre Derechos Humanos y Bioética
ed.	Edición
etc.	Etcétera
<i>et. al.</i>	Y otros
F.	Fundamento jurídico o de Derecho
Fasc.	Fascículo
GA	Goldammer`s Archiv für Strafrecht (Revista)
<i>Ibidem.</i>	Mismo autor, misma obra, diferente página
<i>Ídem.</i>	Mismo autor, misma obra y misma página
LGS	Ley General de Sanidad española
LGSM	Ley General de Salud mexicana
LO	Ley Orgánica
L.O.G.P.	Ley Orgánica General Penitenciaria
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.O.T.C.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRAP	Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de noviembre de 2002.
No. ; n°	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
<i>Op. Cit.</i>	Opúsculo u obra citada
p.	Página
p. ej.	Por ejemplo

pp.	Páginas
RD	Real Decreto
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
R.P.	Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
ss.	Siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo (España)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
<i>supra</i>	Arriba
Tol	Base de datos <i>Tirant on line</i>
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
U.E.	Unión Europea
UGR	Universidad de Granada
U.N.A.M.	Universidad Nacional Autónoma de México
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen
V.g.	Verbigracia
Vs.	Versus/contra

INTRODUCCIÓN

La lectura de una obra es un placer que muchas personas sabemos disfrutar, estimulante sensación que sólo puede ser superada por la aventura de su escritura. Bajo esta concepción, dimos inicio a la tarea de emprender la presente investigación que versa sobre las distintas cuestiones en sede de atipicidad, justificación y exculpación en el marco de la actividad médica.

Hasta fechas “relativamente recientes” era difícil encontrar condenas por el ejercicio de una mala *praxis* médica. El respaldo argumentativo que explicaba esta realidad podía leerse, por ejemplo, en las obras de profesionales de tan reconocido prestigio como Gregorio Marañón y Posadillo, quien en 1935, en su obra *Vocación y Ética*, escribía: «Sólo excepcionalmente han sido justos los Tribunales que han accedido a la petición de responsabilidad. Cuando, por el contrario, han desechado esa petición, han acertado casi siempre...Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es un disparate fundamental y es en principio totalmente inaceptable». Para avalar su afirmación ofrecía, entre otros, argumentos relacionados con la inexactitud de la Ciencia Médica y las peculiaridades de cada enfermo, la libre elección del galeno por parte del paciente –privilegio terapéutico-, y la consiguiente necesidad de que éste tenga que admitir un potencial margen de error en la actuación de cada profesional. Junto a ello todavía manejaba argumentos relacionados con la responsabilidad de la Universidad y su profesorado que, posiblemente, no había instruido de forma conveniente al médico. Por todo eso, concluía, «el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma».

La quiebra de ese viejo dogma que descansaba en la irresponsabilidad del médico, que durante tanto tiempo inspiró el ejercicio de la Medicina como tributo a su primitiva comprensión como tarea sacerdotal o sagrada, tuvo lugar mediante la paulatina asunción de la responsabilidad sanitaria en el orden civil. Que las primeras demandas de responsabilidad y, consiguientemente, las

primeras condenas se produjeran en este orden no resulta difícil de explicar por varias razones. La primera, la más escueta, porque en un ámbito como la Medicina, inspirado en los cánones del modelo contractual o negocial civil, la pretensión de la parte perjudicada, el paciente, suele traducirse la mayoría de las veces en una reclamación indemnizatoria. Cuando éste solicita asistencia sanitaria entra en una relación interpersonal voluntaria con el profesional de la sanidad, lo que explica que hasta hace poco haya sido normal que cuando la misma fracasara por una *mala praxis* médica su reacción primaria, lejos de enfocar la óptica social y de justicia pública propia del Derecho Penal, tendiera a manifestarse en primer término conforme a los parámetros propios de ese modelo de exigencia de responsabilidad, canalizándose en el orden civil a través de una reclamación económica que indemnizara sus perjuicios. Junto a lo anterior, tampoco puede ignorarse una segunda razón. Si durante mucho tiempo la función del médico, ya sea por recordar su viejo carácter venerable, ya sea por beneficiarse de su comprensión asistencial, había determinado la ausencia de su responsabilidad jurídica, el tránsito de este modelo hacia otro de responsabilidad no podía tener lugar recurriendo de forma directa al orden propio de la reacción más enérgica –y por nosotros menos aconsejada- de cuantas contempla el Estado: el penal.

La traslación de uno a otro modelo reclamaba, por el contrario, recurrir en primera instancia a un ámbito, el civil, al que son ajenas las notas de violencia y, por ello, las exigencias de intervención mínima y *última ratio*, propias del modelo punitivo.

No es por ello de extrañar que no fuera hasta la década de los 90 cuando puede empezar a hablarse de una vuelta de la vista hacia el Derecho Penal en el ámbito médico. Y ello en un doble sentido. El primero, en el de la conciencia social en torno a que también en el ejercicio de la Medicina se implican por antonomasia los bienes jurídicos fundamentales que protege el Derecho Penal y, por ello, también en ese ámbito hacen acto de presencia intereses públicos que desbordan la dimensión contractual y resarcitoria propia de un modelo relacional estrictamente privado. El segundo, complementario del anterior, el talante con que los órganos jurisdiccionales del orden penal encaran esas nuevas pretensiones condenatorias que se le plantean. Esto se refleja

tanto a la hora de apreciar la gravedad de la infracción de las normas de cuidado de cara a traspasar los umbrales de la responsabilidad penal, como a la hora de extender dicha “responsabilidad” no sólo a las infracciones que dan paso a resultados lesivos, sino también a otras conductas que de modo amplio puede calificarse como contrarias al buen ejercicio de la Medicina; de forma singular, la falta o insuficiencias de información al paciente.

De hecho, puede decirse que hoy día el ámbito de la responsabilidad médica en sentido amplio ha desbordado al de aquellas primeras condenas que de forma incipiente se pronunciaron en el orden civil apegadas en exclusiva a la producción de resultados lesivos. En esa primigenia concepción de la responsabilidad del sanitario, en efecto, la misma se concebía exclusivamente como el último capítulo de la historia de un fracaso: el de la lucha voluntaria del paciente por conseguir o recuperar su estado de salud. La pérdida de esa batalla por razones imputables al médico era el único frente que podía abrir las compuertas de la responsabilidad médica. En nuestros días, sin embargo, la responsabilidad del facultativo o, al menos, la posibilidad de su exigencia, ya no aparece exclusivamente apegada a esos cánones. Por el contrario, tanto en el orden administrativo como en el civil y, en cuanto corolario de ambos, el penal, las posibilidades de responsabilizar al sanitario han ido ascendiendo con el paso de los años.

Este proceso expansivo, lógicamente, ha tomado a su vez por base una paulatina toma de conciencia en torno al catálogo de los derechos del paciente frente a una actuación que, al despojarse por completo de sus arcaicas notas míticas o sacerdotales, se reviste de un ropaje jurídico en todos y cada uno de sus extremos. El enfermo, en efecto, no sólo tiene derecho a que no se le apliquen técnicas o a que no se le someta a prácticas descuidadas que puedan producirle un resultado lesivo o incluso la muerte. El paciente es, ante todo, un sujeto pleno de derechos, entre los que se encuentran el del respeto de su voluntad o de su intimidad y, con ellos, de su propia dignidad, que no son más que plasmaciones en este ámbito del reconocimiento de otros tantos derechos que con carácter general, incluso de anclaje constitucional, le competen, ya antes que como enfermo, como persona. Ello explica no sólo el número de foros de encuentros y debate en torno a las distintas posibilidades de

responsabilizar al sanitario. Revela ante todo el carácter tan ambicioso con el que el legislador siente la necesidad de regular los aspectos relativos a la sanidad, esforzándose en articular un catálogo de derechos y obligaciones del paciente a partir del cual fundamentar aquélla. Bastante pragmática es al respecto la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que gestada a partir de otras iniciativas en el ámbito internacional, se aprobó en España por el Pleno del Congreso de los Diputados el 31 de octubre de 2002, y entró en vigor en mayo de 2003.

Como en parte advertíamos, entre las preocupaciones por consagrar los derechos del paciente que exceden del que se refiere en exclusiva a procurar el no empeoramiento –principio deontológico de no maleficencia- de su estado de salud, cobra especial interés la protección de su autonomía como Derecho Fundamental. Con su adopción se trata, en definitiva, de proteger la libertad del enfermo en cuanto presupuesto legitimador de cualquier actuación médica, algo fácil de entender teniendo en cuenta que ésta supone por definición una injerencia en el soporte mismo de la existencia del ser humano, su integridad física, que incide así de pleno en el reducto más íntimo y personal del individuo hasta el punto de imbricar su protección con la de su dignidad misma.

Con todo, pese a ese reconocimiento, lo cierto es que a ningún espectador podría escapar el dato, de que hablar de libertad en el ámbito de la Medicina supone necesariamente reconocer que la misma adquiere en él tintes realmente peculiares. En primer lugar, porque el punto de partida del recurso al profesional sanitario es una situación de pérdida de libertad. En efecto, no hay límite mayor a la libertad del ser humano que el estado de enfermedad. Y no ya sólo porque cuantitativamente supera con creces a aquellos otros límites que condicionan externamente la voluntad, esto es, los provenientes de una fuerza externa al sujeto, como la violencia o intimidación ejercidas por un tercero. Sobre todo porque a diferencia de lo que normalmente sucede con éstos, cuyo alcance se ciñe a actos puntuales y extraordinarios (p. ej., la firma de un documento), la enfermedad reduce e incluso anula la libertad con carácter general, esto es, para realizar desde los grandes proyectos vitales hasta los pequeños actos de la vida cotidiana. La inmensa mayoría de los ciudadanos

nunca se ha visto impedida para realizar un viaje, asistir a un concierto o realizar cualquier actividad ordinaria debido a una causa extrema motivada por un tercero que coaccionara su voluntad y le impidiese actualizarla. Sin embargo, esa colosal mayoría de ciudadanos, más de una vez en su vida han tenido que renunciar a proyectos, grandes o pequeños, debido a una enfermedad más o menos grave, más o menos pasajera, que le impedía continuar su vida normal. La enfermedad aparece así como una de las principales causas de anulación de la voluntad. Cuando la misma se presenta, si el enfermo quiere recobrar la libertad perdida, tendrá que emprender el camino de la búsqueda de su curación recurriendo a la figura del médico, quien aparece ante los ojos de aquél como su agente liberador. Este se convierte primero en confesor del paciente; un personaje desconocido al que sin embargo hará confidencias sumamente íntimas, luego en su consejero, quien entonces le hablará de las salidas que le ofrece una ciencia que el enfermo nunca ha estudiado y cuyas nociones oye hasta repetir, pese a que siempre le son ajenas; por último, el médico asume el rol de conductor y guía de un viaje realmente incierto: el que traza las necesidades de la terapia.

Son las tres grandes secuencias de la historia de una relación humana y jurídica que, a su vez, acuñan una segunda peculiaridad al empleo del término libertad como derecho del paciente. Ésta tiene que ver con el reconocimiento de los límites que en términos fácticos cuestionan cualquier intento de hablar en sentido propio de la igualdad y, con ello, de la libertad. Ante todo, porque como ya apuntábamos, aquél nunca acude al médico de modo libre o espontáneo. Lo hace porque está enfermo; sólo forzado por eso y por su malestar visita a un personaje al que siempre espera antes de entrar en su consulta y a quien luego escucha desde el otro lado de una mesa que marca claramente sus posiciones. De esta forma se encuentra con un interlocutor al que puede preguntar, al que puede oír, con el que puede hablar; pero nunca dialogar con él, simplemente porque no está en condiciones de hacerlo. Para hablar de diálogo en sentido propio hay que tener igualdad de armas, igualdad de recursos, y el paciente claramente no los tiene. Es por ello por lo que en su relación con su interlocutor suele limitarse a contestar a sus preguntas,

personales o no, sin tener siquiera elementos de juicio para saber si son estrictamente necesarias.

En ese contexto la libertad en sentido material ni existe ni puede existir; en esas condiciones lo único que el Derecho puede ofrecer al paciente es una libertad en sentido formal. Esta se traduce en la garantía de que, pese a todas esas limitaciones y condicionamientos fácticos, cada viñeta de la historia sólo exista porque así lo desee el enfermo; porque a pesar de sus restricciones, a pesar de que su posición de desconocimiento le sitúa de entrada en un plano de inferioridad, a pesar de que nunca podrá ver más allá de lo que enfoque el médico y además sin la nitidez ni siquiera con la intuición de éste, se garantizan los presupuestos mínimos para poder decir que, jurídicamente hablando, decide sobre su propio cuerpo en condiciones de libertad.

Así entendida, la libertad no es sólo el punto de llegada de la actividad médica. Es, ante todo, su punto mismo de partida. Si el deseo del enfermo por despojarse de su enfermedad no es más que manifestación de su anhelo de recuperar sus condiciones de libertad, ese empeño sólo puede tener sentido, a su vez, cuando el sujeto así lo quiere. Por ello, tanto el origen de la asistencia médica como cada una de las fases por la que atraviesa tienen que legitimarse necesariamente en un acto de voluntad del enfermo que se convierte de este modo en la espina dorsal de la relación médico-paciente.

El **consentimiento del paciente** es, en efecto, la espina dorsal de su relación con el médico. En su momento inicial, el acto de voluntad del enfermo es la única llave que puede abrir de forma legítima su proceso de curación. Sólo en él pueden estar las ganas y las fuerzas mismas para solicitar ayuda y sólo a él, por tanto, compete la decisión de curarse. Así, la toma de una decisión que pueda adjetivarse como libre requerirá que disponga de toda la información necesaria para ponderar los *pros* y *contras* de cada opción. Desde la condición de profano del enfermo ello requiere, ante todo, que cuente con un cúmulo de datos a los que sólo puede tener acceso si previamente existe una “información” por parte del sanitario. Sólo cuando el paciente acude de forma voluntaria a éste y dispone de un arsenal de datos suficiente para decidir si opta por someterse a tratamiento, el acto médico estará legitimado. Cuando por el contrario su decisión se haya gestado desde el desconocimiento de los

aspectos que, por su entidad, puedan considerarse básicos para formar una voluntad madura, la actuación médica dejará de estar amparada por el consentimiento del paciente y, por ello, habrá de considerarse como arbitraria. La pregunta que surge entonces es doble. En primer lugar, la relativa a cuáles sean esos datos cuyo desconocimiento desautoriza la calificación como “maduro” del consentimiento del enfermo; o lo que es lo mismo, los aspectos que debe comprender su consentimiento informado para que pueda decirse que la decisión que adopta es expresión de una voluntad seria, madura y, en definitiva, válida. En segundo lugar, trazado lo anterior, surge la cuestión en tomo a la forma en que hayan de traducirse las posibles vulneraciones del atentado a su Derecho Fundamental a decidir. Es la pregunta que encara ahora el aspecto relativo a los presupuestos con los que la falta o vicios en la información puedan dar paso, más allá de una reacción disciplinaria, o civil, a la responsabilidad penal. Ello requerirá depurar los atentados que, por su gravedad, resulten merecedores y necesitados de sanción penal conforme al principio de *última ratio* eje de inspiración de este orden.

Es cierto que no es difícil intuir que el Derecho Penal tiene algo que decir cuando esta primera vulneración a la libertad del paciente se traduce en un atentado frontal a la misma. Es lo que sucede de forma clara cuando se le somete coactivamente a un acto médico o se le ofrece una información totalmente falsa, de tal modo que no consiente en el mismo o incluso desconoce su realidad. Sin embargo, frente a estos casos extremos los ataques cuantitativamente más importantes a este primer aspecto de la libertad del enfermo se mueven en una vasta zona gris en la que no siempre resulta fácil perfilar los presupuestos de la intervención penal. A ello contribuye no sólo la necesidad de depurar la misma frente a la que deba ventilarse en órdenes menos severos, como el disciplinario, administrativo o civil, sino también la complejidad inherente a la realidad contextual que envuelve la relación médico-paciente y que introduce un elemento extrajurídico de ponderación que inevitablemente recorre cada una de sus secuencias.

Así planteado el panorama contemporáneo de la relación entre la Ciencia Médica y la Ciencia del Derecho, esbozaremos la manera en que se

transitara la presente investigación. En un primer capítulo realizaremos un análisis histórico-comparativo y crítico de la figura del consentimiento, en donde expondremos las distintas teorías que se han venido planteando desde los primeros síntomas de inquietud doctrinal sobre esta figura -principalmente en el ámbito germano y el español- hasta nuestros días, y, que van desde considerarlo una causa de justificación, hasta otras que despliegan la efectividad de ese asentir en la atipicidad de la conducta.

En un segundo capítulo, y, ya con tintes de la postura que adoptamos previamente sobre la naturaleza y fundamento del asentimiento, desplegaremos el protagonismo que éste representa dentro de la actividad médica, siendo también objeto esencial de nuestro estudio el presupuesto que a nuestro gusto no debe de separarse de todo consentimiento eficaz: la información médica. Cada uno de estos rubros será sometido al campo de acción de las cuestiones que protagonizan el ejercicio de la profesión médica, de donde nos percataremos que un paso en falso en su correcta observancia puede hacer que se cuestione y reproche el proceder del facultativo.

Situándonos en una segunda parte de nuestra investigación y en el pasaje del tercer capítulo, serán las causas de justificación quienes merecerán nuestra atención. Principalmente y debido al eje central que da sentido a nuestra pesquisa, las contenidas en el 20.5 y 20.7 del CPE. En este apartado destacaremos las premisas esenciales que se deben tener en cuenta por el sanitario que pretenda librarse del brazo ejecutor del Derecho Punitivo ante el reproche del paciente que le atribuya una *mala praxis* en su proceder. Todo ello bajo el detallado análisis yuxtapuesto de los principales bienes jurídico-penales que interviene en la actividad sanitaria y los constitucionalmente reconocidos Derechos Fundamentales, tanto del médico como del paciente.

Finalmente en el capítulo cuarto, expondremos algunos inconvenientes que giran alrededor de las causas de exculpación que se desprenden del Texto Punitivo y trasladaremos nuestro sentir al contexto sanitario, donde podremos percatarnos de la realidad dominante que permea las sentencias en la materia y los muy variados criterios jurisprudenciales que manejan los Tribunales.

**“CUESTIONES DE ATIPICIDAD, JUSTIFICACIÓN Y
EXCULPACIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA”**

**PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA
DEL RESPETO A LA MANIFESTACIÓN DE LA
VOLUNTAD**

CAPÍTULO I

EL CONSENTIMIENTO ENTRE LA TIPICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN

I. CUESTIONES GENERALES

Está claro que la primera parte del juicio de antijuridicidad está configurada por el tipo de injusto, que a su vez se estructura por medio de una serie de elementos alrededor del tipo penal.

Presencia relevante en él tiene la **acción típica**, que conjuga el comportamiento necesario para la realización delictiva con el resto de componentes del tipo, tanto objetivos como subjetivos. Es posible, sin embargo, que se manifiesten causas de atipicidad, como circunstancias que la excluyen. Porque afecten a la acción, a otros elementos de la estructura típica, al propio tipo, e, incluso, aunque más discutible, al desvalor social típico del hecho específicamente realizado¹.

Son muchos, y a veces contradictorios, los criterios que se han seguido para pormenorizar tales causas de ausencia del tipo de injusto². Desde los que entienden que cabe de hablar de una visión lógica valorativa³ –que se da cuando falta la lesividad típica requerida por la figura legal correspondiente- y una dimensión fáctica -queda excluida por la falta de cualquiera de sus

¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad. Madrid, 2008, p. 181.

² En este sentido –sobre la disparidad entre elementos subjetivos y objetivos para determinar la conducta delictiva- y de manera sugerente, se muestra Mercedes Alonso Álamo, cuando afirma que: «No es infrecuente la incongruencia entre los aspectos objetivos y subjetivos del delito. En tales casos cobra especial importancia la delimitación de la acción típica, de los criterios de imputación objetiva y del momento del dolo». Véase con amplitud el estudio realizado por la Catedrática de la Universidad de Valladolid, donde con un análisis objetivo, evalúa principalmente el momento de la acción delictiva para determinar el dolo; de donde entendemos que parte de la unidad de acción para apreciar un delito doloso consumado e invoca lo que denomina “unidad de designio” para afirmar la unidad de acción. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado *dolus generalis*” En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, pp. 53-61.

³ *Vid.*, con amplitud: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, pp. 449-451.

elementos-⁴, a los que diferencian entre causas de atipicidad por faltar un elemento de la estructura del tipo -no hay vínculo social por falta de acción; hay vinculación social pero la establecida no es la prevista en el tipo, ausencia de dolo-, por ausencia del desvalor típico -no se ha creado simplemente el riesgo, no se ha producido el riesgo que el tipo quiere evitar, riesgo socialmente permitido, disminución del riesgo, el riesgo creado no se corresponde con los riesgos previstos por el tipo-, especial consideración al consentimiento como causa de atipicidad⁵, pasando por, los que, yendo todavía más allá, distinguen entre causas de atipicidad en sentido estricto, que excluyen el tipo legal o el tipo penal, y causas de atipicidad en sentido amplio, en donde asimismo incluyen las causas de justificación; entre aquellas admiten las que excluyen ya el tipo legal –en la idea de tipo indiciario de injusto, de tal manera que no es preciso seguir indagando circunstancias materiales de justificación, porque la conducta de partida no es jurídicamente relevante- y causas de exclusión únicamente de la tipicidad, en el sentido de que la conducta, que sí es jurídicamente relevante, no llega a estar jurídicamente permitida o justificada, pero no es lo suficientemente grave como para constituir un injusto penal⁶.

Respecto a lo anterior, resulta de sumo interés la reflexión que realiza MORILLAS CUEVA⁷ y a la cual nos adherimos por su claridad sistemática en la teoría y funcionabilidad en la práctica. El Catedrático de la Universidad de Granada evita incluir cualquiera de las causas de justificación en éstas de atipicidad, entre otras razones, por la valoración que adopta sobre los

⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 284.

⁵ En este sentido, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II. Madrid, 1999, pp. 84 y ss.

⁶ Respecto de la exclusión del tipo de injusto, cabe matizar lo que señalan algunos autores como: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p.447, quienes puntualizan que «no hay delito sin tipo». Las exigencias materiales del principio de legalidad se concretan, en un primer momento, en la subsunción del hecho realizado bajo el tipo de injusto correspondiente a una figura legal determinada. El tipo, según se ha visto, juega, junto a un papel *fundamentador* del injusto, otro *delimitador* de la esfera de lo penalmente relevante. Los intereses del Derecho Penal encuentran así una frontera insalvable: sólo lo que queda dentro del ámbito del tipo de injusto puede desencadenar consecuencias jurídico-penales.

⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 182.

elementos negativos del tipo⁸. Tampoco considera prudente insertar en este apartado el error del tipo al que fortalece sistemática y unitariamente al tratarlo de manera autónoma junto al error de prohibición, después del juicio de antijuridicidad⁹ y del de culpabilidad¹⁰. Igualmente no posibilita la repetición, en atención a la creación del riesgo, de lo ya indicado para la imputación objetiva. Como consecuencia de lo anterior concluye por presentar cuatro bloques de análisis: uno, específicamente para ausencia de acción típica; otro, para la de

⁸ Recordemos que la teoría de los elementos negativos del tipo fue propuesta fundamentalmente por la doctrina alemana de la mano de MERKEL y FRANK y concretada fundamentalmente por BAUMGARTEN. Se manifiesta generalmente sobre la idea de que las causas de justificación son parte integrantes del tipo. Si éste supone una valoración desde la perspectiva del injusto no les significa a los defensores de tal planteamiento que sea necesaria una siguiente valoración en relación a la posible justificación de la conducta. De esta manera y *ab initio*, el Profesor granadino indica que la teoría de los elementos del tipo que, en cierta medida, radicaliza las hipótesis neokantianas de cerrar definitivamente el juicio de valor en el propio tipo, ha sido fuertemente combatida por determinados sectores de la doctrina, especialmente por los defensores del finalismo o por los que, sin serlo, utilizan su sistemática en relación con la estructura del delito, a pesar de su tradicional e interesado significado coadyuvante con la teoría imperativa de las normas desde el momento en que suponen autorizaciones, preceptos permisivos; tampoco han faltado objeciones de los propios seguidores neokantianos. En consecuencia y de manera concluyente MORILLAS CUEVA afirma que la disparidad entre tipo de injusto y causas de justificación esta materialmente fundamentada –dentro de lo que para él es el juicio de antijuridicidad que engloba ambas propuestas y cuya determinación supone el injusto de la conducta correspondiente-, por la relevancia jurídico penal de la primera cuya ausencia deviene en atipicidad y por la justificación de la segunda que, quebrantado el bien jurídico en clave de atipicidad, no concreta el injusto material al darse de manera específica una de las causas que excluyen dicha antijuridicidad. En éste último caso habrá realización de un tipo de injusto pero no juicio de antijuridicidad. *Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, pp. 77-80.

⁹ Antijuridicidad es reprochabilidad general, es la reprochabilidad ético-social. Antijuridicidad significa que el hecho es investigado desde el punto de vista de las propiedades de la acción y del resultado. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Valladolid, 1981, p. 440.

¹⁰ En la doctrina se conoce con el nombre de principio de culpabilidad a un conjunto de exigencias de carácter político criminal que constituyen límites al *ius puniendi* tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas penales y también a la existencia misma de la propia culpabilidad como categoría dogmática en la teoría del delito. Véase a HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Una necesaria revisión al concepto de culpabilidad”. En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, p. 495. En otras palabras, el juicio de culpabilidad se pregunta si el hecho puede reprocharse al autor personalmente. En la culpabilidad, el hecho antijurídico es puesto a la carga del autor porque la formación de su voluntad radica en su actitud jurídica defectuosa referida al hecho particular. El objeto del juicio de culpabilidad es, por tanto, un defecto de la actitud jurídica del autor, su actitud o posición valorativamente defectuosa para el Derecho. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito... Op. Cit.*, p. 443.

los demás elementos del tipo y para él mismo; un tercero, como reflexión valorativa, para la posible adecuación social de determinadas acciones típicas; y un cuarto -y que será objeto principal de nuestro estudio-, de singular atención al consentimiento.

1. Atipicidad por ausencia de acción

Este especial componente de las causas de atipicidad – la acción-, tiene en la doctrina científica una variada comprensión sistemática relacionada directamente con la idea que de ella se tenga dentro de la estructura del delito. Para los que la estiman como elemento inicial y directivo de aquella, su estudio se adelanta a la tipicidad concretándose directamente como ausencia de acción; otros¹¹, entre los que nos contemplamos, al planificarla como acción típica dentro del tipo de injusto, la asumimos como una parte de éste, incidiendo en su atipicidad, que puede recaer tanto en una carencia de voluntariedad para realizarla como de una falta de manifestación externa de tal voluntariedad que se tiene pero que no se puede ejecutar, y que derivan en una ausencia de acción en sentido estricto –caso del que comete un delito de lesiones previamente hipnotizado- o de omisión, en este sentido entendida no como falta de comportamiento humano sino como falta del tipo de omisión correspondiente, se neutraliza la capacidad para emprender la acción esperada –el guardabarreras que está obligado por su trabajo a bajar la barrera al paso de un tren y no lo hace porque es atado por otras personas, en una perspectiva de definición típica se trataría en el ejemplo de ausencia de comisión por

¹¹ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Construcción y demolición de la teoría de la acción”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008. Después de hacer un repaso por los distintos ángulos en los que es analizada la acción dentro de la Teoría Jurídica del Delito, el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada se es concluyente al afirmar –acertadamente y en nuestra ideología- que la concepción de un concepto unitario e integrador de la acción dentro del tipo de injusto, como relevante componente del juicio de antijuridicidad junto a las causas de justificación. «La cualidad típica de la acción penal es una opción necesaria e imprescindible para el diseño de una moderna teoría del delito que se separe de los inconvenientes que los sistemas tradicionales atribuidores (*sic*) de un papel básico e independiente a la acción han generado sin especial solución. Esto no quiere decir que el concepto, naturaleza y función de la acción queden al margen de la reflexión penal sobre la teoría del delito; pretende articular, por el contrario, su presencia dentro del tipo de injusto con la importancia que le corresponde en él, como elemento imprescindible para su realización», p. 1391.

omisión o el que inmovilizado y amordazado en su caso por unos asaltantes que golpean a otro al que dejan gravemente herido en el suelo, omite el socorrerlo cuando aquel se encuentra en peligro manifiesto y grave y, aún teniendo voluntad de hacerlo, no puede actuar para tal fin-.

Obviamente cualquiera de estas variedades de ausencia de acción está referida a actos o conductas humanas. En este sentido el artículo 10 del Código Penal español es patente en su exigencia de acción u omisión para la realización delictiva¹². Los deterioros o lesiones producidas indistintamente por otros elementos como fenómenos atmosféricos, animales, etc., no serán típicos precisamente porque se exige para ello que los realicen personas físicas-independientemente de lo dispuesto para las personas jurídicas-. De este modo, si, como consecuencia de una tormenta se desborda un río y el agua arrolla a un transeúnte o si un lobo muerde en el monte a una persona que está paseando¹³. Dicho esto hay que aclarar, volviendo al párrafo anterior, que tampoco todos los comportamientos humanos que *a priori* y de manera genérica son estimados como delitos serán realmente típicos si falta precisamente esa necesaria acción guiada por la voluntad. De esta forma y cómo podremos apreciar en el desarrollo de la presente investigación, habrá acciones en el marco de la actividad sanitaria en donde el médico aún creando una alteración perjudicial en la persona del paciente no cometerá delito alguno siempre y cuando –y sin descuidar las particularidades dentro de los diferentes grupos de casos que se pueden presentar- exista de por medio el consentimiento informado del enfermo. Esto se debe a que precisamente dicho asentimiento –cuando se recaba de manera efectiva por parte del galeno y con independencia de las divergentes características que hay que tener en cuenta para el consentimiento presunto- es la clara manifestación de voluntad del paciente. Así pues, lo que sucede es que, no es la voluntad del médico¹⁴ la que se cumple al producir el daño –por tanto no existe intención por parte del

¹² Véase el citado precepto en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y Legislación complementaria*. 35ª ed. Pamplona, 2009, p. 49.

¹³ *Ibidem., supra.*, p. 183.

¹⁴ Apuntamos desde este momento, que, para efectos de la presente investigación, utilizaremos, entre otros y como sinónimo de médico, los siguientes vocablos: galeno, facultativo, profesional de la medicina, garante del arte de curar, etcétera.

facultativo para causar un mal-, sino la del paciente, que previa información asintió sobre el proceder del profesional de la Medicina. Y esto no significa que el enfermo consienta para que el médico le produzca un mal, ya que, simplemente lo que hace éste último es atender a la elección que mediante el consentimiento –debidamente informado- ha aceptado y elegido aquel. Por ende, la conducta del facultativo siempre y cuando medie un asentimiento eficaz –salvo las excepciones que representa el consentimiento en su modalidad presumida- será atípica.

2. Atipicidad por falta de elementos del tipo

Como bien afirma MORILLAS CUEVA¹⁵, es indudable, y por eso casi no habría que escribirlo, que la mayor muestra de atipicidad es la de las conductas que no están incluidas en ningún tipo penal: andar, ir al cine, comprar un libro, etcétera. Dicho esto, hay que añadir que junto a las causas de ausencia de acción, existen otros supuestos incorporados en los tipos penales, ya sean objetivos o subjetivos, cuya ausencia igualmente genera la atipicidad de la conducta.

En primer lugar, es menester destacar determinadas características típicas relacionadas con el sujeto activo, fundamentalmente dirigidas a los tipos especiales. Así, para que se produzca el delito de prevaricación aquel ha de ser funcionario o autoridad –artículos 404 a 406- o Juez o Magistrado – artículos 446 a 449-. En caso contrario si el sujeto no tiene esa cualificación su comportamiento es atípico. Puede suceder que la referencia especial a un determinado tipo no suponga la atipicidad general sino exclusivamente para ése –por ejemplo el funcionario o autoridad que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos del artículo 432, se refiere expresamente a la malversación, si el que realiza la conducta de sustraer es un particular, dicha conducta será atípica en relación con el susodicho precepto pero es típica por hurto o por apropiación indebida. También la singularidad del sujeto pasivo puede provocar, en caso de no darse, la atipicidad de la conducta– las relaciones sexuales aunque sean

¹⁵ *Ibidem. supra.*, p. 194.

consentidas con menor de 13 años son típicas según el artículo 181.2; si es mayor y las realiza con su voluntad son atípicas-.

En segundo término, nos encontramos con las referidas a concretas situaciones típicas relacionadas con el objeto material o sobre circunstancias específicas de la acción. Por ejemplo, la “cosa mueble ajena” en el hurto y en el robo, “cosa inmueble” en la usurpación, en “perjuicio de su patrimonio” del artículo 243, etcétera.

En tercero, los elementos subjetivos del injusto que si no se realizan allí donde están expresamente requeridos también el comportamiento deviene en no típico. A título de ejemplo se puede citar el caso de una persona que toma un bolso de otra sin su voluntad pero con la única intención de gastarle una broma. No sería de aplicación el artículo 234 porque le faltaría el elemento subjetivo descrito: el ánimo de lucro.

3. Atipicidad y adecuación social

La vida social conoce un buen número de actividades peligrosas o hasta lesivas que por su utilidad social se consideran perfectamente lícitas: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, el tráfico de automóviles, ciertas empresas peligrosas como las explotaciones minerales y muchas otras, la investigación espacial, los deportes de contacto, etcétera.

Dentro del ámbito de la atipicidad se suele situar, al menos como materia de valoración y discusión, la llamada teoría de la adecuación social. Iniciada esencialmente por WELZEL, la misma refiere que se admiten como ausencia de tipicidad a determinadas conductas que se realizan dentro de los límites de la ordenación de la vida comunitaria aunque formalmente se identifiquen con las descritas en los tipos penales¹⁶. El propio autor alemán, estandarte del finalismo, consideró que estos ponen de manifiesto como las formas seleccionadas por ellos, tienen, por una parte, carácter social pues se refieren a la vida en sociedad, pero, por otra, son inadecuados a una vida social ordenada. Desde el momento en que algunos comportamientos no

¹⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 195.

afectan al orden ético-social no han de ser asumidos como típicos a pesar de que pudieran ser incluidos en un tipo penal de acuerdo a su tenor literal¹⁷.

Señala MIR PUIG que tras ciertas vacilaciones en cuanto a la naturaleza de la adecuación social como causa de justificación o de exclusión de la propia tipicidad, la doctrina dominante en Alemania se inclina por la segunda solución¹⁸. Se entiende que la adecuación social constituye un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos de la parte especial, excluyendo de los mismo aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio de que no puede ser voluntad de la Ley, al delimitar las conductas penalmente relevantes –función propia de los tipos penales-, el incluir actividades socialmente adecuadas¹⁹.

Muchos son los ejemplos en la tradición welzeliana que, sin embargo, entendemos que van más a *recortar los abusos de las teorías causalistas* que a una auténtica comprobación de la adecuación social: el acto de engendrar debería, según la radicalización de aquella opción, ser una acción típica de matar, si la criatura engendrada, se convierte después en un asesino; ahora bien desde la posición originaria de la adecuación social, tal acto, en cuanto no

¹⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. 2ª reimpresión. Trad. de José Cerezo Mir. Buenos Aires, 2004, pp. 84-89.

¹⁸ Bajo esta óptica, ROXIN indica que el punto de partida de un juicio crítico ha de ser que el principio de la adecuación social supone una importante perspectiva para la teoría del tipo: la idea de que una conducta aprobada, no ya excepcionalmente en el caso concreto, sino de antemano y de modo general, no puede encarnar ninguna clase de delito ni de injusto y por lo tanto tampoco puede ser nunca típica. Así pues la tipicidad de la conducta socialmente adecuada es una consecuencia necesaria de la teoría del tipo y sería desconocer esa perspectiva central ubicar la adecuación social como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Su adscripción a la antijuridicidad sólo es posible desde el punto de vista de un tipo *no valorativo*, que destruye su función peculiar. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª ed., alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, 6ª reimpresión, 2008, pp. 294-295. El título original de la **eminente obra del Catedrático de Múnich** es: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München*, concluida en 1994.

¹⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 522. El Catedrático de la Universidad de Barcelona alude también al rechazo que la doctrina española ha denotado respecto a los postulados de la teoría de la adecuación social, por entender que todos los casos para los que se piensa la referida teoría deben forzosamente incluirse, cuando merezcan ser tomados en consideración, en la causa de justificación del art. 20.7 del CPE, como ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. Véase *Ibidem.*, p. 522 *in fine* y 523.

suponga una infracción del orden de las relaciones sexuales por las circunstancias de su realización es socialmente adecuado, esto es, queda dentro del orden social, histórico, normal, de la vida –y además, concreto, porque de partida no es una conducta tipificada como tal-; el acto de servir bebidas alcohólicas es, para el autor del mismo, una conducta socialmente adecuada, usual, a pesar de los peligros que su consumo supone, verbigracia, para el tráfico automovilístico –se está igualmente ante hechos no tipificados penalmente-.

De todas formas el desarrollo de la mencionada teoría de la adecuación social va más allá de las muestras anteriores que la cercenaría a sus límites mínimos. Por ello se habla de su implantación en relevantes hipótesis de tráfico viario, de actividades deportivas y por supuesto de actuaciones médicas. De esta forma, JESCHECK/WEIGEND aluden, entre otros múltiples ejemplos, a las lesiones que suelen producirse en diferentes clases de deportes, como el fútbol o el rugby, siempre que se observen cuidadosamente las reglas del juego²⁰. Asimismo otros autores concretan en los supuestos de pequeños excesos de velocidad, insultos en espectáculos deportivos, minúsculos engaños, frecuentes en el tráfico negocial²¹. En definitiva el mismo WELZEL calificó a la adecuación social, en cierto modo, como la falsilla de los tipos penales, pues representa el ámbito normal de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto tácitamente por ellos²².

²⁰ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Domingo Olmedo Cardenete. 5ª ed., Granada, 2002, p.p. 269 y ss. *Vid.*, en este sentido, y en el marco del Derecho español a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Derecho Penal y Deporte”. En, *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*. No. 1. 2006, pp. 42 y ss.

²¹ Quintero Olivares presenta el ejemplo de la creación de una letra de cambio de las llamadas de colusión o de “pelota” que implica simular un negocio cambiario que no ha existido, a fin de aprovechar el descuento bancario; tal falsedad ideológica es normalmente admitida, y únicamente se castiga cuando, además ha sido el modo comisivo de una estafa. El propio autor mantiene que en estos casos no se está ante un supuesto de adecuación social sino de *práctica social conocida y tolerada*. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Morales Prats. 3ª ed., Pamplona, 2009, p. 467. Ante esto señala acertadamente Morillas Cueva, que, independientemente de que lo sea o no, los problemas que genera en relación a la tipicidad y la antijuridicidad son los mismos que los de la adecuación social.

²² WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* *Op. Cit.*, pp. 86-88.

Ante esta situación no le falta razón a MORILLAS CUEVA, quien puntualiza que los problemas que origina en general y en el Derecho Positivo español la susodicha teoría de la adecuación social son más intensos que los que resuelve que, la verdad, son mínimos. En *primer lugar*, presenta una notable y confusa desorientación sistemática, pues no termina de definirse donde está mejor ubicada, si dentro de la tipicidad o de la exclusión de la antijuridicidad. El propio WELZEL se mostró dubitativo y no le importó reconocer que primero la asumió como causa de atipicidad, después la incluyó como causas de justificación, para posteriormente volver al espíritu inicial de no tipicidad “pues como ámbito normal de libertad de acción social se diferencia la adecuación social de las causas de justificación porque éstas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza especial; se trata de un permiso especial, de una autorización para realizar acciones típicas, es decir, socialmente adecuadas”²³. Ciertamente el tema no es sencillo y depende del concepto de tipicidad con que se parta, de su diferenciación con las causas de exclusión de la antijuridicidad o de si se actúa en el ámbito de la tipicidad o en la falta de lesividad. Al respecto, MORILLAS CUEVA señala que esta última opción parece teóricamente desaconsejable porque generaría la necesidad de considerar una fuente extralegal de justificación o ir a la 7ª del artículo 20 –el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo– con lo que perdería toda su capacidad de presencia autónoma²⁴.

En segundo, presenta dos adjetivaciones conceptuales entrecruzadas entre sí y relacionadas con el anterior: indeterminación y heterogeneidad. Con la primera hacemos referencia a la ambigüedad que supone la utilización del término sociabilidad de la conducta realizada. No es sencillo delimitar el ámbito y alcance del núcleo esencial de semejante postura. ¿Con que criterios se han de fijar las acciones socialmente adecuadas? Las respuestas son opacas sobre todo cuando se van a poner en relación con criterios de valoración jurídica que previamente han tenido que ser evaluados en su dimensión social hasta llevarlos a la tipicidad. Es verdad que se puede aceptar que el tipo es la tipificación del injusto, como marcaba WELZEL, y que por ello nunca ha de

²³ *Ibidem.*, p. 56.

²⁴ *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 196.

señalar acciones socialmente adecuadas, más esto es un problema de técnica legislativa, de selección de bienes jurídicos y de su necesaria intensidad conculcadora para ser elegidos en su protección penal. La remisión al desvalor social es consustancial al injusto y, en consecuencia, al consolidarse como su fundamento material, la afirmación de que la acción socialmente adecuada es típica no tiene mayor significado que consolidar la anterior afirmación²⁵.

De semejante dificultad interpretativa se deriva, como segunda. La diversidad de los casos con posibilidad de aplicación en la adecuación social según sus partidarios y sobre lo que MAURACH-ZIPF no han dudado en afirmar que desde un principio, en lo planteado por WELZEL, la discusión ha estado sobrecargada por ejemplos no precisamente afortunados y por numerosos malentendidos²⁶. Entre aquellos citar algunos: relaciones familiares distantes con abandono de la familia que puede llevar al otro cónyuge al suicidio; servir bebidas alcohólicas dentro de los límites de la legislación al respecto aunque luego pueda influir en la conducción del sujeto que la ingiere; ejercicio de actividades deportivas que producen lesiones; funcionamientos de transportes aéreos, viarios o navales que pueden ser peligrosos para bienes jurídicos determinados; acto sexual con mujer tuberculosa con la intención de producir su muerte mediante una agravación de su enfermedad como consecuencia de su embarazo; sobrino que anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza de que muera en un accidente; médico de la sanidad pública que por su labor recibe regalos en Navidad, etcétera.

En *tercer* lugar, porque lo que realmente propicia la tesis de la adecuación social son vaguedades distantes de la realidad jurídico-penal. Es decir, lo que *interesa* en clave punitiva es *si la conducta realizada está prevista en un tipo penal*. La esencial perspectiva de la adecuación social de afirmar

²⁵ *Ibidem*. pp. 196-197. *Vid.*, en este sentido, también a Roxin, el cual esgrime que, el hecho de reconocer que la conducta socialmente adecuada es atípica no tiene sustancialmente más alcance que la perspectiva de que al desvalor social es immanente al injusto y constituye su fundamento material. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 295.

²⁶ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General. I. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Trad., 7ª ed., Bofill Genzsch Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 278.

que la práctica del deporte, las relaciones sexuales consentidas entre adultos, el aconsejar viajar en avión, el conducir un vehículo son conductas realmente normales en comunidad no aporta mucho dada su obviedad. Lo que interesa desde el punto de vista de la aplicación del Derecho Penal es la valoración de no adecuación social de algunas de estas acciones sobre específicas e individualizadas conductas humanas previamente tipificadas.

En este sentido, consideramos oportuno mencionar y compartir razón a lo que afirma MORILLAS CUEVA²⁷, quien señala que, es poco aceptable pensar que socialmente se imponga una conducta de reconocimiento general y luego, o al mismo tiempo, se contenga en un tipo penal, estructurado sobre valoraciones sociales y con respeto a los principios básicos del Derecho Penal en un Estado democrático y de Derecho, entre ellos el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, seguridad jurídica, etcétera. La incongruencia parece manifiesta y la desigualdad en las apreciaciones subjetivas relevante. Extraña que se pueda llegar a la incoherencia de sostener legalmente la tipicidad de determinados comportamientos que, con posterioridad, se han de mostrar como no punibles por no estar tipificados, por no inadecuados socialmente.

Mejor es buscar otras formulas para desarrollar, sin tantos obstáculos, lo que de acertado tiene el enfoque inicial de semejante teoría, esto es la exclusión de los tipos penales de conductas perfectamente adecuadas socialmente. ROXIN, por ejemplo, desliza sus planteamientos hacia el riesgo jurídicamente irrelevante o permitido y, sobre todo y acertadamente, hacia métodos de interpretación restrictiva orientada al bien jurídico²⁸ que evitaría la invocación indiferenciada a la adecuación social de dichas acciones con los peligros que ello conlleva y que se han puesto de manifiesto en líneas precedentes.

Ante esta situación y atendiendo al debate doctrinal existente que versa sobre considerar a la adecuación social ya como causa de atipicidad o enmarcarla dentro de las causas de justificación, nos inclinamos por pensar

²⁷ Vid., MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., pp. 197 y ss.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...Op. Cit.*, pp. 295-297.

que el esfuerzo, hay que realizarlo coherentemente en el juicio de valor previo que supone la selección de conductas que han de ser típicas para el legislador correspondiente, sobre la base innegociable de acatamiento al **principio de intervención mínima** y su característica principal de *última ratio* del Derecho Penal.

En tal línea de imprecisión algunos autores han incluido como adecuación social lo que se ha venido a llamar *bagatelas* o, desde otra perspectiva, *principio de insignificancia*²⁹. Sin embargo, y aunque adolecen parecidos defectos, son propuestas diferenciadas. Estas últimas se validan por su escaso significado y gravedad. Son supuestos de aprobación o tolerancia social frente a los de adecuación social, aunque en la concreción de prototipos se llegan a confundir. MIR PUIG, sobre el delito de coacciones, sitúa algunos ejemplos –impedir en la autopista adelantar a vehículos que piden paso por el procedimiento de situarse a propósito en el carril izquierdo, siendo la obstaculización breve, aparcamiento en doble fila que impide a otro coche salir³⁰ - para diferenciar entre insignificancia, según lo cual no puede determinar sanción punitiva hechos que merecen únicamente una insignificante reprobación social, con la adecuación social que supone la total aceptación de la conducta; a pesar de que ambas se fundan en el mismo punto de partida: la no contradicción por la Ley Penal del orden social³¹.

²⁹ Vid., en este sentido *Ibidem.*, p. 296. Consideramos oportuno a efecto de ejemplificar, traer a colación, el caso señalado por Quintero Olivares al referirse a los consejos-recomendaciones médicos que puede dar quien no es médico sin que por eso se vaya a apreciar un delito de intrusismo, y la única explicación se encontrará en esa idea de tolerancia –muy cercana a la de exclusión de bagatelas o cuestiones de insignificancia-, si bien se puede llegar a las mismas conclusiones negando que en realidad se haya producido una acción ofensiva para los correspondientes bienes jurídicos. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 468.

³⁰ Mir Puig en su Parte General añade otros ejemplos: faltas deportivas en contra del reglamento pero que entran dentro de lo normal del juego, empujones y otras molestias en los transportes públicos que no se aprueban pero se toleran, pequeños engaños en la publicidad de productos que no llevan al nivel de estafas. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 524. También Roxin se refiere a: juegos de azar con apuestas muy pequeñas, expresiones denigrantes pronunciadas confidencialmente en círculos familiares, etcétera. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 296.

³¹ MIR PUIG, Santiago. “El delito de coacciones en el Código Penal”. En, *ADPCP*. Fasc. II, Mayo-Agosto, 1977, pp. 300-301.

En todo caso se está en lo mismo, aunque aquí, como bien dice QUINTERO OLIVARES³², más que una cuestión de acción materialmente justa o injusta es un *problema político-criminal de recursos del sistema punitivo*, que no cabe despistarlos en asuntos de escasa relevancia. Por ello puede ser aceptable. Pero las respuestas han de ser matizadas, sobre todo en el Derecho Penal español en el que todavía se mantiene una regulación específica, como faltas, para muchos de estos supuestos.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, nos resulta interesante, por apegarse a nuestra concepción, la perspectiva de MIR PUIG, quien hace referencia a que, en el Derecho Penal español puede obviarse la necesidad de acudir a la adecuación social como criterio propio³³. Por supuesto que la fundamentación de su operatividad en Derecho Penal ha de ser jurídica, pero es plenamente jurídica la fundamentación siguiente: «el intérprete debe partir de que la voluntad de la Ley deja tácitamente fuera del tipo legal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social»³⁴. Este es un punto de partida que debe adoptarse para un Derecho Penal democrático, que evite en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y las de la sociedad. En definitiva y como corolario de éste epígrafe podemos decir que un hecho no es típico, cuando no es suficientemente peligroso para un bien merecedor de específica tutela penal, o cuando el Derecho entiende que no puede prohibirlo, por no ser, en cuanto hecho, susceptible de ser evitado mediante la motivación jurídica (así cuando no constituye una conducta humana o cuando no podría advertirse o evitarse su peligrosidad para un bien jurídico)³⁵.

³² Este autor matiza el hecho de que la exclusión de las bagatelas o cuestiones insignificantes pertenece a un principio de racionalización político-criminal de los recursos del sistema punitivo, que no puede ser utilizado para resolver problemas de una entidad mínima. El Código Penal español contiene faltas en relación a algunos delitos, y nada dice respecto de otros. Por ese motivo se puede hablar en teoría de una falta de hurto de cinco euros o de una malversación de la misma cantidad, pues ni el artículo 623.1 CPE ni el 432.3 del mismo Ordenamiento fijan una cantidad mínima que justifique el recurso al Derecho Penal, por lo que la renuncia al mismo debe ser resuelta por los jueces a través de soluciones procesales indirectas. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 468.

³³ *Cfr.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 523.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ La imprudencia, y por tanto, su cara negativa, el caso fortuito, condicionan el tipo positivo en cuanto concurren las dos clases de razones expuestas; para que existe imprudencia es preciso

II. El papel del consentimiento dentro del Derecho Penal y su incidencia en la adopción de la conducta

Dentro del presente apartado nos ocuparemos de abordar la cuestión relacionada con la evolución que ha tenido esta importante figura en distintas legislaciones penales. Tal es el caso de la alemana, la española y la italiana. Resaltaremos las consideraciones doctrinales más importantes que giran alrededor de la misma y matizaremos la relevancia que representa en un Estado social y democrático de Derecho para la garantía jurídica de dicha figura.

1. Cuestiones previas

Es verdad que el consentimiento, aún no está referido directamente en la mayoría de los Códigos penales en su Parte General, ni siquiera en los Códigos de los estados sociales y democráticos de Derecho. Se regula, a menudo, con la Parte Especial de los Códigos y aun otras leyes penales. Es un instituto de personalidad jurídica tan fuerte y constante que las más diversas explicaciones y calificaciones que le destinan los juristas, y algunas de ellas en clave de simplificación, no consiguen apaciguar la intensa discusión con respecto a él, ni tampoco los espacios crecientes de importancia que viene ocupando, cada vez más, en el escenario jurídico donde la libertad y los derechos individuales son defendidos y mantenidos.

Así, podemos decir que, una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular de los bienes jurídicos. Una concepción marcadamente liberal ha de prestar relevancia a dicho consentimiento, mientras que una ideología de corte

tanto un determinado grado de peligrosidad de la acción, elegido normativamente por el legislador conforme a los usos sociales, como la posibilidad (hasta cierto punto también normativamente fijada) de su advertencia o evitación por parte del autor. Sin embargo, en ocasiones, el Derecho permite por razones de utilidad social, correr un riesgo que normalmente sería suficiente para la imprudencia. En estos casos de "riesgo permitido" -figura que referiremos *a posteriori*- en que la razón de la permisón no es la insignificancia del riesgo, puede hablarse ya, de una causa de justificación. *Vid.*, MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed. Barcelona, 1982, pp. 89-90.

totalitario o, al menos estatalista, prescindirá del mismo³⁶. Ya, COBO DEL ROSAL³⁷ resaltó que el mayor predominio de los derechos individuales, así como la confirmación de la disponibilidad de los mismos corresponde al más estricto Derecho Penal liberal³⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría sorprender la importancia conceptual y sistemática que el consentimiento ha tenido y tiene en el ámbito del Derecho Penal y, de manera más específica, en la teoría jurídica del delito³⁹. Y puede ser así porque se trata de una institución que amparada en la decisión personal-individual del sujeto muestra notable incidencia en un Derecho, como el penal, de clara naturaleza pública cuyo ejercicio le corresponde al Estado.

En casi todos los debates penales el consentimiento es una realidad jurídica sumamente discutida, fundamentalmente a causa de la natural, permanente e imparable inquietud intelectual que adorna a los penalistas

³⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento en el Derecho Penal*. Madrid, 1999, p. 3.

³⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel. "El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española". En, *ADPCP*, II/1962, p. 306.

³⁸ De esta forma, y, refiriéndose al viejo Código, decía que el Código Penal, texto refundido de 1944, no abunda precisamente en dicha concepción. Es expresión, por el contrario, de un Estado social. Se informa, de otro lado, en la defensa social e igualmente, en el sentido católico de la vida, conforme reza su propio preámbulo. Paralelamente, en el ámbito procesal se observa un planteamiento similar, aunque con algunos paliativos derivados del espíritu liberal de la época de la que procede la Ley de enjuiciamiento criminal. La ausencia de una regulación completa de la conformidad y su admisibilidad muy restringida; la ausencia del principio de oportunidad y la eficacia del perdón; y, por último, los requisitos de procebilidad son exponentes de esa misma concepción, aunque hay que reconocer que la cuestión aparecerá tratada en esta Ley con una mayor preponderancia de elementos de carácter liberal. Así pues, esta discordancia entre el viejo Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal, tal vez tenga su origen en el hecho de que el precepto penal que establece la irrelevancia del consentimiento proceda de la reforma de 1963. *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 3.

³⁹ En relación con esto, Quintero Olivares matiza que la teoría jurídica del delito se apoya, en el plano positivo, en la infracción de una Ley por el autor, Ley que en todo caso quiere proteger a la víctima; y víctima a la postre, solamente lo es quien ostente *injustamente* esa condición. Cuando decimos, en relación con algunos delitos, que el consentimiento pleno de la víctima anula el injusto o genera atipicidad, en realidad estamos empleando impropriamente la palabra *víctima*. Quien accede a yacer con otra persona, sin vicio de voluntad o consentimiento, o quien permite que se lleven algo de su casa, no son *víctimas* de violación o hurto cuyo consentimiento produzca efecto de atipicidad. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 479-480.

modernos; a lo que bien se refiere QUINTERO OLIVARES⁴⁰ como “una insatisfacción debido a su estado de ánimo natural”.

Cierto es que hablar o confrontar opiniones e investigaciones, sobre todo hoy en día, con respecto a la Ciencia Penal, significa la inequívoca necesidad de recurrir a la Política Criminal⁴¹ como impulsora y lumbrera de las rutas de esta rama del Derecho Público. Y sobre ella, desde antes ya ha referido JÍMENEZ DE ASÚA⁴² que «la Política criminal es un Derecho Penal dinámico; que tiende a realizar, dentro de lo que debe ser, aquello que es posible en las circunstancias de lugar y tiempo».

En el ámbito de la Ciencia punitiva, seguramente en consecuencia destacable de su estructura jurídica más sensible a los cambios externos, además de expuesta a mutaciones, incluso expansivas, el relieve del consentimiento es más expresivo que en las demás ramas del Derecho.

Al respecto consideramos interesante analizar la óptica de BARJA DE QUIROGA⁴³, quien pone de manifiesto que, la cuestión del consentimiento, nuclear dentro de la teoría del delito, incide directamente sobre el *ius puniendi*

⁴⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *¿A dónde va el Derecho Penal? Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid, 2004, p. 18.

⁴¹ Sobre la íntima relación entre Política Criminal y Derecho Penal (haciendo un repaso histórico hasta nuestros días) véase por todos el estudio de MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Límites de la Política Criminal y del Derecho Penal”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, pp. 499-530. En este artículo, el Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales a manera de síntesis expone que «tanto la Política Criminal como la dogmática penal están vinculadas a ciertas “ideologías”, que sirven de fondo a los diversos conceptos y criterios que se manejan en cada una de ellas; de ahí que se hable de distintas orientaciones político-criminales y de distintas construcciones dogmáticas, que se reflejan en sus diversos contenidos conceptuales y en sus diversas posiciones en torno a las cuestiones fundamentales del Derecho Penal». De esto, matiza que «si como se ha dicho, tanto la Política Criminal como el Derecho Penal se ven en la necesidad de transformarse, por la transformación que experimenta su propio objeto de consideración que es el delito, el rol que la dogmática penal ha de jugar en este proceso de cambio no es obstaculizar el cambio sino orientarlo (*sic*), aportando las bases que permitan que ese cambio se ajuste a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, es decir, que se acomode a la ideología de la Constitución; en otras palabras, que se de origen a un Derecho Penal cuyos criterios y principios se correspondan con los de un Estado respetuoso y garantizador de Derechos Humanos. Y ese rol debe asumirlo desde el proceso de creación de las leyes penales y no sólo a la hora de su aplicación concreta», pp. 529-530.

⁴² JÍMENEZ DE ASÚA, Luis. *La Política Criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918, p. 18.

⁴³ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento...* Op. Cit., pp. 4-5.

del Estado. Este autor, efectúa un cuestionamiento que nos hace reflexionar sobre los posibles límites de la actividad estatal dentro de una sociedad democrática de derecho frente a la libertad de decisión de un individuo que forma parte de la misma: ¿Tiene legitimidad el Estado para intervenir con su *imperium*, protegiendo bienes jurídicos cuando el titular más inmediato de ellos no desea tal protección? Si estimamos que el *ius puniendi* es ilimitado y que el Estado posee la facultad de pensar sin ninguna cortapisa, evidentemente la respuesta ha de ser definitiva, pero, si partimos de la base de que la existencia de un Estado social y democrático de derecho implica una racionalidad en las facultades derivadas del *ius puniendi* y de la existencia de ciertos límites en el mismo, entonces la respuesta no será tan sencilla, tan automática o por lo menos sujeta a debate. Por lo tanto, creemos que habrá previamente que determinar los límites de relevancia de la voluntad del particular y la propia concepción del bien jurídico. La evolución de la sociedad, dejando a un lado las primeras manifestaciones del derecho romano, y tal vez por influencias de carácter ético, muestra como el intervencionismo estatal es una constante histórica. Pero, cabe aclarar que, como contrapunto, también es cierto que cuanto más civilizada se vuelve la sociedad, tanto más se predica atender al principio de intervención mínima del Derecho Penal

Ocurre que, en el Derecho Penal, como instrumento de control social formal -aunque no exclusivo- y eficaz, no se puede aplicar sin el concurso (y a veces preponderante) de la filosofía, de la propia filosofía del derecho, de la sociología y de la política⁴⁴.

Consentir, desde la idea gramatical oficial, significa «permitir algo o condescender en que se haga»⁴⁵, tolerando, soportando. A su vez, y por

⁴⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *¿A dónde va el Derecho... Op. Cit.*, pp. 18 y ss.

⁴⁵ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. Vigésima tercera edición, 2003. Este “algo” trasladado a la esfera punitiva es un hecho que el legislador ha considerado como delito, y en relación con el que el sujeto pasivo asume que el activo realice tal conducta – es el caso del médico que a través del consentimiento del paciente es autorizado para llevar a cabo una intervención quirúrgica- por lo que pasa, con ciertas condiciones, a no ser delictiva. Por lo tanto, como afirma Morillas Cueva, los efectos neutralizadores del consentimiento con respecto a la responsabilidad criminal suponen de inicio una cierta contradicción entre lo que marca el Ordenamiento jurídico-penal y la voluntad del sujeto pasivo de la infracción penal, que es preciso analizar y situar en sus más justos y limitados términos; ya que, como veremos en el desarrollo de este tema nos encontraremos frente a un gran debate doctrinal originado de una

supuesto, consentimiento es la «acción y efecto de consentir»⁴⁶. En Derecho Penal, desde un planteamiento inicial más amplio, consentimiento es la aceptación del titular del bien jurídico disponible, pidiendo o permitiendo que alguien haga una cosa, obligándose dicho titular a la renuncia del bien respectivo, siempre que manifieste su libre voluntad de manera expresa o tácitamente a ese respecto, lo que impone una vinculación jurídica con efectos dogmáticos atípicos. Así, hoy día en el ámbito del Derecho Punitivo, bajo la crítica responsable y progresista, dichos límites son planteados y reciben tratamiento, ampliándose y rompiendo el conservadorismo negativo de épocas anteriores, que subyugaron al hombre como un mero instrumento de la voluntad de terceros, formalmente al mando y conservación del poder de que se hacía ilimitado el Estado, religioso o constitucionalmente laico, y cuando no de la conveniencias personales o de grupos de sus insensibles dirigentes. Dicho esto y poniendo de relieve la estrecha relación que hay entre la figura del consentimiento y la actividad estatal creemos que, en el fondo del problema de dicha figura late una cuestión emparentada con la determinación de los límites del *ius puniendi*. El Estado reemplazó al individuo en la facultad de pensar, absorbió y recabo para sí esta facultad, considerando al individuo incapaz para ejercerla. Además tal concepción otorgo al Estado una indiscutible situación de poder. Sin embargo, parece que todavía hoy día, resulta difícil aceptar que dicha facultad tiene unos límites y estos se encuentran, desde luego, en la autodeterminación del ciudadano. No es pues un problema de abandono de intereses en la defensa del bien jurídico, sino que al contrario, lo que ocurre es que el individuo ejercita su interés consintiendo determinadas acciones que, objetivamente, han sido consideradas dañosas⁴⁷.

El consentimiento válido y eficaz es un instrumento de expresión de libertad democrática y afirmación humana tan fuerte y segura, social, política y jurídico-constitucionalmente aprobada, adecuada y necesaria, que su sentido estructural como manifestación de Derechos Humanos y Fundamentales rompe

misma idea que dará paso a diferentes formulaciones dogmáticas. Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 199.

⁴⁶ Vid. *Diccionario de la Lengua Española... Op. Cit.*

⁴⁷ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 5.

el escenario del propio indicio de imputación penal objetiva, despertando a su segura atipicidad sistemática.

Con acierto, GÓMEZ NAVAJAS⁴⁸ recuerda que «el consentimiento es una figura ilustrativa del grado de libertad que el Estado confiere a los ciudadanos». De esta manera, deducimos que, cuanto más democrático sea el sistema jurídico constitucional-penal correspondiente, mayor será la libertad conferida al ciudadano para consentir, sin que ello en ningún momento pueda significar una libertad ilimitada, sin reglas o criterios que la impidan tornarse en un libertinaje contra el equilibrio de las relaciones humanas.

La crítica -expresión más fuerte de la política criminal- que se plantea, aunque sea como perspectiva en cualquiera de las ramas del Derecho, no justifica su propio valor existencial, expresando su relieve útil y tampoco práctico, sin la hermenéutica jurídica. Así, tampoco puede existir el Derecho Penal como ciencia del progreso e instrumento de control y equilibrio social sin el concurso permanente de la exégesis. El consentimiento en el marco del Derecho Penal, por tanto, sin crítica y sin interpretación legislativa atendiendo a su letra, es algo estéril como instrumento al servicio del bienestar, del desarrollo y del equilibrio social. Considerando que en el siglo XVI la interpretación de la Ley podría haber significado algo moderno para la futura crítica, es menester poner de relieve una cita con significado histórico muy particular de PÉREZ LUÑO⁴⁹ -quien recoge la referencia de A. PLACHY- enfocando la preocupación contenida en una carta que data de 1532, escrita por el jurista y humanista VIGLIUS VON ZWICHEM, la que dirige a AMERBACH, asegurando que «sin interpretación no cabe doctrina jurídica, y, que el propio objeto de la jurisprudencia residía precisamente en hallar un método correcto de interpretación: *Die richtige Methode der Interpretation zu finden*».

El consentimiento en el marco de la Ciencia Penal, no puede estar lejos de los cambios y de los avances sociales del mundo que denota el siglo XXI, a menos que se quiera perder su valioso significado jurídico-existencial. Al fin y al

⁴⁸ GÓMEZ NAVAJAS, Justa. *La protección de los datos personales*. Pamplona, 2005, p. 219.

⁴⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 249.

cabo, el Derecho Penal no es una ciencia estacionaria, sino un mecanismo jurídico para el desarrollo de la persona y de la propia humanidad, a merced de sus características peculiares dentro del ámbito del Ordenamiento jurídico.

Haciendo una separación del consentimiento del Derecho Penal y del Derecho Civil (capacidad jurídico-civil), MIR PUIG⁵⁰ entiende, ser suficiente *en principio* la presencia de la *capacidad natural de discernimiento* del titular del bien, la que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento, para su validez, lo que nos parece lógicamente bastante razonable.

Desde luego, como titular del consentimiento auténtico, atípico, no hay ni puede haber víctima, sino titular del bien jurídico⁵¹, titular del derecho (del derecho-poder) o titular del consentimiento, a causa de que, una vez disponible en cuanto bien jurídico protegido, el resultante objeto del menoscabo fue ofrecido a la utilización, a la donación o incluso al sacrificio, parcial o total, a través de una deliberación libre y consciente, social, cultural, política y jurídicamente amparada, como una expresión efectiva del desarrollo de la personalidad, de afirmación de la dignidad del individuo y de la libertad de acción, características del verdadero Estado de Derecho, hermenéuticamente desde su base formal-constitucional. Sin embargo, hay una fuerte proximidad, conceptual y práctica, entre víctima y sujeto pasivo, aunque se puede utilizar una distinción estructural entre dichos términos; esto es, el sujeto pasivo -es decir, el titular del bien jurídicamente protegido, lesionado o amenazado- es normalmente una víctima –toda persona que sufre una amenaza, directa o indirecta, física o psíquica, independiente de poseer la titularidad del bien jurídicamente protegido o no-, directa o indirectamente, pero no toda víctima es

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...Op. Cit.*, pp. 518-519.

⁵¹ Entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, por ejemplo, toma una posición genérica contraria al término "víctima" para las hipótesis de pasividad, pues "quien accede a yacer con otra persona, sin vicio de voluntad o consentimiento, o quien permite que se lleven algo de su casa no son "víctimas" de violación o hurto cuyo consentimiento produzca efecto de atipicidad". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 483-485. A su vez COBO/VIVES, *Derecho Penal...Op. Cit.*, p. 492, se refieren al titular del bien. También COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal español. Parte General*. Madrid, 2004, pp. 156-160., al tratar del consentimiento citan al "sujeto pasivo" con frecuencia. De modo distinto, MIR PUIG en *Derecho Penal...Op. Cit.*, pp. 515 y ss., utiliza dicho sustantivo femenino "víctima" con regularidad.

necesariamente un sujeto pasivo⁵², víctima, expresión con vinculaciones criminológicas más destacadas, representa la idea concreta de una terminología más amplia y dogmáticamente menos exigente, mientras sujeto pasivo es un concepto jurídico-penal -y también de importancia criminológica- más específico en su contenido estructural, aunque tampoco sea algo restrictivo⁵³. A modo de ejemplo, si un hombre recibe un disparo y fallese a causa del suceso –un homicidio característico-, resulta ser él un sujeto pasivo y también una víctima. No obstante, sus hijos, verbigracia, ya no son sujetos pasivos, sino víctimas familiares –en Criminología dentro de la victimización primaria- o perjudicados, pues no poseyendo la titularidad del bien jurídicamente protegido (permanente, para la pasividad del delito, ni temporaria, para la pasividad en la acción – no podrían disponer de la vida de

⁵² Cabe señalar que hay autores que utilizan los dos términos sin hacer distinción alguna.

⁵³ Teniendo como objeto de estudio la actividad médica y a la luz de las distintas funciones o roles que el consentimiento puede desempeñar en el Derecho Penal, consideramos interesante esbozar algunas de las reflexiones que realiza Cancio Melía al respecto. Sobre todo porque este matiza la perspectiva subjetiva de la víctima y sus problemas en el ámbito del consentimiento en *stricto sensu*. Señala que el tratamiento de la problemática de la intervención de la víctima por completo en el campo del consentimiento *tradicional* -sea entendido como causa de justificación o como elemento excluyente del tipo- es una de las modalidades más extendidas de tratamiento jurídico-penal de los supuestos de actividades conjuntas peligrosas. Esta aproximación al problema de la intervención conjunta de autor y víctima en actividades arriesgadas se construye sobre la base de la idea de que no existe una diferencia relevante en la configuración objetiva de estos supuestos frente a los casos clásicos de consentimiento, centrados en el plano objetivo en el consentimiento en la lesión-destrucción de un bien. En este sentido, suele considerarse que la diferencia típica entre los casos que para efectos de estudio del presente trabajo interesan -actuaciones médicas, con especial referencia a las intervenciones quirúrgicas- y los de consentimiento normal, está en la relación psíquica de quien resulta dañado hacia el resultado de lesión. En efecto, ya desde un principio salta a la vista que mientras en el caso del consentimiento normal es precisamente la lesión del bien la que se desea, en este ámbito por regla general se persigue el comportamiento peligroso, pero se confía en que el resultado no tenga lugar. Y esta diferencia en lo relativo a la actitud subjetiva de la víctima que se supone normal plantea considerables dificultades a esta opción en cuanto a la posibilidad de atribuir algún efecto al consentimiento. Cfr. CANCIO MELÍA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2ª ed. Barcelona, 2001, pp. 154-156. Lo que nos parece discutible sobre la óptica del autor mencionado anteriormente, es que se inclina por neutralizar la función del consentimiento al grado de llegar a considerarlo inoperante en base a la indisponibilidad de determinados bienes jurídicos, si bien es cierto que hay ciertos bienes que no están a disposición, lo es también el hecho de que dejar a la importante figura del consentimiento sin valor alguno para efectos de la teoría jurídica del delito, sería aventurarse a llegar a un grado de desprotección jurídico-penal para los individuos que tienen como labor diaria el desempeño de actividades arriesgadas.

su padre-), sufren daños y son sujetos jurídicamente capaces para la petición de resarcimiento de daños contra el responsable por la muerte. Otro caso es cuando uno presta su coche a un amigo y dicho vehículo es robado, resultando el propietario del bien, sujeto pasivo del delito, mientras el poseedor –titular temporario- sujeto pasivo de la acción, pero ambos son víctimas y por supuesto capacitados para la petición de resarcimiento.

En cuanto ratifica a la separación del *consentimiento* penal del civil, BARJA DE QUIROGA⁵⁴ escribe que para la eficacia penal del instituto es bastante que posea el “sujeto pasivo” lo que se refiere dicho autor español como la “capacidad necesaria para comprender la situación en la que consiente”.

En este sentido, JESCHECK-WEIGEND⁵⁵ aluden a la necesidad de que el titular del bien jurídico posea “una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho”.

A su vez, ROXIN⁵⁶ enfoca la “capacidad de comprensión” para la validez del consentimiento, mientras advierte que no se puede exigir de una sola entidad su existencia. Así, entiende demasiado sencilla la opinión de que «en los casos tradicionales de acuerdo la cuestión depende de la voluntad natural del portador del bien jurídico, mientras que en el consentimiento, por el contrario, depende de la voluntad responsable y no turbada del portador del bien jurídico». La primera hipótesis expresa que «solo la interpretación del elemento concreto puede determinar las exigencias en cuanto a capacidad de comprensión»⁵⁷. La segunda, afirma que «son admisibles afirmaciones generalizables, porque el consentimiento se presenta aquí sólo como expresión de la libertad de acción en general, más allá de las singularidades de los elementos del tipo en particular»⁵⁸.

Ahora bien, genéricamente son aptos para consentir -en sentido

⁵⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, pp. 14 y 15.

⁵⁵ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 410.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 536.

⁵⁷ *Ídem.*, *supra*.

⁵⁸ *Ibidem*.

estricto⁵⁹- eficazmente dentro del marco del Derecho Penal los que disponen libremente de su capacidad satisfactoria de discernimiento⁶⁰; cierto es, todos aquellos que tengan comprensión, interés y voluntad, entendiendo y valorando lo que consienten con respecto al bien jurídico de que disponen y que acepten el menoscabo -puesta en peligro, amenaza o lesión-, así como las consecuencias fundamentales del hecho consentido, al menos satisfactoriamente .

Es fundamental recordar, no obstante *an pasant*, que consentir en Derecho Penal no es lo mismo que consentir en Derecho Civil. El Derecho Civil -Derecho Privado- contiene fórmulas legales más rigurosas y exigencias contractuales adecuadas a su ámbito operativo, pero a menudo innecesarias en el marco del Derecho Penal -Derecho Público-; éste es -y debe ser- socialmente más objetivo, políticamente más práctico, estructuralmente más mutable y jurídicamente más sensible.

En ese contexto y genéricamente resultan como incapaces para consentir (con discernimiento –mínimo, en la mayoría de los supuestos, y satisfactorio, en todos los demás-) tanto los menores (incapaces temporales, en principio, pues aún no han alcanzado niveles razonables de desarrollo mental; sin embargo para determinados tipos de consentimientos puedan sufrir variaciones legales de edad –artículo 181.2 del CPE: consentimiento inválido para los menores de trece años cuando con ellos se practiquen actos sexuales-) como los enajenados mentales -incapaces permanentes⁶¹- e igualmente los que no puedan discernir a causa de un estado psicológico o psicosomático conturbado o de momentos de inconsciencia; un trastorno físico y/o mental cualquiera, pasajero o no (incapaces coyunturales o circunstanciales, como pueden ser los enfermos físicos o mentales). El Código Penal español, en su artículo 25, hace una interpretación auténtica de lo que entiende por incapaces.

⁵⁹ Desde luego es fundamental plantear una distinción en lo que respecta al acuerdo, lo cual no necesita los mismos rigores del consentimiento en sentido estricto para su validez. Por todos, citamos a ROXIN, Claus. “Acerca del consentimiento en el Derecho Penal”. En, *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima, 2008, p. 130.

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 518 *in fine* y 519. Hace especial referencia a la capacidad natural de discernimiento del sujeto que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento

⁶¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 37.

Así, la incapacidad de la persona, para que produzca sus efectos jurídicos, no depende de la declaración formal de la autoridad competente, sino que de hecho no pueda dicho individuo gobernarse a sí mismo o a sus bienes.

Los menores que, por causa biológico-psíquica de corta edad, tampoco disponen, por presunción, de su capacidades intelectual -o intelectual- y sobre todo volitiva⁶² -o del dominio de la voluntad- de modo mínimo satisfactorio⁶³ (la capacidad intelectual exige la comprensión en lo que respecta al carácter -criminoso, en Derecho Penal; civil, en Derecho Civil- del acto o comportamiento que se determina el propio sujeto a practicar o permitir que otro lo practique y va más allá del simple conocimiento de la realidad externa; a su vez, la capacidad volitiva es poseída por aquellos sujetos que tienen condiciones psicológicas de actuar según dicho entendimiento intelectual anterior, o sea, conociendo sus desdoblamientos satisfactoriamente), constituyen un caso aparte de extremo relieve y que desafía a otras reflexiones, incluso teleológicas.

Como ha dicho VON LISZT⁶⁴, mientras recuerda a JULIUS FRIEDRICH,

⁶² Sobre ese importante tema, entre muchos otros autores de manuales generales de Derecho Penal, véase, a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Op. Cit.*, pp. 568 y ss. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp.573-576. Estos últimos hacen una comparación entre los códigos de Alemania, Italia y España. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 466 y ss. Se debe recordar que la base de ese sistema está en el Derecho alemán. En Italia, por todos, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale. 5ª edizione*, stampato in Italia, 2007, pp. 661-668. Se refiere a las capacidades de entender -*di intendere*- y de querer -*di volere*-. La primera, "la actitud del sujeto, no sólo para conocer la realidad externa, es decir, aquello que se desarrolla en su exterior, sino sobre todo de darse cuenta del valor social, positivo o negativo, de tal realidad externa y de los actos que a él afectan" (el original: «*cioè l'attitudine del soggetto non solo a conoscerè la realtà esterna, ciò che si svolge al di fuori di lui, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo. Di tali accadimenti e degli atti che egli compie*»). La segunda, "la actitud del sujeto para autodeterminarse, es decir, para determinarse en modo autónomo y poder entre diversos motivos antagónicos elegir aquél que su inteligencia haya jugado preferible, y en consecuencia adecuar su comportamiento a la propia elección afectada (el original: «*cioè l'attitudine del soggetto ad autodeterminarse, a determinarse cioè in modo autonomo tra i motivi antagonistici coscienti in vista di uno scopo, volendo ciò che l'intelletto ha giudicato preferibile fare e, quindi, adeguando il proprio comportamento all' svelte fatte*».)

⁶³ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 465. Se refiere a grado mínimo de capacidad de autodeterminación.

⁶⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 3ª ed. Traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, volumen XXVI. Madrid, 1927, p. 64.

«el Derecho, en fin, tiene una estructura teleológica»⁶⁵. Y prosigue, inspirado en VON IHERING, refiriendo que «el fin en el Derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses» y que «la idea del fin da fuerza generadora al Derecho». Es obvio entonces que, el Derecho no es estático, ni puede serlo, para el bienestar de la propia humanidad a que debe servir.

Recuerda MORILLAS CUEVA⁶⁶ el método teleológico como el «instrumento más idóneo para la captación del sentido de la norma penal» e incluso «para muchos es el criterio prevalente con respecto a los demás», llegando algunos científicos «a plantear la existencia de una relación de jerarquía en la que en primera línea figura este criterio». En fin, sobre el sentido del sistema teleológico, prosigue el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, que “se encamina a captar el fin de la norma” como “una interpretación progresiva, en la idea de actualizar continuamente los textos legales para que la comprensión de éstos no quede, en la medida de lo posible, retardada de la realidad a la cual son aplicados”⁶⁷.

CUELLO CONTRERAS⁶⁸, a su vez, refiere que la Ley Penal no es “un puro recetario”, es decir, una “mera formula que simplemente se aplique al caso concreto”. En su lugar, indica la necesidad de que sea “interpretada antes de poderla aplicar”. Y añade que tanto “los Tribunales de justicia” como “la doctrina científica” deben demostrar que “la Ley debe ser aplicada al caso que se cuestiona”⁶⁹. Lo contrario generaría inseguridad ante la perspectiva del injusto dentro del marco del Estado de Derecho. Plantea, además, la necesidad de atender si los métodos gramatical, histórico y lógico-sistemático son suficientes para interpretar la Ley, lo que debemos considerar una perspectiva con seguridad y justicia. En este sentido es importante “averiguar para qué puede servir la Ley en el momento actual, una vez que se ha independizado del

⁶⁵ Entre otros autores, la valoración teleológica general es hecha por MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª ed. Granada, 1993, pp. 159 y ss. (“La dirección teleológica alemana”) y 274 y ss. (“El sentido teleológico”).

⁶⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid, 2004, p. 187.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 188.

⁶⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª ed., Madrid, 2002, p. 233.

⁶⁹ *Ídem.*, *supra*.

legislador que la promulgó”⁷⁰. Así, con acertado planteamiento exalta que la Ley existe para “servir a la solución de los problemas actuales”, siendo esta la razón a que el sistema teleológico se destina a adaptar la norma “a los cambios sociales experimentados entre el momento de la promulgación y el actual”, resultando la importancia de “la finalidad de la Ley en sí misma”⁷¹.

Siendo las leyes elaboradas para casos en general, por una parte no pueden estar perpetuamente al día con los, casi siempre, muchos cambios sociales, y por otra parte no deben, consecuentemente, quedarse sin intervenir ante los casos especiales que les presentan en el medio jurídico y social al cual deben servir intensamente y con seguridad teleológica, a minimizar eventuales deficiencias estructurales legislativas ante los casos reales presentados o ante su propio desgaste temporal, bajo la censura de poder tornarse un mecanismo formal de opresión e injusticias. Seguramente, para reprochar la legalización de la injusticia, y al contrario concretizar la labor justa, es imprescindible que el aplicador del Derecho se mantenga dentro del marco del Derecho Positivo – queremos matizar esto porque desde el momento en que uno es estudiante (de Derecho-en general- y cuando nace el gusto por el estudio de la Ciencia del Derecho Penal) se percata que hay una enorme distancia entre la realidad dogmática y la necesidad imperante- con atención a la respectiva rama jurídica, aunque perfeccionando el extremo respeto a la supremacía de la Constitución . En ese sentido acuña ROXIN⁷², que se «debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho Penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas».

Como bien hace alusión nuestro maestro MORILLAS CUEVA⁷³, quien acude con importante observación político-criminal al entendimiento que pretendemos desarrollar, en el sentido de que el sistema debe ser la base investigadora y laboral del jurista, sin embargo «tiene que acercarlo continuamente a la realidad», una vez que intente afrontar con seguridad y

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 226.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 217. El mismo, en: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia, 2000, p. 31.

⁷³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología... Op. Cit.*, pp. 304 y 305.

justicia el problema que se presente.

Con seguimiento a dicho raciocinio jurídico y crítico del maestro granadino hacia un sistema penal más abierto, añade y complementa ROXIN⁷⁴, que «un Derecho Penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible», equilibrando las exigencias del Estado de Derecho con las del Estado social, y eso deduciblemente añadido con las del Estado democrático.

En definitiva, también como refirió JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁵ en 1918, respecto a la *Kriminalpolitik* esta es una “ciencia de posibilidades”, en busca permanente del equilibrio y del progreso de ese objeto tan complejo que es la sociedad.

La Política Criminal y el método teleológico son muy útiles cuando son empleados de manera conjunta por el jurista. Por tanto, es obvio que se debe buscar, en primer lugar, el pretendido equilibrio social en la Ciencia Penal (y ante el consentimiento) dentro de las normas específicas ofrecidas al caso concreto, evaluando los métodos de interpretación gramatical, histórico y lógico-sistemático, aislada y conjuntamente. No obstante, sin una política criminal asociada a una permanente comprensión y valoración del universo humano real, individual y social en constantes cambios, por parte de dicho científico del derecho, con acogimiento teleológico en el marco del sistema jurídico-constitucional y penal, se torna dicha Ciencia jurídica un instrumento cerrado y legalmente con tendencia a una inercia de relieve perjudicial a la persona humana y a las garantías del Estado social y democrático de Derecho. En última instancia, un sistema cerrado y excesivamente formal sirve mejor como instrumento para legalizar injusticias que para dar solución a los problemas latentes de la sociedad. Lo cierto, y sumamente justo, es que siempre que una Ley no realice la justicia del Derecho ante la armonía y la supremacía político-teleológica de los principios, de los valores y de las reglas constitucionales, pierde su fuerza legal, su legitimidad constitucional y su sentido aplicativo y garantista para aquel caso concreto.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal...* Op. Cit., p. 31.

⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Política...* Op. Cit., p. 10.

1.1. Una mirada al avance de la figura del consentimiento en el Derecho Penal

El consentimiento, como afirma ROXIN⁷⁶, posee «una larga y variada historia», en lo que respecta a su importancia para la Ciencia punitiva. Así, si tratáramos semejante evolución histórica detalladamente, bajo la atención que su importancia reclama, se desviaría el tema central de esta investigación, razón por la que nos hemos dedicado a enfocar lo que consideramos cronológicamente de mayor relieve hacia el eje de este trabajo y la actualidad del acto de consentir.

El intentar buscar una expresión escrita y legal de amplitud jurídica segura, como una especie de punto histórico de partida del consentimiento en el ámbito o con reflejo en el Derecho Penal no es tarea sencilla. Sin embargo, entre los textos jurídicos que se conocen, parece muy aceptable la referencia de ROXIN⁷⁷, citando a ULPIANO, en el Digesto de Justiniano (Libro 47 – D. 47.10.1.5.): “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, lo que es otro testigo del dominio de los romanos no solamente en el Derecho privado⁷⁸. Añade el jurista alemán que la información cronológico-complementaria de dicho escrito romano se transformó en otra afirmación jurídica más conocida hoy en día:

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 511.

⁷⁷ No constituye injuria –en su sentido amplio, infracción penal en contra al patrimonio, a la libertad, al honor, a la propia vida, etcétera- lo que se realiza bajo la voluntad del que la autorizó. Incliniéndose contrariamente a la amplitud de la cita Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen IV. 2ª ed., Buenos Aires, 1961, p. 574., también citado por SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos. Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Coordinadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar. Madrid, 2004, p. 828. Señala que “el consentimiento en el texto romano tenía un sentido muy limitado, pues excluía únicamente el delito de injuria (lesión jurídica intencional de la persona en su cuerpo, en su situación jurídica, en su honor), pero no el homicidio cometido mediante consentimiento del sujeto pasivo, que no era estimado como injuria, sino como delito contra el Estado, contra la comunidad”. Lo que precede, añade la autora española, porque siendo el Derecho Penal de carácter público, la voluntad de los particulares no debía valorarse de declarar determinada conducta como contraria a Derecho. Lo cierto es que, tanto en su sentido más amplio como expresando un significado más restrictivo, los romanos consideraron el consentimiento de manera históricamente relevante, no decir, del acierto que a estos se le atribuye por simplemente comenzar a considerar en la vida jurídica esta importante figura.

⁷⁸ CUELLO CONTERRAS, Joaquín. *El Derecho...* Op. Cit., p. 723. Este autor, señalando al consentimiento, escribe que la figura ya era conocida en el Derecho romano (*volenti non fiat iniuria*).

*volenti non fit iniuria*⁷⁹. A ello también hacen referencia COBO-VIVES⁸⁰ aunque alertando los límites del consentimiento.

No obstante, la máxima ha regido siempre con limitaciones. Los autores inspirados en la doctrina del Derecho natural⁸¹ –como, posteriormente, los hegelianos y también el Derecho actual- permitían que el consentimiento surtiera efecto sólo en la renuncia de los derechos subjetivos, en cuanto estos estaban sujetos a la facultad de disposición del particular y de ahí que la intervención no atentaba contra la voluntad objetiva común. Por el contrario, la Escuela histórica del Derecho⁸² rechazaba por principio la influencia del consentimiento sobre la punibilidad porque el Derecho Penal, como forma de

⁷⁹ En su traducción al castellano “No se práctica ningún injusto, cuando lo autoriza el titular del bien”; o, “frente aquel que lo quiere no tiene lugar ningún injusto”.

⁸⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 493.

⁸¹ Así, corresponde a la *Escuela del Derecho Natural* la idea de que el consentimiento es eficaz respecto de todos los delitos, puesto que sus miembros definían el delito como la lesión de un derecho ajeno y entendían que con su consentimiento el lesionado renuncia al propio derecho afectado que, por tanto, ya no puede ser lesionado por parte de otro. Esta teoría sufrió una limitación posterior al juzgarse que sólo era posible un consentimiento eficaz en el caso de aquellos delitos en los que el lesionado pudiese disponer del derecho afectado. Sin embargo, en todo caso la razón de eficacia del consentimiento era la misma: el consentimiento contiene una disposición sobre un derecho subjetivo considerado como objeto del delito. HONIG, Richard, *Die Einwilligung des Verletzten*, Parte I, (Geschichte und handlungen H. 113), 1910, p. 37. Cfr. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid, 1995, p. 26.

⁸² La corriente contraria al Derecho Natural la constituyo la *Escuela Histórica del Derecho*, cuyos miembros concebían los delitos como las acciones contrarias a la esencia y finalidad del Estado cuya punibilidad está reconocida mediante disposiciones jurídicas; es decir, como la lesión del propio Ordenamiento jurídico divino-estatal. Para esta corriente, en el fondo es el Estado el objeto de protección de todas las normas jurídico-penales, así como por el contrario cada delito tiene como consecuencia la lesión o puesta en peligro de su existencia. Las lesiones de derechos sólo son delitos en la medida en que hacen peligrar la existencia del propio Estado. Por tanto, la característica determinante de la esencia de todos los delitos es su peligrosidad pública. Consiguientemente, todos los penalistas pertenecientes a esta escuela negaban la eficacia del consentimiento. Cfr., *ídem., supra*. Apuntando sobre la historia y como posterior escuela que se manifestó respecto del consentimiento, creemos que es oportuno mencionar también a la *Escuela Sociológica del Derecho*, en donde el delito es explicado como una lesión de intereses, intentando alcanzar el resultado de que el consentimiento, como una expresión libre y consciente de la vida humana, que renuncia a la protección penal del Estado acerca de un determinado bien personal, debe estar asegurado jurídicamente. Ello, entonces, excluye la propia infracción jurídica del autor del hecho, justificándola, mientras abarca derechos como la integridad física y la propia vida. Abordando este tema Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.* pp. 511 y 512; de igual modo a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 404.

manifestación histórica del orden estatal, no puede estar sujeto a la disposición del individuo. La escuela sociológica del Derecho, que explicaba el delito como lesión de intereses, debía llegar al resultado, contrario, de que aquel consentimiento excluye absolutamente (también, por ejemplo, en el ataque a la integridad física y la vida) la infracción jurídica de quien actúa.

Por supuesto, y sin soslayar lo anterior, la necesidad de proteger al hombre, incluso contra él mismo, ha impuesto siempre limitaciones a dicha afirmación jurídica, porque hay bienes (la vida, por citar un ejemplo) que se sitúan por encima de la amplia voluntad de consentir del titular del derecho, como exigencia social, cultural, política, jurídica y legal.

1.2. Algunas consideraciones dogmáticas respecto al consentimiento en Alemania

La doctrina alemana, sin duda, es un punto de referencia en la investigación del consentimiento en general. Como recuerda DE LA GANDARA VALLEJO⁸³, firme desde su determinación unificadora, es allí donde “se han producido los adelantos más significativos en esta materia”. Asumiendo la omisión por lo que respecta a otros científicos alemanes de igual o semejante relieve, resumimos muy brevemente las ideas y las variaciones germánicas principales del consentimiento en el ámbito cronológico y evidentemente anterior al pensamiento monista al que nos incluimos, con ZITELMANN, HONIG, MEZGER y VON HIPPEL.

Inicialmente, ZITELMANN enfrenta el análisis del consentimiento bajo una perspectiva de Derecho Privado, es decir, del Derecho Civil, al tratarlo desde una uniformidad sistemática tan radical que el permiso (o al revés la prohibición), de una norma perteneciente directamente a una determinada rama del Derecho se comunica a todas las demás ramas. Ello significa que el consentimiento penal sólo tiene validez y eficacia mientras lo permita de igual modo la unidad cerrada de las demás ramas jurídicas, a partir de su relieve civilista. Si una norma penal permite el ejercicio del consentimiento, y si se le da eficacia, eso vale para los otros sectores jurídicos.

⁸³ DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 11.

La cuestión del consentimiento para ZITELMANN funciona como si fuera un negocio jurídico excluyente de la antijuridicidad, lo que también encausa DE LA GANDARA VALLEJO⁸⁴ respecto a este pensamiento alemán: «por lo tanto, el consentimiento excluirá la antijuridicidad si y sólo se trata de un negocio jurídico del titular del bien jurídico dirigido a esta exclusión». Sobre esta perspectiva de origen sajón de la figura del consentimiento, hoy día desterrada del espacio jurídico aplicativo, es muy crítico ROXIN⁸⁵, al referir que «la teoría de la declaración de la voluntad (mejor: teoría del negocio jurídico), fundamentada por ZITELMANN y ahora por lo general abandonada, concibe el consentimiento como un negocio jurídico de Derecho privado».

HONIG⁸⁶, a su vez, expresa la existencia de un punto común en el ámbito de los entendimientos jurídicos con respecto al consentimiento, que es la dependencia de la “eficacia del consentimiento”, según la idea que manifieste el que consiente respecto al objeto de algún modo lesionado por la actividad humana punible. Así, la clave para reconocer la validez y eficacia del consentimiento, de conformidad a esta posición sistemática sajona, es la «naturaleza jurídica del objeto lesionado o puesto en peligro por la acción punible»⁸⁷.

Como manifestación resumida de su concepto dogmático, HONIG propone la exclusión de la punibilidad, cuando medie el consentimiento del titular del bien, en los comportamientos descritos como antijurídicos y en las acciones contra o sin la voluntad del afectado que pertenezcan al tipo, o entonces siempre que su persecución esté a merced de reclamación del lesionado; esto es, si no resulte de modo distinto en la Parte Especial de la Ley.

Continuando con la dogmática alemana, MEZGER⁸⁸, partiendo de un análisis de los elementos subjetivos del injusto, trata la cuestión del consentimiento refiriendo a la idea de que dicho injusto significa siempre una

⁸⁴ *Ibidem.*, p. 15.

⁸⁵ ROXIN, Claus. “Acerca del Consentimiento en Derecho Penal”. *Dogmática... Op. Cit.*, p. 162.

⁸⁶ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten*. Parte I (*Geschichte und Methodenfrage*), 1919, pp. 1 y ss.

⁸⁷ Por todos, véase también a DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 26.

⁸⁸ MEZGER, Edmundo. *Die subjektiven Unrechtselemente*. *Der Gerichtssaal*. 1924, pp. 207 y ss.

lesión de intereses en lo que se refiere a su “contenido material”. El consentimiento en general está vinculado al principio de falta de interés⁸⁹ y la Ciencia Penal «sólo se ocupa de la protección jurídica de bienes del tráfico privado en medida muy restringida», concluye MEZGER.

La teoría de la dirección de la voluntad en detrimento de la declaración de la voluntad -opción defendida en el planteamiento de ZITELMANN-, es la que adopta MEZGER. La cuestión de que el autor debe conocer el consentimiento otorgado por el titular del derecho no es imprescindible para su validez y eficacia. La eficacia del consentimiento, referente al campo del hecho pretendido por el autor o del resultado, debe ser decidida a favor del agente, lo que manifiesta el contenido de “un elemento subjetivo del injusto”⁹⁰.

Finalmente, VON HIPPEL⁹¹ destaca el consentimiento excluyente de la antijuridicidad para los casos donde en primer lugar está el interés privado, debiendo exaltar que no es posible disponer con validez y eficacia sobre bienes públicos o con “decisivos intereses de terceros” (homicidio, muchas de las modalidades de lesiones corporales, perjurio, etcétera). Además, cualquier atentado contra la Ley o las buenas costumbres torna el consentimiento ineficaz. En ese contexto también sobresale la problemática del interés con referencia a su concepto unitario.

Son tres los grupos que admiten el consentimiento con eficacia, de conformidad a VON HIPPEL y según sintetiza, por todos, GANDARA VALLEJO⁹²: 1. «El delito exige una acción contra o sin la voluntad del afectado» (este tipo excluye a la tipicidad); 2. «Casos específicos en los que la Ley se declara expresamente sobre el significado del consentimiento» (la

⁸⁹ También por la importancia científica que representa el Profesor ROXIN (*Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 521), cabe exponer que, él asevera que Mezger, al desarrollar un sistema dualista respecto a las causas de justificación, vincula la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero el consentimiento, al principio de ausencia de interés. No obstante, prosigue el Catedrático de la Universidad de Múnich, diciendo que esto es un equívoco, pues exactamente porque el desinterés permite que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto, es entonces un problema del tipo, es decir, de atipicidad.

⁹⁰ En el mismo sentido. *Vid.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 38.

⁹¹ VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht. Tomo II (Das Verbrechen)*, Allemeine Lehren, 1930, pp. 243 y ss.

⁹² DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 41.

exclusión de la antijuridicidad se la encuentra allí) y 3. Sucesos “en los que la decisión acerca de la eficacia del consentimiento debe ser deducida del significado y finalidad de la protección del bien jurídico” (aunque con su base efectivamente separatista, dicho planteamiento expresa una inclinación político-teleológica muy clara).

1.3. Etapas claves de la figura del consentimiento

En lo que respecta a la teoría del consentimiento en los últimos años de su desarrollo histórico, MAURACH/ZIPF⁹³ y, en España, entre otros, PÉREZ ALONSO⁹⁴ indican tres fases.

La *primera* llega hasta después de la 2ª Guerra Mundial, cuando entonces se “consideraba unánimemente que el consentimiento constituía una causa de justificación⁹⁵”. En dicho período lamentablemente el consentimiento no disponía de atención científica, tampoco de relieve dogmático suficiente para su desarrollo y consecuente ubicación destacada y matizada en el importante ámbito de la teoría del delito, además de estar vinculado a las discusiones y estudios de temas doctrinarios en su aspecto más parcial (lo que era y en qué límites se podía ejercer la capacidad de discernimiento; los atentados contra las buenas costumbres y sus límites para que pudiera consentir el titular del bien, etcétera).

⁹³ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General. 1. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7ª ed., alemana por Bofill Genzsch Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, pp. 285 y ss.

⁹⁴ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Delitos de acción. La tipicidad. Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., revisada y puesta al día con las reformas penales, tema 22. José Miguel Zugaldía Espinar (Director). Valencia, 2004, p. 464. Resume dicho autor, que, primeramente, el consentimiento fue empleado como una causa de justificación (exclusión de la antijuridicidad), mientras que otro sector doctrinal importante empezó la fase bipartita (actualmente aún predominante), es decir asentamiento (atípico) y consentimiento (justificante), hasta que actualmente se impone cada vez más la idea de que el consentimiento debe ser considerado en todos los casos como una causa de exclusión de la tipicidad. Dicho autor se decanta en el sentido del entendimiento unificador, lo que “le parece más convincente”. Merece señalar que dicha 2ª edición (2004) omite cualquier referencia a la identificación del autor del tema 22 que aludimos, no obstante esa autoría de PÉREZ ALONSO consta referida en la 1ª edición (2001) de manera muy expresa, en la página dedicada a los “Autores de los temas”.

⁹⁵ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 285.

La *segunda* desde comienzos de la década de los 50 del siglo pasado, a través de la Tesis Doctoral de GEERDS⁹⁶ (y a posteriori con otros trabajos acerca del tema de la repartición del consentimiento). Desde entonces, comienza la estructuración sistemática de la teoría dualista y la conformidad del titular del bien pasó a actuar en el ámbito del tipo, mientras el consentimiento se mantuvo como una causa de justificación.

Es decir, que mediando el acuerdo del titular del bien, no resulta lesión cualquiera al que sería el bien jurídico protegido sin ese asentimiento. El consentimiento, lo mantuvo GEERDS para los casos «en los que la lesión típica subsiste a pesar del consentimiento válido y eficaz»⁹⁷. Dos ejemplos básicos y muy característicos se expresan desde entonces, con respecto al acuerdo: el hurto y el allanamiento de morada. Ello, a causa de que es conceptualmente inaceptable que acaezca una lesión patrimonial o una violación domiciliar sin que el autor actúe en contra a la voluntad del titular del bien jurídico. Respecto al consentimiento justificante, las lesiones autorizadas en general son un ejemplo práctico utilizado, no obstante hoy día ya suelen ocurrir entendimientos separatistas dentro del marco del propio dualismo (el consentimiento en las lesiones quirúrgicas, para dicha doctrina divisionista mayoritaria, ya actúa en el ámbito del tipo).

La *tercera* se concreta a partir de comienzos de los años 70 del siglo XX –época que recuerdan puntualmente MAURACH/ZIPF⁹⁸-, sobre todo por medio de ARMIN KAUFMANN, como cita CUELLO CONTRERAS⁹⁹. Se trata de una parcela cualitativamente considerable del pensamiento jurídico-penal que viene desarrollando la obstinada y firme convicción jurídica de que tanto el acuerdo como el consentimiento auténtico forman un conjunto general -una especie de

⁹⁶ GEERDS, Friedrich. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten* (Consentimiento y acuerdo en las lesiones). Universidad de Kiel, Alemania, 1953. Desde su trabajo monográfico, GEERDS distingue la expresión de la voluntad a que nombra acuerdo (eliminadora de la tipicidad) del consentimiento (eliminador de la antijuridicidad). Con semejante referencia, *Vid.* Por todos a MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 285 y a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...Op. Cit.*, pp. 399 y 400.

⁹⁷ Por todos, también lo recuerda POLAINO-ORTS. “Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad”. En, *Cuadernos de Política Criminal*. Número 82. Segunda época. Zaragoza, 2004, p. 165.

⁹⁸ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 286.

⁹⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal...Op. Cit.*, p. 725.

unidad dogmática- que debe ser investigado, desarrollado y considerado en el ámbito de la tipicidad. La puesta en peligro, la amenaza o la lesión son atípicas ya que el bien disponible y su menoscabo se torna un mero objeto del hecho, tras la mediación del otorgamiento válido y eficaz, alejando por completo el interés penal.

1.4. Análisis comparativo entre ciertas legislaciones sobre el tratamiento del consentimiento en Derecho Penal

En el ámbito del Derecho Penal comparado, el tema del consentimiento jurídico-penal abarca multitud de variables según el Ordenamiento jurídico sometido a análisis. Básicamente por su desarrollo histórico propio y los sistemas jurídicos naturales, lo que es enfocado, por ejemplo, a través de JESCHECK/WEIGEND¹⁰⁰, desde una perspectiva de relieve dualista, pero de importancia generalizadora.

Los Ordenamientos jurídico-penales mundiales no identifican expresamente el acuerdo ni el consentimiento en sentido estricto como causas de atipicidad o de justificación en sus partes generales -con algunas excepciones-, remitiéndola a sus partes especiales.

El Derecho Penal español, tanto en su doctrina como en su jurisprudencia, bien conocidas en el sistema jurídico-penal del mundo, demarca los supuestos de acuerdo, aunque apunte el consentimiento mayoritariamente como una causa de justificación total o parcial -ésta, obviamente con resultados más atenuadores sobre la pena (155 del CPE)-. Sin embargo, el consentimiento no es citado en la Parte General del CPE¹⁰¹, sino en algunos tipos de la Parte Especial -el art. 156, verbigracia-; es decir, no hay todavía una referencia general expresa al consentimiento.

¹⁰⁰ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 412 y 413.

¹⁰¹ Haciendo alusión al tema, *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 479 y 480. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal... Op. Cit.*, p. 513. COBO-VIVES. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 494 y 4967, con un análisis del consentimiento en los códigos penales de España, desde 1963, cuando el legislador rompió con el silencio guardado sobre dicho tema hasta entonces.

En Alemania, lo que a su vez es conocido mundialmente, la doctrina distingue muy detalladamente entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto, mientras su legislación penal se refiere al consentimiento con la idea dogmática de causa de justificación¹⁰² -lesiones corporales v.g.-. La jurisprudencia alemana es amplia en el abordaje de este tema y sus variaciones. Como en España, la doctrina alemana extiende el número de sus juristas que adoptan el consentimiento como causa de atipicidad, aunque la mayoría permanezca empleando el sistema dualista.

Italia contiene las consideraciones doctrinales en lo que respecta al consentimiento en Derecho Penal cerca de los alemanes, y ello a partir de la base formal del art. 50 del CPI¹⁰³, cuya amplitud positiva merece ser comentada. También allí, todavía prepondera el entendimiento separatista respecto al consentimiento, incluso con estímulo formal, ya que dicho tema es tratado en la Sezione III: LE SCRIMNANT”, codo a codo con el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad y el uso legítimo de un arma¹⁰⁴. Aunque contenga una de las partes generales más reconocidas y estudiadas en todo el mundo, el mayor relieve al Derecho Penal de Italia está en su Parte Especial.

La doctrina penal de Portugal distingue entre acuerdo y consentimiento, conforme a la línea dominante. El Código Penal portugués, en su art. 31.1 - Capítulo III del Título II, que hace un abordaje sobre las causas de exclusión de ilicitud y de culpa, afirma que «no es criminalmente punible el hecho, cuando su ilicitud sea excluida a través del orden jurídico, así considerado en su

¹⁰² Vid., DE VICENTE REMESAL, Javier. “Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad? En, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Santiago Mir Puig, Diego Manuel Luzón Peña et. al. (Directores). Madrid, 1999, pp. 121-122.

¹⁰³ Consentimiento del titular del derecho. Artículo 50 del CPI: No es punible el autor que lesiona o expone a peligro un derecho, a través del consentimiento de la persona que pudo disponer con validez (El original: «*Il consenso dell'avente diritto. Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può válidamente disporre*»). Vid. FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 5ª edizione. Bologna, 2007, p. 258.

¹⁰⁴ Sobre este tema dentro de la doctrina italiana véase ampliamente a MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale... Op. Cit.* pp. 244-248; FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Diritto Penale... Op. Cit.*, pp. 258-264. En esta última obra se especifica los juristas italianos, entre otras cuestiones, resumen con singular claridad en ámbito operativo del artículo 50 del CPI, la naturaleza jurídica del consentimiento, los requisitos de validez, etc.

totalidad»¹⁰⁵. A ello, añade en el apartado 2, d), de dicho artículo que no constituye un hecho ilícito todo aquél practicado «con el consentimiento del titular del interés jurídico lesionado»¹⁰⁶. ARIEL DOTTI¹⁰⁷ apunta que esto da pasaje al sistema y precede las causas de licitud de la Parte General del CPPo. El consentimiento -tanto real como presunto- es reglamentado en los arts. 38 y 39, equiparándolos la Ley Penal portuguesa en cuanto a sus efectos en el marco de la teoría jurídica del delito, incluso preservando sus “buenas costumbres”.

El Código Penal de Perú de 1991 se refiere al consentimiento, por supuesto válido e eficaz, reconociéndole “plena eficacia liberatoria¹⁰⁸” y ámbito general, es decir, que estará “exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición” - artículo. 20.10-. No obstante, la Ley Penal peruana exceptúa determinados bienes jurídicos individuales de esta regla general, a ejemplo de los artículos. 112 (homicidio piadoso), 114/116 (sobre situaciones de aborto), aunque se aplica a las lesiones, las que no llevan “reglas especiales en el consentimiento”.

1.5. El intervencionismo estatal: ¿Paternalismo o respeto a la libertad personal?

A decir verdad, históricamente lo que se observa es que el intervencionismo estatal ha sido siempre una constante en el ámbito del Derecho Penal, lo que bajo las debidas proporciones es comprensible e incluso necesario y hasta imprescindible a la mejor disciplina y al mayor equilibrio legal de la sociedad, pero ello jamás ilimitadamente, como si fuera el hombre un ser desprovisto de inteligencia, razonamiento y del Derecho Fundamental y singular *de poder decidir libre y conscientemente sobre su propio destino* y sus bienes, autodeterminándose (ya desde el Derecho Civil, este también ha sido

¹⁰⁵ El original: “o fato não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada em sua totalidade”.

¹⁰⁶ El original: “Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

¹⁰⁷ ARIEL DOTTI, René. *Curso de Direito Penal. Parte General*. Brasil, 2002, p. 204.

¹⁰⁸ *Vid.*, por todos a POLAINO-ORTS, Miguel. *¿Volenti non fit iniuria?. Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal*. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal. Doctrina, jurisprudencia, legislación y bibliografía (Director: José Hurtado Pozo; coordinador: Iván Meini Méndez. Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo/Suiza, 2003, p. 222.

un bien jurídico protegido –la autodeterminación personal- dentro de la figura del consentimiento) como le sea mejor, mientras no imponga amenaza ni daño a los verdaderos intereses jurídico-sociales y personales¹⁰⁹.

Es cierto también que en el ámbito de los Estados sociales y democráticos de Derecho el ente estatal no puede disponer de un poder intervencionista tan amplio a punto de permitir casi esclavizar el desarrollo de la personalidad humana y su propia dignidad, al hacer restricciones a menudo insensibles, y muchas veces de poca lógica en el ámbito de la disponibilidad de bienes para el consentimiento. En ese contexto de actualidad, contrariamente al inadecuado y extremo intervencionismo del Estado, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹¹⁰ se refiere a la invocación del *right to be alone* como un mecanismo de defensa del ciudadano en contra de dichos excesos del poder estatal.

Así, bajo su autodeterminación libre y compatible al desarrollo histórico del consentimiento –con excepción de aquellos bienes necesariamente indisponibles, de interés colectivo y jurídico a la manutención y a la búsqueda del equilibrio social, e incluso protegiendo de sí mismo al titular del derecho–, la persona es propietario de muchos y variados bienes jurídicos y está en

¹⁰⁹ El paternalismo en el contexto de la relación médico-paciente, se entiende como aquella decisión tomada por el profesional en beneficio del paciente. Son decisiones como un padre las toma sobre su hijo, simplemente pensando en su mayor beneficio. Lo que caracteriza entonces al paternalismo son tres notas: relación vertical, decisión del profesional y beneficio del paciente. Con mayor amplitud sobre el concepto “paternalismo” y con un enfoque sobre la necesidad de que el paciente recupere la confianza en el profesional sanitario véase a DE LA TORRE DÍAZ, Javier. “La recuperación del paternalismo en la relación médico-paciente”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, pp. 86-102. Sobre el modelo paternalista, véase también a ARMAZA ARMAZA, Emilio José. “Consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal del médico”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, p. 279.

¹¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 23. Al respecto señala el Vocal del Consejo General del Poder Judicial español que, aceptar la posibilidad de que el ciudadano, ejercitando su voluntad, pueda consentir ciertas acciones respecto de los bienes jurídicos de los que es titular, no es una cuestión pacífica. La historia muestra, por el contrario, las muy variadas formas por las que el Estado ha pretendido, día a día, obtener un mayor intervencionismo en todos los ámbitos, hasta el extremo de ser necesario reivindicar una esfera de actuación en la que cada persona puede exigir el derecho a estar sólo. Esto último es lo que denomina *right to be alone*.

condiciones de decidir sobre ellos, según mejor le parezca a sus intereses y opciones personales, a nivel de mecanismo de garantía jurídica¹¹¹. Ello, actualmente se observa de modo creciente en los Estados de Derecho, donde la democracia y los valores sociales deben ser más que una referencia teórica y en los cuales la responsabilidad ciudadana y jurídica debe convertirse en una realidad fáctica constante.

A manera de reflexión, podemos señalar que la historia y la destacada coherencia evolutiva del consentimiento en el ámbito del Derecho Penal se constituyen como el más importante e imparcial testigo de su pasado hacia su presente, que ya proyecta el futuro rumbo a una conciencia jurídica de avances y atipicidad general en el marco de la teoría jurídica del delito.

1.6. La relevancia que representa un Estado Social y democrático de Derecho para la garantía jurídica y desarrollo del consentimiento

Es cierto que no se puede hablar con seguridad en lo que respecta a garantías legales ni a Derechos Fundamentales, sino bajo un Estado de Derecho real¹¹², lejos del mero simbolismo garantizador. Tampoco se puede referir con tranquilidad al reconocimiento, a la defensa y al desarrollo de los intereses individuales y sociales, a partir de una equilibrada protección del universo de bienes jurídicos (personales, supra-individuales, colectivos y estatales), sino teniéndose la concretización de un verdadero Estado social. Además, para la expresión más garantizadora de la libertad individual y colectiva y su perfeccionamiento, aún es imprescindible considerarlas dentro

¹¹¹ Es conveniente matizar que siempre que nos referimos a “garantía jurídica”, la consideramos como mecanismo jurídico abstracto y disponible al logro concreto de una de las finalidades principales del Derecho (la justicia), a partir del equilibrio logrado entre la norma característicamente genérica y su empleo patentemente justo hacia los casos prácticos y reales del ámbito social y, jurídicamente protegidos en el marco del sistema a que pertenezca.

¹¹² PÉREZ TREMPES, Pablo. *Los derechos fundamentales. Derecho Constitucional*. Volumen I. *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 6ª ed. Valencia, 2003, p. 319. Además puntualiza que, “sólo allí donde se reconocen y garantizan los Derechos Fundamentales existe el Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de una autentica efectividad de los Derechos Fundamentales”.

del marco de un Estado democrático¹¹³. De esta triple referencia con relieve al impulso ulterior a la 2ª Guerra Mundial, se desarrolló y resultó la fórmula básica de los modernos Estados sociales y democráticos de Derecho¹¹⁴, en cuyas estructuras se puede investigar con mayor profundidad y comprender científicamente la importancia y la necesidad de la teoría del consentimiento penal en el ámbito jurídico y social para asegurar su peculiar tendencia de expansión.

Es pertinente matizar que al referirnos a la garantía jurídica, en esta investigación, no lo hacemos a los modales inflexibles de la perspectiva de VON LIZT, a la que recuerda, v.g., ROXIN; es decir, con una función muy delimitada en la que se agota la actividad legal. Es una verdad que siempre que el sistema impida que se adentren interrogantes, sugerencias políticas y socio-criminales, ciertamente se estarán garantizando soluciones obvias y uniformes, aunque no siempre justas al caso concreto, lo que implica institucionalizar la perspectiva de un Derecho injusto; esto es, no garantizador. Sin embargo, si se tiene que es indudable que cuestiones respecto a Política Criminal y aspectos de certeza social integran el contenido del Derecho Penal, igualmente es lógico y fundamental mantener “intocables” y absolutamente “integras todas las exigencias garantizadoras”, equilibrándolas como un sistema de procedimiento completamente compatible entre sí y jurídicamente civilizado hacia el futuro. Nos referimos a la garantía dentro de un sistema de Derecho abierto, donde tanto la dimensión social como la política están presentes, sin impedimentos excesivos de orden formal. Este sistema abierto es el sistema que mejor acoge el progreso jurídico, sin acomodaciones intelectuales ni tampoco la aplicación matemática de la Ley.

Referimos a ROXIN en el sentido de que «sumisión a Derecho y adecuación a fines político-criminales (*Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) no pueden contradecirse, sino que deben formar una síntesis o complementarse, a

¹¹³ En este sentido *Vid. Ibídem., supra.*, pp. 140 y ss. MANUEL DURÁN, Víctor. *Estado Social de Derecho. Democracia y Participación*. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos, México, 2001.

¹¹⁴ En lo que a España atañe, se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que ampara valores superiores en su Ordenamiento Jurídico como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La soberanía reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (Artículo 1.1. y 1.2., de la Constitución española).

ejemplo de la que forman el Estado de Derecho y el Estado social, representando una unidad dialéctica» ya que «un orden jurídico sin justicia social no es un Estado de Derecho material, tampoco pudiendo utilizarse de la denominación de Estado social un Estado planeador y providencialista que no acoja las garantías de libertad del Estado de Derecho».

La importancia del Estado social y democrático de Derecho para la garantía jurídica y la protección del binomio hombre-colectividad en su significado social y jurídico en las sociedades modernas -con patentes beneficios al consentimiento atípico, por supuesto-, la reafirma ROXIN¹¹⁵: «El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad».

Merece continuar dando énfasis al principio de legalidad, que es enfocado, muy acertadamente a través de MORILLAS CUEVA¹¹⁶ en el marco del Estado de Derecho, y para la Ciencia Punitiva, como una garantía fundamental para los ciudadanos, lo que refiere muy oportunamente el Catedrático granadino, recordando al “triumfo de la bandera del legalismo” como una forma de «sometimiento del Estado a la Ley y la seguridad jurídica de la persona», mientras apunta con justicia histórica a CESARE BONASANA, responsable más destacado entre los iluministas por lo que respecta al planteamiento formal-inicial de la legalidad como principio de indudable garantía jurídica. El principio de legalidad es un tema tratado directamente en todas las constituciones democráticas de la modernidad y sus efectos y desdoblamientos hoy día están envueltos con el aseguramiento y la expansión de los Derechos Fundamentales, lo que implica la base constitucional del consentimiento, también dentro del ámbito de la legalidad en sentido amplio; es decir, tanto interna como externa. En ese contexto amplio de garantías jurídicas al consentimiento (atípico, como postura dentro de esta investigación), es oportuno recordar el principio de proporcionalidad. Tal principio, no obstante posee un significado real más restrictivo en el ámbito de la ciencia material penal que en el ámbito constitucional, expresa un relieve dogmático formidable

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *La evolución...* Op. Cit., pp. 31 y 32.

¹¹⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* Op. Cit., p. 217.

y creciente, condicionando y minimizando la intervención de dicho Derecho Punitivo, solamente para cuando se haga efectivamente necesario, constituyendo una condición dentro del sistema para el intervencionismo, como incide AGUADO COREA¹¹⁷, igualmente cuando sea adecuado para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso.

Además de todo, hablar de un verdadero Estado social y democrático de Derecho pensamos que significa considerar un Estado moderno; y, un Estado moderno no puede existir con garantía, legalidad y justicia rápida sin la valoración jurídico-teleológica de sus normas y de su propio Ordenamiento. Recuerda ROXIN¹¹⁸ que se debe partir de la tesis de que «un moderno sistema del Derecho Penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas». El Catedrático de Múnich añade que «si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de ante mano la concordancia entre la consecuencia -congruencia- sistemática y la corrección material pretendida» y ese fallo ha causado demasiadas “dificultades”¹¹⁹.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹²⁰, apunta con propiedad a la máxima jurídica internacional proveniente del liberalismo, que reza que «lo que no está prohibido está permitido» en los Estados sociales y democráticos de Derecho, sobre todo, donde se debe partir con respeto a la «libertad de la persona humana» y que, por supuesto, la prohibición a la manifestación del hombre no debe ser indirecta ni deducible, sino siempre “una excepción expresa”; es decir, directa e inconfundible.

A su modo, MAURACH/ZIPF¹²¹ enfocan la certeza racional de que todos los tipos penales se destinan a la protección de bienes jurídicos con valor destacado para la vida en común; al menos en principio. Mientras tanto, al tratarse de bienes jurídicos individuales los objetos de dicha protección, siempre que esté el titular del derecho dentro de los márgenes de su facultad

¹¹⁷ AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid, 1999, p. 113.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 217.

¹¹⁹ *Ídem., supra.*

¹²⁰ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento...* Op. Cit., pp. 57 y 58.

¹²¹ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 288.

de disposición y que acaezca el consentimiento, el objeto efectivo del ataque es extraído del campo de protección penal, pues la norma penal asume el carácter subsidiario en razón de la renuncia, puesto que el Ordenamiento Jurídico y social reconocen la primacía de la facultad de libre disposición de cada individuo, lo que solo es posible bajo un Estado de Derecho, donde el ejercicio personal de la libertad individual es tan amplio que se lo debe considerar un valor de la sociedad¹²².

En conclusión, es cierto que el Estado social y democrático de Derecho moderno parte de la base jurídico-estructural del Estado liberal clásico. Además, hablar del consentimiento, sea lo que sea, es hablar de Derechos Fundamentales -desarrollo de la personalidad, dignidad humana, libertad de decisión y acción, igualdad real, etcétera-, a través de los cuales se expresa dicho instituto en el escenario específico de la Ciencia Punitiva. Por consiguiente, el auténtico reconocimiento, la más fiel expresión y la segura y permanente garantía de los Derechos Fundamentales (como ejemplo: el consentimiento) dependen indudablemente de la existencia, vigencia y eficacia constante, equilibrada y garantizadora del Estado de Derecho (social y democrático).

La existencia de los Estados jurídico-políticamente modernos es lo que también facilita y propicia el acogimiento de ese instituto tan valioso al equilibrio del Derecho Penal, en el sentido de que, cuando no se constata directamente la presencia del consentimiento en los Códigos penales, o entonces se lo apunta de modo insuficiente, su reconocimiento y aplicación “puede” darse a través de causas supraleales¹²³, que son una necesidad socio-política y una realidad jurídico-democrática.

¹²² *Ídem., supra*. En su exposición, MAURACH/ZIPF se refieren a Jescheck, aunque este otro autor germánico adopte una postura distinta respecto al consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito.

¹²³ Las causas supraleales no forman parte de nuestro objetivo específico de investigación. Empero, dada la importancia de éste *ítem*, consideramos interesante abordarlas, sin que eso sea motivo para distanciarnos del objeto de nuestro trabajo; por el contrario, constituyen un pilar importante para saber cuáles son los límites de todo razonamiento y propuesta jurídico-penal.

JIMÉNEZ DE ASÚA¹²⁴, con respecto al instituto jurídico de la supralegalidad, aunque específicamente justificante, y en una sola cita, criticando a los rigores del positivismo legal, se pronunció desde varias décadas en defensa de dicha supralegalidad, a partir de la teoría de las normas de BINDING, expresando que “no es posible rechazar, con un razonamiento político, la necesidad de abandonar el positivismo legal y de admitir la justificación supralegal”. Añade este autor que los positivistas legales no pueden aceptarla, por supuesto refiriéndose a la supralegalidad. Más allá, con relación a las ideas alemanas, JIMÉNEZ DE ASÚA da relieve a no creer “que, hoy en día, en que el Derecho asume un carácter social y en que quedan enterradas las concepciones del positivismo legalista, tan gratas a los liberales del siglo XIX, pueda oponerse nadie a las fórmulas supralecales, sobre todo después de lo escrito por RADBRUCH Y WELZEL¹²⁵.”

Dichas causas supralecales¹²⁶ son un tipo de guardianas expresivas de los Derechos Fundamentales cuando los sistemas jurídicos específicamente analizados -penal, por ejemplo- no contienen directamente determinadas previsiones de relieve jurídico y político con seguridad ni objetividad, olvidando o no adoptando dichas cautelas legislativas, resultando, verbigracia en este caso especial y formal del consentimiento, más limitado el marco infraconstitucional de la libertad ciudadana individual y privada, aunque constitucionalmente amparado.

Sobre las causas supralecales en el escenario penal, todavía creemos ser oportunos en mencionar que pueden encontrar su fundamento tanto en la consideración de normas extra-penales como en la relevante valoración jurídico-social positiva, que resulta de ciertos hechos -a partir de los principios generales del Derecho-, de la teoría de la auto-complementación del Ordenamiento Jurídico y de la unidad jurídica lógica de dicho Ordenamiento, los que, no obstante y acertadamente, exijan la labor de los científicos dentro del marco de sus límites que los permiten investigar y así, tomar posiciones en

¹²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofía y Ley penal. 3ª ed., actualizada. Buenos Aires, 1965, p. 1070.

¹²⁵ *Ibidem.*, *supra.*, p. 1071.

¹²⁶ Bajo el prisma de la supralegalidad justificante, entre otros muchos autores de igual valor analiza el tema QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* *Op. Cit.*, pp. 478 y 479.

toda su amplitud, siempre que el hecho real lo haga necesario y justificado. El consentimiento en ese marco es tan importante para imponerse jurídicamente en la sociedad que los ha generado y hecho expandirse a nivel de un reconocimiento benéfico con resultado legal, sea atípico o incluso raramente justificante, pero siempre bajo su previsión -directa o indirecta- y validez constitucional. Se deduce, entonces, que ni el dogmático, sobre todo, y tampoco el aplicador del Derecho, deben abandonar los límites del Ordenamiento Jurídico general en estos dos presupuestos, como una forma segura de garantía jurídica.

No obstante, observando desde el interior del ámbito separatista, hay también juristas que entienden como cierta la manifestación de los supuestos de justificación de la conducta en función de normas jurídicas no penales¹²⁷, a través del propio Derecho Penal positivo, desde la base formal –amplia- del artículo. 20.7 del CPE -el ejercicio legítimo de un derecho-, que acoge de manera genérica cualquier norma del Ordenamiento Jurídico, que de ese modo suministra en su conjunto fundamento a la posible justificación de la conducta¹²⁸. El mismo QUINTERO OLIVARES¹²⁹ hace hincapié en los principios generales del derecho y de la analogía -aunque *in bonam partem*-, que, aun cuando no encuentren asiento adecuado en dicho precepto originalmente justificante, pueden expresar su relevancia “en la medida en que afecten a la posibilidad de concretar un desvalor social”, es decir de otro modo que la sociedad lo valora positivamente, como “especie de fiador jurídico”, el comportamiento que se esté analizando.

En ese marco, consideramos que no se debe confundir el consentimiento con el ejercicio legítimo de un derecho¹³⁰ y tampoco el

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 478.

¹²⁸ *Ídem.*

¹²⁹ *Ibidem.*, *supra.*, pp. 478 y 479.

¹³⁰ Artículo 20.7, 2ª parte del CPE. El StGB –Código Penal alemán- no contiene el ejercicio legítimo de un derecho expresamente referido, aunque su reconocimiento, investigación y empleo por la doctrina y la jurisprudencia alemana resulta de la imponentia de su carácter suprallegal – art. 12 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana, de 23 de mayo de 1949- característica de los Estados de Derecho, a partir de los principios generales del Derecho, de la unidad de sus postulados y de la teoría de la complementación del Ordenamiento Jurídico. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON. Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p.497, apuntan que no se debe olvidar, al solventar cada caso, que

consentimiento presunto con el estado de necesidad¹³¹, que son causas legales de justificación. Se trata de institutos jurídicos distintos, a los que nos referiremos más adelante. También, respecto al cumplimiento de un deber¹³², y a la legítima defensa de la persona o derechos propios o ajenos¹³³, no contienen dichos institutos elementos cercanos al interés de esta investigación, ya que no dependen del consentimiento a que puedan ser reconocidos con eficacia jurídica, sino están sujetos a la necesidad de que el autor cumpla los deberes correspondientes a su cargo, oficio o profesión o a un conflicto de intereses, prevaleciendo el interés jurídicamente superior¹³⁴.

La propia supralegalidad atípica es algo que puede sonar un poco raro, inicialmente, pero es un mecanismo jurídico tangible en el ámbito del consentimiento bajo su aspecto general y de conformidad a la unicidad, a la auto-complementación del Ordenamiento y a sus principios generales.

Siendo la atipicidad en su forma más genérica la ausencia de actividad humana -positiva u omisa-, según el precepto penal legalmente descrito –es decir, con más amplia expresión: la observancia de no atentar en contra a la norma contenida, impuesta y vigente en él precepto de cualquier modo–, mientras tanto puede que en determinados presupuestos el autor actúe según dicho comportamiento teóricamente reprochable previsto en la Ley (conducta y tipicidad formal), sin que resulte una tipicidad completa (daños posibles de reproche jurídico), como ejemplo de supuestos en los que se emplea la teoría de la adecuación social pura.

Sin embargo, para que la tipicidad se concrete en el marco del consentimiento, es imprescindible que el objeto de dicha actividad humana sea igualmente un bien jurídicamente protegido. Resulta que, a causa de la

el fundamento justificante del consentimiento radica en que otorga un derecho a realizar el acto típico: en el Ordenamiento Penal español, como bien se sabe, el consentimiento opera sobre la exigente número 7 del artículo 20.

¹³¹ Artículo 20.5 del CPE y §34 del StGB. Señalamos esto, con ciertas reservas y en principio, pues durante el desarrollo de la presente investigación haremos alusión a la posible atipicidad que puede representar el consentimiento presunto en casos concretos suscitados en la actividad sanitaria.

¹³² Artículo 20.7, 1ª parte del CPE. El StGB tampoco contiene referencia expresa respecto a dicha causa de justificación. No obstante su tratamiento ocurre del mismo modo y por idénticas razones que las del ejercicio legítimo de un derecho, previamente enfocadas.

¹³³ Artículo 20.4 del CPE, 32 y 33 del StGB.

¹³⁴ En este sentido, por ejemplo, *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 521 y 522.

mediación del consentimiento auténtico válido y eficaz, el que cambia la condición de bien jurídico para objeto del hecho, no acaece cualquier actividad o conducta humana donde se pueda apuntar menoscabo -amenaza o lesión- a dicho bien jurídico, sino al objeto del hecho en aquel caso. Así, sin que resulte menoscabado un bien jurídicamente protegido, no hay comportamiento típico atendido por el autor, incluso desde su aspecto formal. Ello tanto puede sobrevenir desde una regla de Derecho específica y formalizada para una determinada situación -el caso de los trasplantes (lesiones) en Derecho Penal español, por ejemplo., que tampoco impide consideraciones dogmáticas de supralegalidad para ubicarlo en el ámbito de la atipicidad- como desde otras reglas jurídicas más amplias e incluso directamente supralegales -el supuesto de la libertad individual para que, bajo el consentimiento, el autor impida al titular del bien moverse físicamente con plena libertad, mientras estudia para una oposición al día siguiente, v.g.-, aunque necesariamente dentro del marco del Derecho y, en nuestro estudio, destacadamente de la Ciencia Penal, con evidente base constitucional. Entonces, si el agente ni siquiera actúa de conformidad al comportamiento efectivamente descrito en la Ley -formal-, impidiendo así que se configure la primera de las formas de tipicidad -la formal- debido a la interferencia de un factor externo con índole personal interna a las previsiones para aquel hecho, esto hace el tipo de injusto inexistente y resulta patente el desinterés del Derecho Penal, a causa de dicho fallo elemental e inicial.

Así, algunas son las causas generales -y no directamente previstas, en parte dentro de la Ley- que “pueden” -es cuestionable- fundamentar la atipicidad, como por ejemplo la adecuación social, y el propio consentimiento, que interfiere ya en el propio comportamiento formal, lo que es visto bajo una expresiva y reconocida justa manifestación monista de la voluntad libre de la persona -desarrollando su personalidad y reconociendo el valor de su dignidad), incluso, cuando sea necesario, por encima de las reglas de Derecho inferiores, desde la supremacía de los preceptos constitucionales a los que deben aquellas adaptarse, y cuyos efectos impiden cualquier daño o amenaza al bien jurídico, a *contrario sensu* de lo que mantienen los seguidores del pensamiento dualista. Hay un menoscabo resultante, lo reiteramos, sin

embargo al objeto del hecho tras la mediación del consentimiento, y no a un bien jurídico. Se deduce que lo que es comúnmente un bien jurídico, lo es en otras circunstancias que no sean esas donde la expresión de la voluntad -en dichos casos envuelta en soberanía- del titular del bien contiene el poder legítimo y jurídico para cambiar la concepción y el significado de ese bien al consentir, alejando por completo el interés penal.

Además, si hoy por hoy el Estado social y democrático de Derecho aún no es efectivamente el modelo político y jurídico ideal -y muy difícilmente habría de serlo bajo la histórica realidad mundial- a que se pueda alcanzar de hecho la amplitud de su concepto teórico, ni expandirlo a lo que se refiere y necesita el avance real que propone su fórmula política, ello es lo mejor que tenemos, y desde entonces es de nuestra responsabilidad, de los que creemos en sus fundamentos y sabemos de su valor jurídico, social, democrático, político, humano, cultural, emprender esfuerzos perennes a su mejoramiento y desarrollo, sin permitirnos acomodar a las improductivas y perjudiciales críticas de los que sólo critican por criticar, a menudo incapaces que son de realizar algo verdaderamente provechoso en beneficio de los demás y de sí propios.

2. Delimitación conceptual

El consentimiento en su forma más pura implica la necesidad de comprender una serie de elementos¹³⁵ que deben distinguirlo, y consecuentemente a una variación más estructural y rigurosa de su concepto, sin los cuales él no puede existir, válida y eficazmente, sobretodo como causa excluyente de tipicidad. Componen, pues, dicho instrumento de expresión y

¹³⁵ Evidentemente, parte de la doctrina global aborda con vigor este asunto específico del consentimiento. Desde ahora, y entre muchas otras, destacamos algunas referencias de España y Alemania: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 509-510.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, pp. 14-18. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General. 7ª ed.* Revisada y puesta al día. Valencia, 2007, p. 342-345. Adelantamos que, la postura que mantienen respecto a la figura del asentimiento, es la de ubicarlo a este como una causa de justificación. *Ibidem.*, p. 342 *in fine*. SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª ed.* Barcelona, 1990, pp. 578 y 579; JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 409-412. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 290 y ss; ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 526-542.

libertad ciudadana tanto aspectos elementales como exigencias inseparables de carácter subjetivo y objetivo.

Sobre el consentimiento auténtico, puede decirse que se trata del derecho y del poder que la persona tiene para expresar libremente su propia voluntad, renunciando, total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio, los cuales se tornan meros objetos de menoscabo, siendo imprescindible que dicho comportamiento esté de conformidad al Ordenamiento Jurídico vigente, alejando así el interés penal en una situación que sería típica sin la mediación de ese asentimiento. A nuestro juicio ello significa un concepto valorativo directo que representa con seguridad el relieve del instituto dentro del ámbito de la Ciencia Constitucional y Penal, sobre todo, destacando su importancia axiológico-monista hacia sus desdoblamientos en el marco de la actividad jurídica material y procesal respectiva. Dicho concepto, mientras apunta a la valoración de la condición humana, con el desarrollo de la personalidad y el relieve a la dignidad del individuo, atrae para sí el respeto de que no debe olvidarse el legislador, ni tampoco el jurista en general, dentro del marco de la garantía jurídica.

Consideramos importante plantear, aunque ya se pueda tener como deducible, que toda teoría dedicada a la investigación, genérica o específica, del consentimiento hacia sus efectos atípicos, “debe estar fijada” en el consentimiento real, concreto, alejada del consentimiento presunto¹³⁶.

Ahora bien, afirmando y reiterando la importancia y las características estructurales del consentimiento¹³⁷ con validez y eficacia en la Ciencia Penal,

¹³⁶ Se puede considerar que este tipo de consentimiento –consentimiento presunto- se trata de una suposición -y por lo tanto no expresa una voluntad real del titular del derecho- no obstante basada en un hecho concreto(v.g., alguien que muere y sus familiares o representante donan sus órganos, a partir de la comprensión de que sería este el deseo del difunto, al que se le conocía por su personalidad humanista) y con su propio e indiscutible valor jurídico e importancia social como causa de justificación. No obstante pueden existir excepciones concretas. Como más adelante apuntaremos en la presente investigación.

¹³⁷ Recordamos que aquí no se trata de conceptuar al acuerdo y al consentimiento aisladamente, sino al consentimiento como un todo. De conformidad a la *postura monista a que nos adherimos*, la distinción entre los dos institutos no se presenta con la misma importancia como la refieren los dualistas, a razón de que genéricamente parten, ambos, del relieve

tratamos en este momento de la perspectiva complementaria y armónica de otro concepto hacia el mismo fin atípico y de relieve humano del titular del bien, es decir, más detallista y elemental, abarcador de sus requisitos que creemos esenciales en la actualidad, como la capacidad con voluntad natural o el discernimiento mínimo o satisfactorio, a depender de la hipótesis, que posee el titular del bien jurídico originalmente protegido, y no obstante disponible para, sin vicio impeditivo y *ex ante facto*, manifestando su intención de modo por mínimo perceptible, y bajo conocimiento razonable del autor, solicitar o autorizar, directamente o por representante legal con determinación específica y en principio expresa, que tercera persona le haga algo determinado, como una patente renuncia a la protección penal del propio bien jurídico, lo que en otras condiciones constituiría una infracción legal, pero en ese caso actúa en el tipo como obvia causa de atipicidad.

Por otra parte, como ha expuesto QUINTERO OLIVARES¹³⁸, sería un absurdo manifestar extrañeza porque la teoría del delito no sea hoy, ni en aproximación, la misma que hace cuarenta años ni tampoco una sola teoría; y afirmar lo mismo en lo que respecta a la evolución del consentimiento -bajo las debidas proporciones-, que experimenta momentos históricos de fuerte desarrollo estructural y más segura ubicación jurídica, es una verdad muy presente y creciente en nuestra sociedad jurídico-penal.

Sobre lo anterior, hay que poner de relieve a la teoría del consentimiento como un método de razonamiento desarrollado a partir de principios, es decir, también bajo una estructura seguramente dialéctica. Desde esta perspectiva, merece referirse a NEWDICK¹³⁹, cuando recuerda que el consentimiento, como un comportamiento, es el resultado de un proceso dialéctico entre el individuo y la sociedad. Dicho proceso incluye las necesidades, los deseos y las creencias del individuo, las estructuras de poder de la sociedad, que restringe y modela

valorativo de la libertad de acción y expresión de la voluntad del titular del bien jurídico disponible, significando el propio desarrollo de su personalidad y la valoración de su dignidad como persona, alejando el Derecho Penal y concluyendo por la atipicidad de la conducta, aparentando una trilogía terminológica sencilla pero de variaciones complejas.

¹³⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “¿A dónde va... Op. Cit., p. 125.

¹³⁹ NEWDICK, Douglas. “Poder y Consentimiento”. Disponible en, <http://dftuz.unizgr.es/a/files/anarq.th/95003.htm>

su formación, y las estructuras de poder que restringen las opciones disponibles.

El pensamiento jurídico de los tiempos anteriores sólo disponía del consentimiento en sentido estricto en el marco del Derecho Penal, y como causa única de justificación¹⁴⁰ -período unitario con actuación de la causa dentro del Derecho-. Sin embargo, tras conocer, comprender y adoptar dicho pensamiento jurídico la modalidad de acuerdo -inicio del período dual-, como instrumento jurídico coexistente de acción en el tipo -excluyendo el Derecho-, a través de las ideas de GEERDS, el consentimiento avanzó hacia nuestros días, inicialmente bajo esas dos modalidades de autorización del titular del bien jurídico en su sentido global.

Expuesto lo que precede y entrando en materia, podemos decir que, es frecuente en la doctrina, fundamentalmente alemana¹⁴¹ aunque con una incidencia cada vez mayor en la española, el puntualizar una diferencia desde una perspectiva de definición coyuntural entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto¹⁴²; distinción que va a tener notable incidencia en la naturaleza que se le otorgue a esta figura jurídica y a su ubicación sistemática¹⁴³.

¹⁴⁰ Ilícitud o antijuridicidad e injusto son términos utilizados con frecuencia como expresiones jurídicas sinónimas. Sin embargo hay una sutil distinción que viene adoptando la doctrina. Así *ilícitud* y *antijuridicidad* significan la cualidad de la conducta humana en sentido contrario a la norma legal (un predicado), mientras *injusto* significa el propio comportamiento humano ya valorado como antijurídico (un sustantivo). Representan una especie de secuencia: el acto ilícito, primeramente, que se valora en una segunda etapa como *injusto*, cuando no hay causa de justificación. Se deduce que toda conducta injusta es siempre antijurídica, pero no todo ilícito es injusto. Sobre este tema, *Vid. v.g., MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal... Op. Cit., p. 300; ARIEL DOTTI, René. Curso... Op. Cit., pp. 246 y 247.*

¹⁴¹ Entre muchos otros: GEERDS, Friedrich. "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht". En, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1954, pp. 262 y ss. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit., pp. 512 y ss.* JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit., pp. 399 y ss.* JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida, Madrid, 1997, pp. 288 y ss.

¹⁴² Fue Geerds, el primero en mantener la necesidad de distinguir dos injustos jurídicos independientes dentro del fenómeno de la voluntad aquiescente del lesionado, dicho autor alemán pretendió diferenciar el *Einwilligung* o consentimiento excluyente de la antijuridicidad de la acción típica de lo que le denomina *Einverständnis* o consentimiento excluyente de la tipicidad o acuerdo. *Vid. GEERDS, Friedrich. "Einwilligung... Op. Cit., pp. 262 y ss.* Ciertamente que en el idioma español a diferencia del alemán, la distinción desde el punto de vista terminológico

Dicho lo anterior, -y denotando la ligera importancia que tiene hacer referencia a la distinción entre acuerdo y consentimiento para la postura unitaria de la cual somos partidarios- pensamos que no hay que perder de vista lo que afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁴⁴, matizando que, si se defiende que el consentimiento opera, en todo caso, a nivel de la tipicidad, esta distinción entre acuerdo y consentimiento pierde en gran medida su razón de ser.

De la misma forma se manifiesta DE LA GANDARA VALLEJO¹⁴⁵, cuando hace una crítica a la teoría de GEERDS haciendo alusión a la “superflua” existencia de la misma, considerando que los mismos argumentos aplicables para el consentimiento los son también respecto del acuerdo. Empero, -y sin perjuicio de que nosotros seamos partidarios de esa concepción-, a nuestro juicio, es conveniente partir de dicha diferenciación para

no es excesivamente convincente, pero sin embargo si resulta adecuada en el orden expositivo.

¹⁴³ En la doctrina alemana, afirma Roxin, que esta concepción tan clara y resuelta en sus diferenciaciones sistemáticas y reales ha entrado en la discusión moderna en el fuego cruzado de una crítica que surge de dos partes. Una opinión en expansión niega la diferenciación sistemática de acuerdo y consentimiento y atribuye a toda aprobación eficaz del portador del bien jurídico el efecto excluyente del tipo. Si se acepta esto, no proceden entonces, en primer lugar, las distinciones prácticas entre acuerdo y consentimiento que se basan en premisas sistemáticas discrepantes. Bien es cierto que las diferenciaciones restantes no se excluyen como consecuencia del mismo tratamiento sistemático de acuerdo y consentimiento, pero desde luego se relativizan; pues es difícil comprender por qué un beneplácito igualmente excluyente del tipo debe estar vinculado en su eficacia a presupuestos de tal modo contradictorios. Y efectivamente, la segunda posición de la nueva crítica pone en duda, desde un principio, la rigurosa bisección en los presupuestos de la eficacia. Ciertamente, sigue aferrada a la distinción entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como a las consecuencias sistemáticas derivadas directamente de ello, pero piensa que, por lo menos para el acuerdo, no se pueden hacer declaraciones generales sobre los presupuestos de su eficacia, sino que esto hay que determinarlo de forma diferenciadora según la especial estructura del tipo correspondiente. *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 516.

¹⁴⁴ *Vid.*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 6.

¹⁴⁵ Esta autora asegura que no hay un criterio dogmáticamente válido para conformar un instituto jurídico independiente denominado acuerdo, ya que con el mismo lo único que se conformaría sería una especie de cajón de sastre en el cual se incluirían una serie de casos que no tienen más denominador común que el de tratarse de problemas de subsunción referidos a la modalidad de acción, cuya solución dependerá de la interpretación que en cada caso se haga de los elementos del tipo objetivo completamente diversos entre sí. Además, afirma que, estos problemas de subsunción serían distintos y previos a los problemas que ofrecen los verdaderos casos de consentimiento, los cuales poseen un significado normativo del que carecen aquellos. *Cfr.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, pp. 76 y 105.

lograr, de esa manera, una más sencilla y completa exposición de la problemática que el tema del consentimiento encierra, así como para poder obtener una mejor visión de las teorías que los diversos autores han mantenido respecto al mismo y, de esta forma, por consiguiente, indicar en qué grupo de supuestos existe mayor discrepancia doctrinal.

Puesta de manifiesto la necesidad que existe de diferenciar -para efectos sistemáticos- entre *acuerdo* y *consentimiento* nos encontramos que, *el primero*¹⁴⁶ –es decir, el acuerdo, y consentimiento en su modalidad más simple para una óptica unificadora- supone que la acción típica ya encierra un obrar contra o sin la voluntad de la víctima marcada por el propio tipo, de manera directa o indirecta, y en consecuencia, si existe la aquiescencia de éste, no se dará alteración ninguna, puesto que la conducta del sujeto se transforma en un suceso normal de la vida en comunidad y, por tanto, en principio, atípico¹⁴⁷. Múltiples son los ejemplos de esta forma de concebir el consentimiento en el Derecho Positivo penal español. Así, el artículo 172 referido a las coacciones menciona, al que compeliere a otro a efectuar lo que no quiere –evidentemente si está de acuerdo con la pretensión del otro no habrá coacción alguna- , el 202 referido al allanamiento de morada, requiere, para que se de el tipo, que se actúe contra la voluntad de su morador -es obvio que si un individuo es invitado por otro a cenar en su casa, no hay posibilidad alguna de aplicarle semejante tipología-, el 234, hurto, exige que se obre sin la voluntad de su dueño –una mujer toma el vestido de su amiga con la que comparte el piso para venderlo

¹⁴⁶ Cabe apuntar, que de manera distinta al acuerdo, el consentimiento de los separatistas actúa no en el ámbito de la tipicidad, sino de la antijuridicidad, es decir, también como instrumento legal de defensa para determinadas expresiones ciudadanas, de lo que resultan efectos prácticos que no son los mismos de una causa de atipicidad. Así, el consentimiento en sentido estricto justifica la conducta humana y excluye la responsabilidad penal del autor, pero considerando relevante el comportamiento en lo que se refiere a mantener la tipicidad, ya que para este punto de vista la lesión hacia al bien protegido permanece.

¹⁴⁷ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 200. En palabras de Jescheck, estos supuestos consisten en una contradicción de la voluntad del ofendido que viene a ser una circunstancia fundamentadora del injusto de la correspondiente figura de delito. En el caso de que el afectado este de acuerdo la acción punible se convierte en un suceso normal dentro del marco de un orden social establecido. Penalmente, esto significa que en estos casos ante la aprobación, el hecho no se conforma como parte del injusto típico y que de este modo tampoco existe una acción típica. Es a este supuesto al que se le denomina *acuerdo*. Vid. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 400.

con la voluntad de ésta, a pesar de que lo hace con ánimo de lucro no realiza el tipo citado-. Otras veces, sin decirlo expresamente la norma penal demanda necesariamente para que se produzca la conducta típica la falta de aceptación del sujeto, hay una petición implícita. De esta manera, el delito de detenciones ilegales del artículo 163, el particular que encerrare o detuviere a otro –si lo hace con la aceptación de éste no existe delito alguno ya que el bien jurídico libertad no se ve afectado-, o el de abusos sexuales del artículo 181 cuando se realizan con el acuerdo libre de la otra parte, la conducta será atípica, excepto que el sujeto pasivo sea menor de trece años, o que se halle privado de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. En todas estas hipótesis es denominador común que no se produce lesión del bien jurídico protegido y que el Código Penal tiene en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo. Su presencia dará lugar a una acción de la vida social y carente de significación para el Ordenamiento Penal. No es preciso recurrir a causas de justificación, ni de inculpabilidad, para eludir la pena, por cuanto la presencia del consentimiento opera a nivel de la tipicidad. El consentimiento es relevante desde el momento en que su concurrencia da lugar a la atipicidad del hecho¹⁴⁸.

Ante las ideas anteriormente expuestas, estimamos interesante enunciar la reflexión que realiza JAKOBS en relación con la figura del acuerdo, donde señala que éste es más que un soportar consciente¹⁴⁹. Aunado a lo precedente, asienta que, en definitiva, puede haber dos motivos distintos para el efecto excluyente del tipo propio del acuerdo. Por una parte, se trata del abandono de un bien basado en una voluntad digna de respeto; este acuerdo surte efecto en virtud del contenido de la libre discrecionalidad. Por otra parte se trata de que se quiera una situación a la que pertenece necesariamente el abandono del bien. La significación práctica de este último grupo de supuestos no reside en el acuerdo, sino en el consentimiento excluyente del tipo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 7.

¹⁴⁹ Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 292 y ss. Aquí, el Catedrático alemán cita una serie de ejemplos donde nos permite entender la amplitud que desea otorgarle a la figura del acuerdo dentro del Ordenamiento Penal.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 293.

En el *segundo* la situación es diferente. En tales hipótesis hay consentimiento del sujeto pero asimismo se da una lesión al bien jurídico protegido por lo que, con tal comportamiento la conculcación de aquél no desaparece, aunque puede estar justificada jurídicamente por la presencia de dicho consentimiento¹⁵¹. Dicho con otras palabras, aquí el consentimiento excluye la antijuridicidad del hecho¹⁵². Los ejemplos que suele utilizar la doctrina, que se manifiesta en semejante línea, están dirigidos en esencia a las lesiones y a los daños, cuando el bien jurídicamente protegido es disponible, cuestión que, como veremos durante el desarrollo de la investigación, no siempre sucede¹⁵³. En estos, si una persona acepta que otro dañe su propiedad, el consentimiento no evita que dicha cosa quede menoscabada y el patrimonio lesionado. Parecido acontece en aquéllas, la lesión a la integridad física o de la salud no desaparece porque haya consentimiento, pero su presencia lleva a la exclusión de la responsabilidad criminal –se pone como concreción de tal afirmación, cuestión discutible como más adelante veremos, el consentimiento para una operación de cirugía estética, que no esté amparada por un estado de necesidad justificante-¹⁵⁴.

¹⁵¹ Jescheck/Weigend, señalan que en ciertas disposiciones penales el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición. Aquí, la doctrina mayoritaria en Alemania denomina a estos casos: consentimiento, y trata la conformidad como una causa de justificación, pues aquí no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello. *Vid.*, JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 400.

¹⁵² En la misma línea, Geerds afirma que su esencia como causa de exclusión de la antijuridicidad reside en el hecho de que el consentimiento elimina del hecho, la grave inmoralidad que de lo contrario normalmente le acompaña, si bien admite que es posible hablar de una renuncia a la protección jurídica, cuya eficacia está reconocida consuetudinariamente. *Cfr.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 75.

¹⁵³ En este sentido, el consentimiento respecto de bienes jurídicos disponibles, actúa, en todo caso, a nivel de tipicidad, por lo que el examen de los tipos resulta innecesario, salvo en lo que se refiere a la determinación de la disponibilidad del bien jurídico de que se trate y los requisitos –por ejemplo, en orden a la capacidad de disponer- que al respecto pueda haber sido expresamente recogidos en el tipo. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 7.

¹⁵⁴ En una óptica similar, *Vid.*, JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 401-402. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 504.

Como convenientemente afirma el Catedrático granadino MORILLAS CUEVA, la principal diferencia entre ambos grupos, si se admite su existencia, está en esencia, en la forma de afectación del bien jurídico protegido¹⁵⁵. En el acuerdo la aceptación del sujeto pasivo elimina toda lesión al bien en cuestión, mientras que en el consentimiento, en su significación estricta, la conformidad de aquél excluye la responsabilidad pero existe dicha lesión pues junto al poder de disposición sobre el bien jurídico se sitúa un valor jurídicamente protegido¹⁵⁶. La dogmática española no es especialmente receptiva a esta terminología, aunque, en muchos casos, termina por aceptar sus contenidos bajo la denominación genérica de consentimiento con diversas variables.

En la misma línea que MORILLAS CUEVA encontramos las reflexiones que realiza DE LA GANDARA VALLEJO y quien por cierto tiene una gran duda sobre una posible existencia que denote discrepancia entre acuerdo y

¹⁵⁵ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., p. 201.

¹⁵⁶ Roxin amplía mucho más el contenido de las diferencias entre ambos, resumidos en seis apartados, que de acuerdo a Morillas Cueva, son verdaderamente discutibles algunos de ellos, en el tratamiento práctico de los casos en relación a la naturaleza fáctica del acuerdo o carácter *jurídico* del consentimiento, o de la diferente ubicación de ambas figuras: a) En el acuerdo se trataría únicamente de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior a través de palabras o de acciones; b) El acuerdo presupondría para su eficacia solo la voluntad de la víctima, incluso cuando a éstas le falte la capacidad de comprensión, por su edad juvenil o por una perturbación mental, el consentimiento tiene como presupuesto para su eficacia el goce del juicio y equilibrio mental, necesarios para comprender el alcance de su manifestación –esta apreciación, según Morillas Cueva la considera discutible porque supuestos, como los abusos sexuales saldrían del primer apartado para entenderse como consentimiento en sentido estricto, o los propios ejemplos que plantea el autor alemán, así, por señalar uno, raptó de un enfermo mental concurriendo su voluntad natural-; c) Los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo pero harían ineficaz el consentimiento –no deja de ser rebatible esta afirmación, dependiendo de la posición sistemática que se siga y del alcance real del consentimiento en sentido amplio-; d) Si se reconoce una idea jurídica general, como en las lesiones, el consentimiento únicamente será válido para el estricto no para el acuerdo; e) Discrepancias, asimismo, en los casos en los que el autor desconozca la aprobación efectiva por parte del sujeto pasivo de su conducta, pues habrá en los casos de acuerdo una tentativa ya que no se realiza el tipo objetivo y, en consecuencia, el dolo delictivo del autor se dirige a un objeto inidóneo, mientras que en las lesiones o daños, como muestra del consentimiento estricto se puede llegar a la aceptación de un delito consumado ya que se da el resultado típico y el dolo delictivo del autor dirigido a su realización; f) Semejante afirmación se puede hacer de la suposición errónea de una aprobación inexistente, pues si se afecta a un acuerdo afecta el dolo, si es el consentimiento estricto yerra sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación –estas dos últimas amparadas en la diferente ubicación sistemática de ambas figuras, presentan en ello mismo su propia debilidad-. ROXIN, Claus. “Acerca del consentimiento en el Derecho Penal”. En, *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, 2007, pp. 263-268.

consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito¹⁵⁷. Está última, al analizar la teoría de GEERDS y JAKOBS respecto del tema en comento, llega a la conclusión de que la distinción parece sumamente incierta. Afirma que, en realidad lo único que vienen a demostrar las particularidades señaladas respecto del acuerdo es que no resulta posible señalar una serie de requisitos generales de eficacia para todos los supuestos de consentimiento, sino que en esta materia habrá que estar a lo que establezcan las disposiciones de la parte especial en cada caso. Por consiguiente, si se llega a demostrar que la función que desempeñan en la teoría del delito, tanto el acuerdo como el consentimiento es la misma, resultaría ilógico mantener la distinción entre los institutos jurídicos como independientes, imponiéndose la conclusión de que todos los problemas ligados con el fenómeno de la voluntad aquiescente del lesionado deben unificarse en un único instituto del consentimiento¹⁵⁸.

3. Naturaleza

Sobre una información inicial en este tópico -aunque antes señalada-, con respecto a los supuestos considerados dentro del marco de la clasificación del acuerdo, la cuestión dogmática se puede decir pacífica. No hay desacuerdo propiamente en la doctrina de los sistemas, al menos jurídico-democráticos actuales, sobre el trato de dicho instituto científico-penal como una causa de atipicidad¹⁵⁹. Empero, lamentablemente no se puede decir lo mismo en lo que

¹⁵⁷ A pesar de la duda sostenida por la autora -y, afirmar que al igual que el acuerdo, el consentimiento también actúa excluyendo la realización del tipo objetivo y que ambas figuras deban hallar asiento dentro de la misma categoría de delito-, no es óbice para expresar la necesidad de distinguir entre dos institutos jurídicos independientes, acuerdo y consentimiento, que servirán para canalizar, cada uno de forma distinta, la eficacia excluyente de la tipicidad que despliega la aquiescencia del titular del bien jurídico afectado. Esto lo demuestra la posición defendida por Schmidhäuser, el cual a pesar de reconocer eficacia excluyente de la tipicidad al consentimiento, no renuncia a distinguirlo del acuerdo, basando la necesidad de mantener la susodicha distinción en una línea argumental que conducirá a reforzar la idea de que en los casos de acuerdo está excluida de antemano una lesión típica del bien jurídico y que, por consiguiente, no hace falta formular la cuestión tan debatida a cerca de la función del consentimiento. Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht... Op. Cit.*, pp. 87 y ss.

¹⁵⁸ DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 82.

¹⁵⁹ En esta tesitura del texto *Vid.*, a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 505, *in fine*; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p.8; JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.* pp. 399 y 400; ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 512; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 289 y 290.

al consentimiento en sentido estricto se refiere, pues ahí residen fuertes divergencias dogmático-doctrinales y político-criminales acerca de su naturaleza.

Ahora bien, abordando la ubicación dogmática, ¿exactamente en cuál de los elementos integrantes del delito, en el ámbito de su teoría, el que se nombra consentimiento en sentido estricto neutraliza el avance del comportamiento formalmente reprochable e impide el ejercicio del *ius puniendi* del Estado? ¿Desde luego en la tipicidad, en la antijuridicidad o en ambas? Sí decimos que en la tipicidad, el primero y más significativo de los elementos secuenciales formadores del delito, seguramente impedirá más eficazmente y de pronto a la propia imputación objetiva penal, lo que externa una inmediata característica procesal, de tranquilidad y protección manifiesta al autor. Sí, por otra parte se decanta por decir que es en la antijuridicidad, la presencia anterior de la tipicidad puede marcar una posibilidad muy concreta de imputación, aunque resulte justificada, apuntando a una etapa procesal más constante. Ello es una cuestión de enormes preocupaciones doctrinarias, importante interés jurisprudencial y relevantes discusiones científico-jurídicas, además de interesantes argumentaciones en la actualidad, donde no hay un pensamiento unánime respecto a tan apasionante tema penal.

Son dos las teorías más pujantes que reclaman para sí la fórmula jurídica de correcta ubicación del consentimiento dentro del marco de la teoría del delito. Ambas contienen argumentos muy fuertes, sin embargo no equivalentes, cuestión que mantiene latente el amplio debate doctrinal al respecto. No obstante a lo largo de estas líneas hemos venido manifestándonos en cuál de las dos teorías nos ubicamos y los motivos de dicha decisión.

Íntimamente relacionado con lo anteriormente expuesto hay que situar la propia naturaleza del consentimiento. El intenso debate propiciado por la doctrina alemana sobre la distinción entre acuerdo y consentimiento se proyecta con no menos profundidad en la posición del consentimiento de la teoría jurídica del delito, cuestión ésta que, obviamente, no es baladí sino que

conlleva decisiones conceptuales importantes. La inicial propuesta de estimarlo, en todo caso, como una causa de justificación está perdiendo fuerza expansiva que tenía en antaño. Actualmente no ofrece excesivas dudas incluir los contenidos que se han desarrollado para el acuerdo –se participe o no de su terminología y aceptación conceptual- como una variedad de atipicidad de la conducta realizada¹⁶⁰. El problema fundamental, entonces, se encuentra en las hipótesis agrupadas bajo la determinación de consentimiento en *stricto sensu* que para algunos ha de situarse igualmente en la ausencia de tipicidad y, para otros, parece que mayoritarios, en la exclusión de la antijuridicidad¹⁶¹.

Sobre este debate LÓPEZ BARJA DE QUIROGA deduce que esta discrepancia doctrinal en torno a los efectos del consentimiento –en un caso exclusión de la tipicidad y en otro de la antijuridicidad-, radica en el distinto concepto de bien jurídico que se mantenga y sus posibilidades de disposición por los particulares, lo que se encuentra íntimamente unido a la decisión sobre quien sea el titular del bien jurídico¹⁶².

¹⁶⁰ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 202.

¹⁶¹ Al respecto Mir Puig explica que, la consideración de la conformidad del afectado como causa que impide la realización del tipo o, por el contrario, como causa de justificación, depende del criterio que se maneje para distinguir el tipo y las causas de justificación. En su obra de Derecho Penal. Parte General, se parte de que existe una diferencia sustancial y funcional entre aquellos elementos que *fundamentan* positivamente el injusto y aquellos otros que lo excluyen. Mientras los primeros expresan el ataque al bien jurídico especialmente tutelado, los segundos no lo hacen desaparecer, sino que únicamente lo permiten. Sólo estos últimos dan lugar a *causas de justificación*, las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan una lesión imputable del bien jurídico. Cuando lo que falte sea esta lesión imputable, no deberá hablarse de causas de justificación, sino de ausencia de tipicidad específica descrita como regla en la Parte Especial. Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 500. En este mismo sentido nos parece interesante resaltar que, como bien dice Quintero Olivares, es una labor compleja aceptar el efecto justificante del consentimiento (por ejemplo, quien acepta que otro cierre con llave la única puerta de salida no está justificando la detención ilegal, sino haciendo algo ajeno al Derecho), y otras veces la Ley hace expresa, mención a la concurrencia del consentimiento *a priori*, el legislador ha imaginado que pueden darse problemas difíciles según el modo en que ese consentimiento concorra (por ejemplo, en el allanamiento de morada). QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 480.

¹⁶² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 10.

Como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE¹⁶³ la teoría del bien jurídico distingue entre bienes individuales (vida, libertad, salud, propiedad, etcétera) y bienes jurídicos universales (seguridad del Estado, administración de justicia, orden económico, seguridad de tráfico, entre otros). Para las teorías monistas, el bien jurídico, o bien se le concibe desde el punto de vista del Estado, o bien se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo¹⁶⁴. Consideramos que, adoptar esta última posición, significaría estar más acorde con los principios constitucionales, implica pues, dar una mayor amplitud a la capacidad de disposición del individuo respecto del bien jurídico y otorgar una mayor incidencia a los efectos que el consentimiento ha de producir.

En concordancia con lo expuesto previamente, la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles adquiere verdadera relevancia. Desde esta óptica, la capacidad de disposición sobre los bienes jurídicos se amplía y el abanico de bienes jurídicos disponibles puede llegar a abarcar la propia vida¹⁶⁵. Por esta razón y bajo dicha concepción, una parte de la doctrina cada vez mayor, considera que el consentimiento afecta a nivel de la tipicidad¹⁶⁶. En efecto, pues se estima que el bien jurídico se integra por la capacidad de disposición del sujeto.

Teniendo en consideración éstas dos posturas que giran en torno a la ubicación del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito –sobre las cuales abundaremos más adelante dentro de este trabajo-, y el debate doctrinal que hasta nuestros días se sigue sosteniendo, es menester adelantar, que nosotros nos inclinamos por pensar que el consentimiento, cuando es eficaz, siempre excluye la propia tipicidad por desaparición del objeto de tutela, que

¹⁶³ Vid. HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1989, p. 107.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 108.

¹⁶⁵ Sobre la cuestión de la capacidad de disposición de la vida y las distintas teorías que al respecto se manejan, así como los límites que la Constitución permite, véase. DEL ROSAL BLASCO: “La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal”. En, *ADPCP*, I/1987, pp. 73 y ss.

¹⁶⁶ Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento...* Op. Cit., p.10

consistiría en la libertad de disposición del sujeto sobre determinado objeto o el valor que dicho objeto tiene para su titular. Lo anterior conquista mayor fuerza cuando hablamos de la actividad médica, cuestión que ahora ocupa nuestra atención, esto, porque como en líneas posteriores explicaremos, permite al personal sanitario obrar con mayor seguridad en su profesión y certeza jurídica en el ejercicio de aquella, donde en última instancia –y que es uno de los objetivos de mantener esta postura- los más beneficiados serán los destinatarios de los servicios de salud, por todos los problemas que se suprimen y las grandes ventajas que se proyectan en dicho escenario al permitir al galeno “despreocuparse” por las posibles demandas en que se puede involucrar consecuencia de su actuación, teniendo en cuenta que están de por medio dos de los bienes jurídicos de mayor relevancia en materia penal: la vida y la salud, y, que en muchas ocasiones a pesar de obrar conforme a la reglas de la *lex artis*¹⁶⁷ acaecen sucesos inherentes a la aguda y compleja particularidad de cada ser humano, que sin más, están fuera de su alcance.

Merced de lo anteriormente esgrimido, se decantan, dos líneas de comprensión: una unitaria, otra, basada en la diferencia.

3.1. Teoría unitaria o monista

En cuanto a esta teoría se refiere, podemos mencionar que consta de un planteamiento que cada vez gana más partidarios¹⁶⁸. Coinciden básicamente

¹⁶⁷ Como se ha hecho alusión, se entiende por *lex artis* el conjunto de reglas o principios que disciplinan el correcto ejercicio de cualquier arte u oficio, o, si se quiere, la observancia de las reglas propias de la profesión. Cfr. GIMÉNEZ CANDELA, Teresa. “Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada. En, *Revista de Derecho Patrimonial*. Número 17, 2006, p. 70. En este artículo la autora, realiza un elenco de dichos significados. Así, alude a la *lex artis* como: 1. Suma de conocimientos de la especialidad del médico; 2. Estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones; 3. Pautas de actuación del profesional médico sanitario; 4. Suma de obligaciones que deben cumplirse por el médico en su calificada actividad de galeno; 5. Traslación del concepto de diligencia contenido en el artículo 1104 del Código Civil español; 6. Elemento integrador del deber de información del facultativo; 7. Presupuesto del consentimiento informado.

¹⁶⁸ Javier de Vicente Remesal –que se decanta por la teoría unitaria- rechaza la teoría de la diferenciación más que por la convicción de los propios argumentos de los partidarios de la teoría unitaria por la deficiencia de los contrarios. Matiza que, prueba clara de ellos es que la parte de la doctrina actual que sigue admitiendo la teoría dualista no acepta dicha diferenciación entre consentimiento y acuerdo ante la imposibilidad de establecer con carácter

en la defensa del consentimiento en general como causa de exclusión de la tipicidad. Ello deriva en un alejamiento de los postulados sostenedores de la radical diferenciación entre acuerdo y consentimiento, abocada, en todo caso, a una distinción dentro de un mismo todo o a dos variables de ese todo que es la atipicidad. El punto de partida esencial de semejante afirmación se deduce de la aceptación de la libertad de acción de quien consiente: si se admite que determinados bienes jurídicos consolidan el libre desarrollo del individuo, no sería coherente estimar lesionado un bien jurídico cuando la conducta que la afecta está fundamentada en una disposición del titular, que le permite el propio Ordenamiento, de aquél que no perjudica su desarrollo sino que constituye su expresión material¹⁶⁹. Esta opinión se funda, como recoge JESCHECK/WEIGEND¹⁷⁰ en que «en los preceptos penales que protegen bienes jurídicos disponibles el auténtico bien jurídico no lo constituye la integridad del objeto, sino el dominio autónomo del legitimado sobre el mismo». La adopción de esta concepción permite a BACIGALUPO¹⁷¹ afirmar que en los bienes jurídicos disponibles «la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico». Por eso, este autor añade que desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico resulta irrelevante y, en consecuencia, en el ámbito de los bienes jurídicos disponibles, excluirá, en todos los casos, el tipo penal. Postura que,

general esa bisección tan rigurosa. *Vid.*, DE VICENTE REMESAL, Javier. “*Consentimiento y acuerdo...* *Op. Cit.*, p. 125.

¹⁶⁹ En este sentido Jakobs expone los siguientes ejemplos: El que rapar el pelo o tomar anticonceptivos constituyan lesiones o sean atípicos, o el que cavar en un césped o derribar un árbol constituyan un delito de daños o sean atípicos, se rige por la voluntad del titular del bien. El autor alemán matiza que los bienes de los que se puede disponer libremente –en los bienes no disponibles, o no enteramente disponibles, decae el consentimiento eficaz; ejemplo: No cabe consentir en la conducción bajo la influencia del alcohol en vías públicas-, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, sólo en la medida en la que son medios de desarrollarse libremente –por ejemplo, lesiones leves en prácticas sexuales-, pero no en base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, p. 294.

¹⁷⁰ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal...* *Op. Cit.* p. 402.

¹⁷¹ *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal español*. Madrid, 1998, p. 200.

como en líneas precedentes hemos hecho alusión, compartimos. Evidentemente esta posición debe, por consiguiente, fundamentar cuales son los bienes jurídicos disponibles¹⁷².

Por otra parte, y entendiendo que, esta teoría acoge como criterio fundamental para la eficacia del consentimiento como causa de atipicidad, a la disposición del bien jurídico por parte del titular, que a su vez denota su libre desarrollo, desde nuestro modesto juicio creemos oportuno matizar que dicho juicio se encuentra sustentando por la propia Constitución española (artículo 1 y 20.1 a) de la CE) y, junto a ellos, se reconoce que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE); además dicha Constitución regula en los artículos 15 al 19 una serie de Derechos Fundamentales pertenecientes a la condición de persona que, en principio son inviolables. Así pues, de la Carta Magna se puede deducir que la libertad personal, y como una de sus manifestaciones, el libre desarrollo de la personalidad son valores fundamentales defendidos por la misma¹⁷³. En definitiva como señala BERDUGO «el que se haya optado por la fórmula Estado de Derecho, presupone necesariamente que la disyuntiva individuo-comunidad, como centro del sistema constitucional de valores debe ser resuelta a favor del primero»¹⁷⁴.

Así, es indudable, que el criterio referencial para la consideración de semejante tesis es la existencia de bienes jurídicos disponibles por el sujeto frente a los indisponibles que evitan cualquiera de dichas aplicaciones.

¹⁷² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento...* Op. Cit., p. 11.

¹⁷³ No cabe duda pues, que el hecho de darle plena libertad al individuo para que decida sobre los bienes jurídicos que tiene a su disposición –y de ahí se considere que el consentimiento sea una causa de exclusión del tipo como manifestación de su libertad- es una circunstancia que indudablemente no sólo encuentra eco en el Ordenamiento Penal -como anteriormente hemos expuesto-, sino que es el propio Ordenamiento Constitucional quien tutela dicha concepción que sostenemos.

¹⁷⁴ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982, p. 71.

A la luz de lo anterior y en la misma tesitura ZIPF mantiene que el consentimiento no comporta un problema de justificación de un comportamiento típico, sino de exclusión de la atipicidad. Según este autor, allí donde el Ordenamiento jurídico conceda al particular la facultad de disponer sobre el bien jurídico penalmente protegido, su autorización de la lesión del mismo extrae el bien concreto del ámbito de protección de la norma penal¹⁷⁵. Por consiguiente, el consentimiento eficaz excluiría la posibilidad de una lesión penalmente relevante del bien jurídico en cuestión; es decir, no podría producirse la realización del tipo a falta de una superficie de ataque idónea¹⁷⁶.

No obstante lo anterior, es a ROXIN a quien hay que atribuirle el mérito de haber explicado claramente que la razón determinante para suponer que todo consentimiento eficaz excluye la tipicidad se halla en la teoría jurídica del delito defendida. De acuerdo con la misma, en las normas penales que protegen bienes jurídicos disponibles el verdadero bien jurídico no consiste en la integridad de los objetos, sino en el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados¹⁷⁷. Dicho esto, y atendiendo a las consideraciones precedentes, nos atrevemos a manifestar que, es el objeto de disposición y la facultad de disponer en su interrelación lo que constituye el bien jurídico protegido en el tipo.

Dando un repaso por la doctrina alemana SCHMIDHÄUSER es quien da a conocer probablemente la fundamentación más compleja de la eficacia excluyente de la tipicidad del consentimiento¹⁷⁸. Este autor opina que acciones

¹⁷⁵ Cfr. ZIP. Heinz, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, pp. 15-18.

¹⁷⁶ Vid. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 91. Esta idea queda reforzada por la autora afirmando que el consentimiento opera excluyendo la atipicidad. Una lesión del bien jurídico a pesar del consentimiento del titular sólo es posible allí donde el Ordenamiento Jurídico no reconozca el consentimiento –es decir cuando el bien jurídico sea indisponible-, de forma que la lesión se produzca con independencia de la voluntad del titular o allí donde la conformidad pertenezca precisamente a la realización del tipo. En esto habría que puntualizar algunas cuestiones tratándose de la actividad médica y atendiendo al caso concreto, situación que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo.

¹⁷⁷ En palabras de Roxin: «Cuando bienes jurídicos sirven al libre desarrollo del individuo, no puede haber lesión alguna del bien jurídico ya que la acción se basa en una disposición del titular que no perjudica su libre desarrollo, sino que, por el contrario, es expresión del mismo». ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op. Cit.*, pp. 517 y ss.

¹⁷⁸ Vid. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1984, pp. 87 y ss.

objetivamente dirigidas contra un objeto del bien jurídico ajeno «solo lesionan el bien jurídico correspondiente –o sea, la autonomía del titular referida al objeto de forma aparente, cuando el titular consiente de manera atendible a la acción». Desde un punto de vista formal, el hecho parece corresponderse con el tipo de injusto, pero si se examina el injusto desde una perspectiva material falta el disvalor de la acción en cuanto a disvalor de peligro¹⁷⁹.

Por ser partidaria de esta concepción que sitúa al consentimiento como causa de atipicidad, es menester exponer las ideas de, DE LA GANDARA VALLEJO quien considera que el consentimiento es un instituto jurídico cuya eficacia siempre se despliega en el nivel de la tipicidad objetiva¹⁸⁰. Llega a dicha conclusión principalmente por dos motivos, que a su vez forman parte de su concepción que mantiene de los bienes jurídicos individuales y lo que se podría llamar el criterio del cuerpo extraño¹⁸¹. Por lo que se refiere a los bienes jurídicos individuales, siguiendo la postura defendida por ROXIN¹⁸² respecto de los bienes disponibles, la autora se adjunta a la idea de pensar que el verdadero objeto de la norma penal es el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde y no la integridad *per se* de esa esfera, ya que la protección penal de los bienes jurídicos individuales sirve primordialmente para garantizar el libre desarrollo de su titular¹⁸³. Por consiguiente no tendría sentido hablar de que se ha producido una lesión al bien jurídico protegido cuando una intervención en una esfera ajena haya sido determinada precisamente por su titular como expresión de ese libre desarrollo que, teóricamente, se pretende garantizar. Sin embargo, un comportamiento que no lesiona el bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuridicidad

¹⁷⁹ En el sistema propuesto por Schmidhäuser el desvalor de la acción puede fundamentarse de dos formas: como desvalor de finalidad y como desvalor de peligro, formas ambas de lesión del bien jurídico que no se excluyen mutuamente, pudiendo estar presentes en la misma acción las dos (o incrementa un peligro ya existente) de que se produzca toda la situación de injusto contraria al bien jurídico. *Cfr.* Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht... Op. Cit.*, pp. 87 y ss.

¹⁸⁰ *Vid.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 101.

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 100.

¹⁸² *Vid.*, *supra*

¹⁸³ *Ídem.*

ya que consta la no realización del injusto típico y, por lo tanto, su no punibilidad deberá ser determinada ya en el nivel de la tipicidad¹⁸⁴.

En España son partidarios de esta interpretación, entre otros, BUSTOS/HORMAZÁBAL para los que el consentimiento opera siempre como una causa de atipicidad desde el momento en que éste, en los casos que se le atribuye eficacia para eximir responsabilidad, afecta a la valoración del proceso de vinculación típica, pues la conducta vinculada con el consentimiento deja de tener la significación desvalorativa propia de la tipicidad¹⁸⁵, GÓMEZ BENÍTEZ al estimar que “el consentimiento es una causa de atipicidad si versa sobre bienes jurídicos disponibles, porque impide que el sujeto activo lesione el bien jurídico”¹⁸⁶, o SEGURA GARCÍA, al asumir que la voluntad conforme del titular con respecto a la intervención de tercero hace desaparecer no sólo cualquier tipo de conflicto de intereses, sino la propia lesión del bien jurídico individual ya que, en definitiva, se está ejerciendo el propio derecho de disposición¹⁸⁷.

Empero, no faltan autores que diferencian una u otra opción, en atención a los supuestos a examinar. De esta manera JAKOBS admite que un consentimiento opere justificando o excluyendo el tipo puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con un mismo tipo, especialmente en las lesiones: el ámbito de las lesiones excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo que cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el

¹⁸⁴ *Ídem*.

¹⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones... Op. Cit.*, p.94.

¹⁸⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Madrid, 1984, p. 422. Como punto de referencia de este planteamiento, *Vid.*, en la doctrina alemana: ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 517 y ss. ZIPF, Heinz. *Einwilligung und Risikoübernahme in Strafrecht*. 1970, pp. 28 y ss. En España, además de los citados. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”. En, *Poder Judicial*. No. Especial XII, pp. 147 y ss. GARCÍA VITORIA, Aurora. “Consideraciones acerca de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”. En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sáinz Cantero*. Número. 13-1, 1987, pp. 81 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 505-507. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 9.

¹⁸⁷ SEGURA GARCÍA, María José. “El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las últimas reformas legislativas”. En, *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*. Madrid, 2005, pp. 890-893.

ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo; la exclusión del tipo por riesgo permitido son aquí congruentes¹⁸⁸.

Apuntado lo anterior, realizaremos un análisis más minucioso acerca de los fundamentos esenciales que predicen los partidarios de dicha teoría del consentimiento que nos permitirá comprender el porqué, cada vez son más los autores que se inclinan por dicha concepción y como, su correcta aplicación es quien resuelve de una manera más justa y eficaz gran parte de los problemas que enfrenta la realidad imperante dentro de nuestra sociedad.

3.1.1. La libertad de acción de quien consiente como fundamento de la exclusión del tipo

Como bien se adelantaba en el apartado anterior, dentro de la teoría alemana, ROXIN -uno de sus principales impulsores en el sentido que ahora tratamos- pone de manifiesto que, el argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo¹⁸⁹. Siguiendo la óptica de Roxin y con el objeto de reforzar sus planteamientos consideramos oportuno citar el sabido proloquio que reza: *volenti et consentienti non fit injuria*, en donde permite entender el importante rol que juega la voluntad y el consentimiento de un individuo a efectos de excluir la responsabilidad criminal.

Por otra parte podemos decir que, si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del dicho bien cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo sino que, por el contrario constituye su expresión¹⁹⁰. Ante esto, nos salta a la mente el caso del propietario de una cosa mueble o inmueble, quien en virtud de una decisión libre, consiente en el

¹⁸⁸ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p.p. 293-295.

¹⁸⁹ Para mayor amplitud de lo expuesto y la teoría liberal Vid., ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 517.

¹⁹⁰ *Ídem.*, Por lo tanto se afirma que, no se presenta ningún menoscabo jurídicamente relevante en los bienes jurídicos; pues el que consiente elige precisamente la disposición que le deja libre el Ordenamiento Jurídico. En la misma línea Cfr., WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago. 1976, p. 137.

menoscabo o en la destrucción de la cosa, o incluso la solicita, por lo tanto no existe en ello ninguna lesión de la posición de dicho propietario, sino por el contrario una cooperación en su ejercicio libremente tolerado.

La adopción de esta solución, permite a BACIGALUPO ¹⁹¹ manifestarse en el mismo sentido, afirmando que en los bienes jurídicos disponibles «la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico». Por eso, este autor añade que desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico resulta irrelevante y, en consecuencia, en el ámbito de los bienes jurídicos disponibles, excluirá, en todos los casos, el tipo penal. Postura que como ya hemos indicado previamente, compartimos.

La opinión contraria confunde objeto del hecho con bien jurídico: en efecto, se produce un deterioro de la cosa concreta –del objeto del hecho-, pero eso no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio. Algo semejante puede decirse de las lesiones. Ciertamente, existen aquí límites a la facultad de disposición individual; si se sobrepasan, el consentimiento no tiene ni eficacia de exclusión de la tipicidad ni de justificación. Pero allí donde el consentimiento es eficaz sin restricción, se desarrolla la personalidad también en el tratamiento que concede a su cuerpo¹⁹².

Por otra parte la consideración que ROXIN y otros autores realizan en cuanto a esa libertad de acción, desde nuestro muy modesto punto de vista, estimamos que viene a resolver -o por lo menos dar mayor seguridad jurídica al actuar- muchos de los problemas a que se enfrentan en su actividad diaria los profesionales de la Medicina, sobre todo para aquellos médicos que debido a su especialidad practican intervenciones quirúrgicas. Esto es porque de esta manera pueden tener cierta tranquilidad-seguridad en su actuar dejando a un

¹⁹¹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios... Op. Cit.*, p. 200.

¹⁹² Así, el peluquero, el podólogo e incluso el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal. Sin duda efectúan una injerencia en la sustancia del objeto del hecho, pero no menoscaban la integridad de la esfera corporal ajena y con ello el bien jurídico, cuya lesión presupone el tipo. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 517.

lado la preocupación que causa a cualquier galeno imaginar el hecho de verse inmiscuido en un problema de responsabilidad médica durante el ejercicio de su profesión. Este ejemplo no es baladí, sino por el contrario es una realidad imperante y preocupante por los múltiples problemas que trae aparejados el hecho de que un profesional de la Medicina no cuente jurídicamente en lo general y penalmente en lo particular, con cierta libertad-seguridad (a efectos de no involucrarse en problemas jurídico-penales por su simple actuación) al momento de desarrollar sus funciones correctamente; y cuando digo correctamente, me refiero a que dicho profesional sanitario haya actuado bajo las reglas de la *lex artis* y haya recabado el consentimiento informado eficazmente¹⁹³. Entre dichos problemas que se acarrean, podemos citar el de la práctica de la medicina defensiva¹⁹⁴, práctica que como analizaremos más adelante en esta obra, es una forma o válvula de escape que los médicos han encontrado para evitar ser presa de las múltiples demandas infundadas que existen en relación con su actividad y que cada vez, siguen aumentando de una manera impresionantemente acelerada¹⁹⁵.

Empero, y a la luz del comentario esgrimido en el párrafo anterior referente a la actividad médica –por estar de por medio dos de los bienes

¹⁹³ En cuanto a un consentimiento informado recabado correctamente, la Sentencia de 28 de noviembre de 2007, el Tribunal Supremo recuerda que, según la reiterada jurisprudencia de su Sala 1ª, el consentimiento informado «incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactoria. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria». *Cfr.* la mencionada Sentencia. RJ 2007, 8427.

¹⁹⁴ Otros la definen como el conjunto de cambios que realiza el médico, en la práctica de su profesión, para defenderse de controversias y demandas en su contra, originadas durante el desarrollo de su ejercicio profesional. *Vid.* PAREDES SIERRA, Raymundo y RIVERO SERRANO, Octavio. “Medicina defensiva”. En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005, p. 147. Así mismo, estos autores realizan un estudio sobre las posibles causas de esta práctica y proponen alternativas para erradicarla, pp. 147-154.

¹⁹⁵ En este orden de ideas véase a DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. “El médico ante el Derecho Penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo”. En, *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Miguel Ángel Núñez Paz y Ana Isabel García Alfaraz. (Coordinadores). Salamanca, 2007, p. 150.

jurídicos más preciados como son la vida y la salud-, en la doctrina nos encontramos con quienes sostienen que los bienes jurídicos indisponibles son aquellos que se refieren a la colectividad –cuestión que compartimos y de la cual no cabe la mayor duda-; no así con quienes afirman que, también existen bienes jurídicos individuales de carácter indisponible, como es el caso de la propia vida¹⁹⁶ –idea, que desde luego no compartimos.

Bien entonces, afirma ROXIN que el efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere, por consiguiente, no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él; sino inmediatamente de la *libertad de acción* garantizada constitucionalmente cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde y con ello una realización del tipo.

En España, entre otros GOZÁLEZ RUS¹⁹⁷ se manifiesta en el mismo sentido que el profesor alemán y además matiza el hecho de que no permitir esa libertad de acción proyectada por el consentimiento otorgado en forma eficaz, sería no tan sólo situarse en una posición contraria al tratamiento

¹⁹⁶ En contra, Del Rosal Blasco afirma que «la irrenunciabilidad del derecho a la vida sólo se puede justificar expresamente desde concepciones utilitaristas o colectivistas o desde posiciones morales muy determinadas». Incluso, considera que debe prevalecer el derecho a suicidarse sobre el derecho a impedir el suicidio, asimismo también niega que pueda ser típica la participación por omisión en el suicidio, y ello, con independencia de que el omitente se encuentre en la posición de garante o no (en este último caso, tampoco admite la existencia de un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489). Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *La participación...* Op. Cit., pp. 84 y ss. Casas Barquero estima que la vida ha de considerarse un bien jurídico disponible, debiéndose reconocer respeto de la misma, absoluta libertad de disposición. Cfr. CASAS BARQUERO, Enrique. *El consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba, 1987, p. 94. Igualmente Arthur Kaufmann, indica que no se comprende porque el derecho a la vida ha de ser jurídicamente –y subrayo lo de jurídicamente- irrenunciable. Cfr. KAUFMANN, Arthur. “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?” En, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, 1988, p. 53. Y, expresivamente Eser afirma que «sino se quiere convertir al Estado en fideicomisario de la divinidad que da la vida, entonces difícilmente se puede negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte». Cfr. ESER, Albin. “Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida”. En, *ADPCP*. Tomo 37, fascículo/mes III, 1984, p. 780. Y aquí –en otro orden, pero con suma relación que tiene a manera de ejemplo- podríamos reflexionar si -no atendiendo a la cuestión de determinar si se trata de un derecho de la persona- el Estado y la sociedad, por su parte, tienen el derecho de mantener con vida a una persona por la fuerza y contra su voluntad.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, 2000, p. 94.

constitucional –que ya es una cuestión grave- sino que, aunado a esto, se aceptaría que las autolesiones son punibles. Cuestión que a *contrario sensu* está claramente expresada en el Código Penal.

A lo anterior se objeta por los partidarios de la concepción de la justificación que los bienes jurídicos serían, conforme a esto, ya no el cuerpo, la libertad de movimiento, etcétera, sino la voluntad de salvaguarda de estos valores, mientras que, más correctamente, el cuerpo, la libertad de movimientos, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del individuo ya por sí mismos habrían de gozar de la protección del Ordenamiento Jurídico¹⁹⁸. Pero de este modo se separa lo inseparable. La propiedad sólo puede ser ejercida mediante la voluntad del propietario y sin referencia a él es un concepto sin sentido; la libertad de movimiento presupone la voluntad (al menos latente) de quien quiere moverse; por sí mismo el cuerpo es objeto de protección no como conglomerado de carne y huesos, sino sólo en conjunción con el espíritu que vive en él y lo domina¹⁹⁹.

Atendiendo lo anterior, entendemos que, bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición, son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido por el tipo²⁰⁰.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 518.

¹⁹⁹ *Ídem*.

²⁰⁰ Consideramos prudente exponer el debate que surge entre la tesis donde se señala que la libertad de disposición del portador del bien jurídico es por sí misma parte constitutiva del bien jurídico y Amelung, autor citado por ROXIN, Claus en su obra de *Derecho Penal. Parte General...Op. Cit.*, p. 519. Aquel hace alusión a personas a las que, como por ejemplo en el caso de un niño pequeño, les falta el poder de disposición y sin embargo gozan de la protección de los respectivos tipos penales no menos que las personas totalmente responsables. Pero como en tales casos el legitimado para el cuidado ejerce una sustitución en la voluntad –así, por ejemplo, el consentimiento de los padres equivale al del niño en los límites trazados jurídicamente-, no falta en modo alguno un menoscabo de la voluntad atribuible al portador del bien jurídico. Semejante construcción no es extremadamente artificiosa, como opina Amelung, sino que responde a las necesidades jurídicas y prácticas. Y cuando de forma excepcional en un momento determinado no exista en absoluto ningún legitimado para el cuidado (Amelung: el autor mata a los padres y luego maltrata al hijo de cuatro años), a pesar de ello sólo el ejercicio de la facultad de disposición puede estar transitoriamente en suspenso, pero no puede discutirse su lesión sustancial. Esta lesión se elimina sólo por un consentimiento

3.1.2. La falta de realización del tipo en caso de consentimiento eficaz

Si las anteriores consideraciones fundamentales sobre la libertad de acción jurídico-constitucional, la función del Derecho Penal –a nuestro parecer: de prevención y de protección²⁰¹- y la teoría de los bienes jurídicos se traducen en categorías dogmáticas, resulta que con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor del resultado²⁰² y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo. Esto es discutible cuando la acción efectuada con el consentimiento del portador del bien jurídico, y la mayoría de las veces a petición suya, le beneficia y también es por lo demás normal socialmente desde todo punto de vista. Quien por encargo del propietario tala un árbol o echa leña a la estufa, quien pone una inyección al paciente para prevenir infecciones, o quien afeita a un cliente, no realiza un desvalor del resultado típico justificado por el consentimiento, sino que ya de antemano falta cualquier desvalor de resultado²⁰³. Pero si la voluntad del que actúa no se dirige a la producción de un desvalor de resultado, falta también un desvalor de la intención. Está claro que un comportamiento tan totalmente neutro jurídicamente y socialmente adecuado no realiza el tipo delictivo y por lo tanto no puede ser típico. Cuando JESCHECK²⁰⁴ opina que el respectivo proceso es «a pesar del consentimiento...significativo jurídico-penalmente y no precisamente indiferente de antemano», en todo caso ello no puede aplicarse en las acciones que sean favorables para el propietario y deseadas por él. En ellas se trata más bien de procesos totalmente normales de la vida cotidiana sin significado indiciario antijurídico. Tales supuestos son mayoría en caso de consentimiento, porque el

eficaz, que en este caso falta. Algo similar ocurriría también en la lesión de enfermos mentales, privados de conocimiento, etcétera.

²⁰¹ Vid., a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 4, 2002, p. 23.

²⁰² Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 519.

²⁰³ *Ídem., supra.*

²⁰⁴ Jescheck, en cierta contradicción con ello, opina más tarde, que el injusto del resultado se anula por el consentimiento; evidentemente no es anulado posteriormente, sino que, por causa del consentimiento anterior, ni siquiera llega a producirse. Vid. En notas al pie a, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 519.

portador del bien jurídico se deja guiar la mayor parte de las veces por su provecho en el otorgamiento del mismo²⁰⁵.

Ahora bien, también hay situaciones en las cuales un daño o una injerencia corporal también podrían contemplarse a pesar del consentimiento como contrarias al bienestar real del portador del bien jurídico. Se podría considerar que por lo menos en estos casos hay que afirmar un desvalor del resultado y con él el tipo delictivo, de forma que entonces el consentimiento, según la situación concreta actuaría excluyendo el tipo o justificando la conducta. Por otra parte, cabe mencionar que dentro del análisis de los casos prácticos nos encontraremos que en muchos casos de consentimiento perjudicial fracasa ya su eficacia a causa de vicios de voluntad o por los límites, del modo que en ese caso ya no se plantea la cuestión de la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. Pero si se prescinde de estos supuestos, subsisten procesos como por ejemplo éstos: alguien ingresa en una austera comunidad religiosa y permite que sus miembros le destruyan sus objetos santuarios con el fin de no caer en la tentación de apegar su corazón a los bienes terrenales. O alguien posee un valioso retrato femenino de mano maestra; su novia, que está celosa de la mujer retratada, hace depender la aceptación de su proposición de matrimonio de que le permita quemar el odioso cuadro; y él consiente²⁰⁶. También encontramos el caso de la persona que se deja hacer tatuajes llamativos, o se nos ocurre el caso de que dentro de un matrimonio, la mujer le dice a su esposo que sólo abortará si él se practica la vasectomía.

Aunque tales procesos ya no se mueven en el ámbito de lo generalmente usual, no obstante, también aquí deberá negarse un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo de los tipos en cuestión. Si se quisiera afirmarlo y tomar como base para la aceptación de una lesión de bienes jurídicos típica, no la voluntad real, sino el bienestar real del portador del bien jurídico, se arrogaría así el Ordenamiento Jurídico una sublimidad de juicio que no le corresponde y que conduciría además a insuperables dificultades de delimitación. En todos esos ejemplos el portador del bien jurídico significa –sea

²⁰⁵ *Ídem.*

²⁰⁶ *Ibidem.*, p. 521.

cual fuere el juicio que le merezca a un extraño- una parte de la autorrealización responsable en la comunicación con otros o bajo la asistencia de otros. En ninguna parte es el menoscabo del objeto del hecho una intrusión en una esfera jurídica ajena, como presupone el tipo delictivo; sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar²⁰⁷.

3.1.3. La ausencia de ponderación de intereses como argumento contra una postura justificante

No sólo la teoría del tipo habla a favor de la fuerza excluyente del tipo del consentimiento, sino también la circunstancia de que el mismo representaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación²⁰⁸. Todas las causas de justificación descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el Ordenamiento Jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor²⁰⁹. Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho. Esta genuinidad estructural del consentimiento ha dado lugar a que ya MEZGER desarrollara un sistema dualista de las causas de justificación; conforme a ello, la justificación debe de obedecer en la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero en el consentimiento al principio de ausencia de interés: una justificación según el principio de ausencia de interés permite de ese modo que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo, decaiga en el caso concreto. Pero precisamente esta fundamentación demuestra que en realidad no se trata de un problema de justificación sino de tipo²¹⁰. Pues en un consentimiento eficaz no es posible imaginarse como lesionada una voluntad que luego decae

²⁰⁷ *Ídem.*

²⁰⁸ *Ídem.*

²⁰⁹ Así, el artículo 20.5 CPE señala: «El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que le que se trata de evitar, Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse». Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique y MESTRE DELGADO, Esteban. *Código Penal 14ª ed.*, Madrid, 2008, p. 94.

²¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 521.

por causa del consentimiento, sino que la voluntad desde un principio no puede imaginarse como vulnerada y por eso no puede suponerse como realizado el tipo incluso según las premisas de MEZGER²¹¹.

Es verdad que existe una corriente de opinión fundada por NOLL²¹² que intenta demostrar que también en el consentimiento se da una ponderación de intereses consistente en la ponderación de la libertad individual frente al interés de la sociedad en el mantenimiento del bien jurídico. ROXIN discrepa de este intento porque señala que, en los casos en los que el consentimiento es eficaz, solo importa la libre voluntad del titular, sin que se llegue a producir una oposición de intereses y sin que la necesidad o siquiera la razonabilidad del consentimiento pueda ser examinada o ponderada frente al valor del objeto del hecho. A este efecto pone como ejemplo el caso de que si Max Brod conforme al consentimiento y deseo de Franz Kafka, hubiese quemado el manuscrito de éste, eso habría sido jurídico-penalmente inobjetable; y sin embargo, no puede dudarse en absoluto que en una concreta ponderación del caso era mayor en su estima el interés social en la conservación del texto que en la voluntad del poeta²¹³.

3.1.4. La falta de viabilidad de la teoría dualista

Finalmente, ROXIN esgrime como argumento a favor de considerar el consentimiento como una causa excluyente de la tipicidad el que no sea posible establecer una clara delimitación entre los casos de consentimiento y los casos de acuerdo²¹⁴. Así, en los delitos más discutidos por la doctrina alemana, como son las injurias, las detenciones ilegales y el descubrimiento y revelación de secretos, ROXIN llega a la conclusión de que aun partiendo de la distinción entre ambas figuras, siempre habría que apreciar un acuerdo. En este sentido afirma que, por ejemplo, si las injurias constituyen una lesión de la pretensión individual de respeto que todo el mundo tiene frente a sus conciudadanos, en caso de otorgarse el consentimiento no puede existir injuria

²¹¹ *Ídem*.

²¹² Vid. NOLL, Peter. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, pp. 74 y ss.

²¹³ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 522.

²¹⁴ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 522.

alguna porque una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no se haga valer. Por consiguiente, incluso queriendo aceptar la distinción entre conformidad y consentimiento, resultaría que apenas quedarían casos en los que el consentimiento pudiera tener una eficacia meramente justificante²¹⁵.

En este sentido y por lo que se refiere al ejemplo paradigmático de las lesiones, ROXIN señala como en Alemania la doctrina mayoritaria –en contraposición a la jurisprudencia- siempre ha considerado los menoscabos de la sustancia corporal que resulten ventajosos –es decir, intervenciones terapéuticas medicamente indicadas y realizadas de acuerdo con las reglas de la *lex artis*- independientemente de la voluntad del paciente como atípicos, al negar en semejantes casos que se haya producido un detrimento de la salud en el sentido del § 223 StGB²¹⁶. En su opinión, el que efectivamente sea así es una cuestión de interpretación del § 223 StGB, si bien el problema se relativiza se considera que el consentimiento excluye la atipicidad de las lesiones, en la medida en que una intervención terapéutica llevada a cabo con la aquiescencia del paciente sería atípica ya en virtud de ese asentir²¹⁷.

En este punto de la discusión debemos señalar que, aun juzgando que esta última solución es la correcta, sin embargo, ROXIN parece incurrir en una contradicción al mantener la necesidad de penar las intervenciones terapéuticas llevadas a cabo sin el consentimiento del paciente conforme al tipo de las lesiones sólo en tanto no se establezca un tipo autónomo que contemple el tratamiento curativo arbitrario, puesto que, según su propia teoría, ya el bien jurídico protegido en las lesiones debería abarcar la libertad de disposición del titular. Esto resulta especialmente llamativo si se tiene en cuenta que una de las objeciones mantenidas contra su concepción de bienes jurídicos disponibles es que resulta incongruente con la punibilidad autónoma de las coacciones²¹⁸.

²¹⁵ *Ídem., supra.*

²¹⁶ Sin embargo, el § 223 StGB también habla de maltratar corporalmente, dentro de lo cual podrían entenderse englobados también este tipo de intervenciones terapéuticas. Por su parte, el artículo 147 CPE, al hablar de causar a otro una lesión deja la cuestión aun más abierta a la interpretación.

²¹⁷ *Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal... Op. Cit., p. 524.*

²¹⁸ *Ídem., supra.*

Resulta también criticada la validez del argumento que a favor de la eficacia meramente justificante del consentimiento, extrae parte de la doctrina alemana del texto del § 226 StGB, artículo según el cual en el caso de una lesión producida con consentimiento del lesionado el autor solo actúa antijurídicamente cuando el hecho sea contrario a las buenas costumbres a pesar del consentimiento.

Ante todo hay que señalar que este argumento ni siquiera resulta aplicable a la legislación española ya que las únicas normas que contemplan el consentimiento en relación a las lesiones son los artículos 155 y 156 del CPE y sólo se habla de que el consentimiento exime de responsabilidad en ciertos supuestos muy especiales –y por ende no se puede utilizar de manera general- como lo son los trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual²¹⁹. De todas formas creemos que ROXIN tiene razón al sostener que este argumento no es concluyente, ya que se trata de un argumento basado en una interpretación meramente gramatical y puestos a utilizar este método interpretativo, también es posible entender que el § 226 del StGB quiere decir que las lesiones consentidas sólo serán típicas-antijurídicas cuando atenten contra las buenas costumbres, ya que para ser antijurídico el hecho debe ser típico²²⁰.

²¹⁹ Sobre estos supuestos especiales contenidos en el artículo 156 del CPE véase el estudio de MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. “La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco. Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 409-419. En este artículo, el Profesor de la Universidad de Granada hace una anotación interesante sobre la legitimación de la ausencia de responsabilidad penal señalando que para este fin sólo caben dos alternativas: «de una parte, reconocer plena eficacia al consentimiento en las lesiones y, consecuentemente, plena disponibilidad al bien jurídico; de otra, acudir a criterios de imputación objetiva del resultado (riesgo permitido) y de adecuación social para excluir del ámbito de lo penalmente típico este tipo de intervenciones», p. 419. Sólo no estaríamos de acuerdo con él, en el hecho de dejar recaer la validez de no responsabilidad penal en el ámbito de la adecuación social, pues puede generar ulteriores problemas por la inseguridad jurídica de lo que, por ejemplo representan los criterios tan mutantes de un convencionalismo en una sociedad. Es decir, puede operar como un elemento valorativo más no decisivo en la determinación de responsabilidad.

²²⁰ Por su parte, Kühne argumenta que si bien en el § 226 StGB el legislador seguramente ha entendido el consentimiento como causa de justificación, esta interpretación no es vinculante. Además, este artículo no contiene una regulación general del consentimiento, sino que se limita

En otro orden de ideas, ROXIN señala que sólo constituye una excepción aparente a la doctrina que afirma la eficacia excluyente de la tipicidad del consentimiento el que en algunos casos, que él denomina de cuasi-conformidad, la aquiescencia del afectado sólo sirva para justificar el hecho. Así, cita el supuesto de alguien que permite entrar a su casa a la policía para evitar que echen abajo la puerta, caso en el que, a pesar de todo, la policía realizaría el tipo de allanamiento de morada. Esto es así ya que la admisión es forzada y, por tanto, no constituye una disposición libre por parte del titular del bien jurídico. En este supuesto lo que el realidad sucede es que la justificación del hecho no se basa en el consentimiento sino en la orden de registro²²¹.

Así pues, en el mismo sentido que lo expuesto anteriormente por el profesor alemán, DE LA GANDARA VALLEJO²²² sostiene que adscribir la eficacia del consentimiento al nivel de la antijuridicidad se convierte, así, en una flagrante contradicción, en la cual se vendría a expresar el deseo por parte del Estado de controlar que el ejercicio que el individuo hace de su libertad sea afín a un teórico desarrollo ideal que, sin embargo y por lo mismo, ya no puede calificarse de libre. Así, en concordancia con la autora, pensamos que uno de los verdaderos factores que indujeron a la doctrina, una vez superada la teoría del negocio jurídico, a seguir hablando del consentimiento como una causa de justificación –y por ende considerando la teoría de la ponderación de intereses– fue precisamente este deseo de poder controlar la racionalidad del ejercicio que de su libertad hacía el individuo a la hora de otorgar su consentimiento a intervenciones supuestamente lesivas de sus bienes. Sin embargo, para poder justificar esto es necesario, o bien, mantener una concepción de los bienes jurídicos individuales que confunde el objeto del hecho con el bien jurídico y que, por tanto, conceptúa el resultado típico de una forma puramente naturalista o bien conceder al Estado una competencia semipaternalista para

a los delitos de lesiones. *Vid.* KÜHNE, Hans-Heiner. “Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzicht”. En, *JZ* 1979, p. 242.

²²¹ *Vid.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, pp. 524 y ss.

²²² *Vid.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento...* *Op. Cit.*, p. 100.

juzgar acerca del uso que de la libertad hacen sus ciudadanos que degenera en violencias al propio sistema dogmático²²³.

Esto último es lo que opta por hacer JAKOBS²²⁴ respecto de los bienes jurídicos que él denomina no canjeables; es decir, aquellos bienes que no constituyen medios de desarrollo, sino la base misma del desarrollo, lo cual, sin embargo, no impide que reconozca la profunda incoherencia que se esconde tras esta postura²²⁵. En este sentido, admite que una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que, en cambio, constituye auto organización de la otra persona responsable, sólo vulnera de manera aparente algún bien personal; en realidad se trata de una forma de moldear la vida de cada uno. Empero, el problema nace del hecho que, aparentemente, esta constatación tan evidente que no precisa de explicación alguna no se ve correspondida por el Derecho Positivo. Al contrario, tanto el Derecho Positivo alemán como el español establecen la prohibición del homicidio a ruego y reconocen ciertos límites a la efectividad del consentimiento en las lesiones. En opinión de JAKOBS, la razón de esta incongruencia probablemente se encuentre en un bienvenido retraso de la sociedad, un retraso que es bienvenido porque hace posible que el Estado asuma una postura paternalista. Probablemente, ésta sea también la razón por la que se valora como injusto una lesión consentida de la víctima: un miedo difuso de no poder asumir tal comportamiento a través de una argumentación racional, a pesar de que la determinación de lo que constituye un uso racional de la libertad hace mucho tiempo que ha perdido su objetividad²²⁶.

A su vez, estas consideraciones obligan a poner de relieve que, a diferencia de los otros autores que se manifiestan en este sentido, nosotros mantenemos la concepción del bien jurídico como un dominio autónomo del titular sobre un ámbito de organización que le corresponde no sólo respecto de los llamados bienes jurídicos disponibles, sino respecto de todos los bienes jurídicos individuales ya que, en puridad de principios, no existe motivo alguno

²²³ *Ídem*.

²²⁴ Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit., pp. 293 y ss.

²²⁵ Vid. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento...* Op. Cit., p. 101.

²²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit., pp. 293 y ss.

para distinguir dentro de ellos entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles²²⁷. Conforme a su naturaleza, a todos los bienes individuales les tiene que ser inherente el estar protegidos con vista a garantizar el libre desarrollo de sus titulares y, por tanto, el consentimiento tiene que excluir de igual manera la posibilidad de que se produzca una lesión al bien jurídico personal protegido. Esto ya lo manifestamos anteriormente²²⁸, percatándonos de cómo esta interpretación daba lugar a que, en los supuestos en que se niegue o limite la eficacia del consentimiento en razón de la indisponibilidad del bien jurídico afectado, el injusto del hecho sólo pueda estructurarse en base a un delito de peligro abstracto²²⁹. Esta visión del problema aparte de ser la más coherente, pues intenta ofrecer una interpretación del Derecho Positivo que no produce violencias al propio sistema dogmático, también ofrece la ventaja de invalidar el argumento que se formula en contra de la concepción defendida de los bienes jurídicos personales en el sentido de afirmar que esta concepción resulta incompatible con un sistema que admite limitaciones a la eficacia del consentimiento²³⁰.

3.2. Teoría dualista o de la diferenciación

A manera de introducción y después de haber realizado un estudio de las distintas ideas que fundamentan la concepción tradicional del consentimiento como causa de atipicidad, es menester manifestar que no significa que todos los autores citados dentro del presente epígrafe concibiesen el consentimiento exclusivamente como causa de justificación. Antes bien, la mayoría de estos autores no eran en absoluto ajenos al hecho de que el consentimiento en ocasiones pudiese actuar excluyendo ya el tipo. En este sentido por ejemplo HONIG señalaba que en una serie de delitos se hacía depender la punibilidad de la acción de que esta se hubiera cometido contra o sin la voluntad del lesionado, residiendo la singularidad de estos casos en el

²²⁷ Cfr. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, p. 102.

²²⁸ *Vid., supra.*

²²⁹ Cfr. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento... Op. Cit.*, pp. 89 y ss.

²³⁰ En España esgrime este argumento CEREZO MIR, José. "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación". En, *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Profesor José María de Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, p. 212.

hecho de que el consentimiento excluyese no sólo la antijuridicidad, sino la misma tipicidad de la acción²³¹. Por lo tanto, el criterio seguido para su inclusión aquí ha sido el que se tratase de autores cuyas aportaciones a la evolución de la teoría del consentimiento hayan estado dirigidas primordialmente a la fundamentación de la razón y límites de su eficacia excluyente de la antijuridicidad.

Uno de los primeros intentos de fundamentar la eficacia excluyente de la antijuridicidad del consentimiento fue la teoría del negocio jurídico de ZITELMANN²³². Esta teoría veía en el consentimiento un verdadero negocio jurídico que concedería al autor un derecho revocable a realizar la acción típica con lo cual, puesto que el ejercicio de un derecho nunca puede ser contrario al Derecho, el consentimiento operaría excluyendo la antijuridicidad de la acción tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil. Pero tras la caída en desuso de esta teoría, la mayoría de la doctrina halla el fundamento en la renuncia legitimada por el derecho de autodeterminación del titular a la protección jurídica de su bien jurídico frente a lesiones, lo cual tiene como consecuencia que la norma de prohibición retroceda.

Bien así, nos encontramos frente a la otra posición que sustenta la idea del consentimiento en sentido estricto que poseería efectos de causa de justificación y no de exclusión típica. Es el planteamiento más tradicional y el

²³¹ HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 119.

²³² Vid. ZITELMANN, Ernst. "Ausschluss der Widerrechtlichkeit". En *Archiv für civilistische Praxis*. 1906, pp. 1 y ss. Cabe mencionar que respecto de esta concepción, Honig señalaba que sólo sería plausible si mediante el consentimiento, el destinatario del mismo siempre adquiriera un derecho a llevar a cabo la acción, lo cual, si bien es cierto que a veces acontece, sin embargo normalmente no es el caso respecto del amplio grupo de delitos en los que la Ley hace depender la punibilidad de la acción de un actuar contra la voluntad o sin consentimiento. Por otra parte, Honig admite que resulta evidente que Zitelmann sólo pensaba en aquellos delitos en los que el consentimiento actúa como causa de exclusión de la antijuridicidad. Sólo así puede entenderse su afirmación de que «todo consentimiento es un negocio jurídico». Empero, opina que este modo de proceder es inaceptable, puesto que el problema del consentimiento no se limita al ámbito de la antijuridicidad, sino que también es una cuestión que atañe a la tipicidad. Por lo tanto, la objeción formulada por Honig a esta teoría, está basada en el propio concepto de negocio jurídico. En palabras de este autor: «No es admisible ver en el consentimiento un negocio jurídico también allí donde no tenga como contenido ni pueda de ningún modo tener como contenido una modificación en el mundo jurídico, una fundamentación, modificación o supresión de derechos o relaciones jurídicas». Cfr. HONIG, Richard. *Die... Op. Cit.*, pp. 158-164.

que ha sido presentado como mayoritario al menos en España. La base de su desarrollo se concreta en la permisión por parte del sujeto de la lesión del bien jurídico afectado²³³. Para JESCHECK/WEIGEND, partidarios destacados de esta posición del consentimiento²³⁴, cuando el interesado abandona un bien jurídico disponible a la intervención de un tercero el suceso es penalmente relevante en ese primer momento, aunque luego pueda estar justificado y se excluyente de antijuridicidad. La integridad corporal, el honor, la propiedad son bienes jurídicos independientes protegidos de la voluntad de su titular como bienes de la comunidad que, en un determinado momento, el sujeto puede aceptar su lesión, entrando en un conflicto de intereses que, con ciertas condiciones se resuelve a favor de la decisión de disponibilidad de éste. Como señala ROMEO CASABONA, en estos supuestos en la noción de bien jurídico protegido por el correspondiente delito –él pone como ejemplos las injurias, los daños y las lesiones corporales- no se introduce, como puede suceder en el hurto o en el allanamiento de morada, la voluntad de sujeto pasivo que, por tanto no sitúa como un elemento del tipo sino que el consentimiento se presenta como justificación al tratarse de una norma permisiva²³⁵.

Fijado para aquellos autores que así lo defienden, el consentimiento también como causa de justificación, cabe preguntarse por el fundamento en el que cimentan su eficacia justificante. La más clásica –previamente comentada- y, desde nuestro punto de vista, la más alejada de la realidad jurídico-penal actual, es la conocida como la teoría del negocio jurídico según la cual el consentimiento del sujeto pasivo es una especie de negocio dentro del ámbito jurídico que tiene como consecuencia la posibilidad de conceder a aquel un derecho revocable que como tal no cabe señalarlo de antijurídico por lo que

²³³ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit., p. 203.

²³⁴ Vid. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., pp. 402-403.

²³⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María. "El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980". En, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17. Madrid, 1982, pp. 275-277. En parecido sentido: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 491-492. Con gran rotundidad, Cerezo Mir, afirma que el consentimiento no excluye la tipicidad, pero si la antijuridicidad de la conducta en aquellos tipos en que se protege un bien jurídico disponible cuyo portador es el individuo, pero en los que no se ampara igualmente la libertad de disposición del mismo. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Teoría jurídica del delito. Parte General*. 6ª ed. Madrid, 1998, adenda, 2007, p. 331.

obra como una causa de justificación en el ámbito penal²³⁶. Con posterioridad algunos autores, entre ellos MEZGER, introducen el principio de ausencia de interés, avalado en la idea del abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico²³⁷. Una tercera visión lo encauza hacia el decaimiento del objeto de protección impulsada sobre la comprensión de que con el consentimiento disminuye el objeto de protección desde el momento en que el injusto típico también está presente en la desconsideración de la voluntad de sujeto ofendido y, en consecuencia el quebranto del sustrato real del bien jurídico no cumplimenta el injusto si está amparado por la voluntad del afectado, y no se encuentra en contradicción sino en consonancia con la libre autodeterminación²³⁸. Por último y es posiblemente la más seguida, la denominada ponderación de intereses, que radica en el planteamiento equilibrado de que la justificación se sustenta en la ponderación entre el desvalor de lesión del bien jurídico y la libertad de disposición del titular o, lo que es lo mismo, entre la libertad personal sobre determinados bienes y el interés de la comunidad para su protección, cuyos efectos relevantes del consentimiento se han de producir cuando se dé un mayor valor a la libertad de actuación personal, que únicamente tendrá lugar por sus propias características sobre bienes jurídicos de esta naturaleza individualizada²³⁹.

En España y en cuanto a lo que respecta a esta teoría –de la diferenciación o dualista- históricamente, la Parte General del CPE no contiene previsión expresa respecto al consentimiento, remitiendo la cuestión de cara a la Parte Especial, y a eso ya refiere SÁINZ CANTERO²⁴⁰, al expresar su concepción dualista, asegurando que dicho consentimiento actúa como causa

²³⁶ El más representativo de esta tesis caduca fue: ZITELMANN, Ernst. “Ausschluss der Widerrechtlichkeit”. En, *Archiv für civilistische Praxis*. 1906, pp. 1 y ss. Fuertemente criticado por Mezger que lo acusa de confundir dos institutos jurídicos totalmente diversos: el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento como causa de justificación. MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. ed., revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, Tomo II. Trad. de Rodríguez Muñoz a la 2ª ed., alemana, y 3ª ed., adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés, Madrid, 1957, pp. 414-415.

²³⁷ *Ibidem.*, pp. 413-414.

²³⁸ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 204.

²³⁹ En esta línea: JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 405.

²⁴⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho... Op. Cit.*, pp. 343, *in fine*, y 344.

excluyente de la antijuridicidad, cuando la tutela del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica está supeditado a que el titular del mismo tenga interés en su protección. Así, en estos casos, cuando ese titular carece de interés en que el bien jurídico que le pertenece se proteja, la acción típica que lesiona ese bien no es antijurídica, siempre que haya mediado el consentimiento expreso o presunto²⁴¹.

Acerca de la identificación de los casos en que la tutela del bien jurídico esté condicionada o no al interés de su titular, refiere SÁINZ CANTERO²⁴² que eso va a depender de una detenida interpretación del sentido y finalidad del tipo delictivo de que se trate, posibilitando así identificarse la relevancia o no del consentimiento, y con esto -asegura dicho científico- su toma de posición separatista.

Refiriéndonos a una parte importante del pensamiento jurídico de España, por ejemplo MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN²⁴³, aunque sin profundizar demasiado en el tema, estiman que, de las causas de justificación, el consentimiento es la única no citada expresamente entre las eximentes del artículo 20 del CPE, lo que es una omisión legislativa, lo cual expresa el fuerte carácter de supralegalidad contenido en dicho instituto. Además, se refiere el CPE al consentimiento, v.g. en los artículos 145 y 155 expresamente, y en otros más sin auxiliarse del término consentimiento -artículos 143.4 y el propio 21.6ª, éste como circunstancia atenuante genérica de la responsabilidad criminal, que acoge perfectamente al consentimiento en una situación formal de analogía *in bonam partem* y para empleo en situaciones típicas más amplias y sin libertad formal para consentir-, no obstante como causas prácticas de reducción del potencial de injusto típico y formales de disminución de pena.

Añaden dichos juristas que hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad ya de un modo general, sino que sólo y en la medida en que se den determinados requisitos todo lo más puede excluir la

²⁴¹ *Ídem. supra.*

²⁴² *Ibidem.*, p. 344.

²⁴³ *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 342.

antijuridicidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica²⁴⁴. BERDUGO y otros²⁴⁵, al tratar del consentimiento, lo incluyen entre las causas de justificación, aunque reiteran su ausencia de las hipótesis formales del artículo 20 del CPE. No obstante, “se trata de una potestad del titular individual del bien jurídico protegido considerar como lesiva o no una determinada conducta”.

MIR PUIG²⁴⁶, igual que MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, por ejemplo, se refiere a la cuestión de que en España el “Código Penal no prevé el consentimiento entre las causas de justificación generales”, aunque apunta su existencia en la Parte Especial (art. 156). MIR PUIG parece admitir el significado dualista del instituto, aunque mediando en determinados sucesos la imputación objetiva²⁴⁷.

Así, dicho jurista español justifica la validez jurídica del consentimiento en Derecho español, enfocando al art. 10 de la CE, al declarar fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad», lo que ha de conducir a considerar, por lo menos, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente²⁴⁸. Dicho por lo menos sugiere una validez relativa del principio constitucional, la que a nuestro juicio no parece enteramente adecuada ante el entendimiento monista dirigido hacia la atipicidad del consentimiento, exactamente basada también en dicho art. 10 de la Constitución española. Entiende MIR PUIG que en “algunos casos” dicho mandamiento constitucional determina la imputación del hecho al que consiente -como desarrollo de su personalidad-, negando, en consecuencia, la imputación del hecho al que actúa con su consentimiento²⁴⁹.

²⁴⁴ *Ídem., supra.*

²⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Barcelona, 1999, p. 239.

²⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 513.

²⁴⁷ *Ídem. supra.*

²⁴⁸ *Ídem.*

²⁴⁹ *Ídem.*

Contemplando la división del consentimiento amplio en dos grupos -del acuerdo y del consentimiento en sentido estricto-²⁵⁰, prosigue MIR PUIG aludiendo al eje separatista del segundo grupo donde se observan las situaciones en que la víctima consiente al ataque contra un bien jurídico del que dispone, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento²⁵¹. Recuerda MIR PUIG que incluso los doctrinarios de Alemania mayoritariamente consideran que el consentimiento otorgado en algunas lesiones, como en una operación de cirugía estética no justificable por estado de necesidad, puede llegar a ser excluyente del delito. Así, el consentimiento excluye la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles consentidos por su titular, en determinadas condiciones, aunque sin impedir la lesión de dichos bienes²⁵², es decir, pudiendo o no alejar la imputación y la tipicidad, dependiendo del contexto legal.

El consentimiento en sentido estricto recibe cobertura formal del ejercicio legítimo de un derecho -art. 20.7 del CPE, según plantean COBO/VIVES²⁵³ ya que, como causa de justificación, expresa un conflicto entre bienes o intereses, lo que es solucionado a partir de la autorización del titular a que el autor pueda lesionar o amenazar eficazmente al bien o interés jurídico de que dispone dicho titular. Entienden dichos autores que en el consentimiento la tipificación subsiste, a causa de la lesión que permanece contra el bien jurídico -no contra el objeto del hecho-, aunque se aleje la punibilidad a través de la justificación, que es expresada sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente a favor del autor. En fin, para COBO-VIVES el derecho-poder de consentir que corresponde al titular del bien jurídico disponible no contiene fuerza jurídica suficiente para expresar la libertad de acción -incluso como desarrollo de la personalidad y afirmación de la dignidad humana- con virtualidad para cambiar el concepto y el *status* del bien disponible -ejemplo

²⁵⁰ Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como consentimiento (*Einwilligung*) en sentido estricto. *Ibidem.*, p. 499.

²⁵¹ *Ibidem.*, p. 498.

²⁵² *Ídem.*

²⁵³ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 492 y más recientemente, COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DíEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.*, pp. 156 y 157.

aparente de la cuestión-, aunque tras la mediación del consentimiento, a la condición de objeto del hecho, y ubicar ese valioso instituto en la teoría del delito como causa de atipicidad.

QUINTERO OLIVARES²⁵⁴ recuerda que, al menos en la doctrina española, el consentimiento es un tema sin tratamiento global, es decir, sin referencia en la Parte General del CPE, si bien es manifiesta la dificultad para formar grupos de casos o situaciones posibles, y afirma, como opinión personal, que en modo alguno es necesaria²⁵⁵ dicha referencia, ya que al consentimiento como verdadera causa de justificación le faltan los dos requisitos externos -prescindiendo del análisis dogmático que corresponda a cada una de las circunstancias eximentes-, que son la claridad en su naturaleza y la univocidad en su incidencia en el problema penal, los cuales no son posibles de afirmar en relación con el consentimiento, que es un instituto incierto en cuanto a su actuación y consecuentes efectos. Así, mientras el consentimiento puede expresarse eficazmente como causa de atipicidad o de justificación, entiende QUINTERO OLIVARES que teniendo en cuenta la amplitud con la que está concebida en Derecho español la eximente de ejercicio del derecho -art. 20.7 CPE-, a través de ella pueden entrar también, como es lógico, todos los Derechos Fundamentales, reconocidos por la Constitución, y por supuesto se expresa el consentimiento, sin necesidad de acudir a explicaciones supralegales²⁵⁶.

Sin embargo, no se presenta tan sencilla la cuestión referida en los párrafos anteriores, incluso a través de estos ilustres raciocinios jurídicos, excluyentes sólo de la antijuridicidad. Bajo un análisis más específico, a nuestro juicio, merecen referencia básicamente dos puntos: 1) Se debe partir del principio de que consentimiento en sentido estricto es una cosa y ejercicio legítimo de un derecho es otra; es decir, cada uno de ellos posee, mantiene y desarrolla sus características jurídico-estructurales propias, y no es adecuado, bajo este punto de vista, confundirlos desde la perspectiva dogmática, máxime

²⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* Op. Cit., p. 480.

²⁵⁵ *Idem., supra.*, p. 479.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 480.

cuando el acto de consentir antecede al significado de cualquier causa de justificación, lo que torna innecesario siquiera evaluar la presencia de una justificante; y 2) Mientras no sea formalmente incluido en el Código Penal -de España o de cualquier otro Estado de Derecho- como una causa general de atipicidad directamente apuntada, la independencia científica y estructural del consentimiento es perfectamente investigada, reconocida y aplicada a nivel propio y asegurada como causa suprallegal de base constitucional -libertad de acción, autodeterminación, desarrollo de la personalidad, dignidad, etcétera-, aun cuando sea imprescindible reconocer la garantía jurídica que significa la amplitud terminológica y aplicativa del instituto del ejercicio legítimo de un derecho; éste, sin embargo, con aplicación para los presupuestos que necesiten poseer una personalidad jurídica tal a que puedan expresarse como causa de justificación, lo que no es el caso cuando media el consentimiento , y sobre todo el consentimiento como causa de atipicidad .

Además, nada impide que a una determinada causa de justificación le falte claridad en su naturaleza e incluso univocidad en el ámbito penal para que, en parte conteniendo características comunes –mayoritariamente- y en parte conteniendo otras distintas, pueda incluirse dentro de un concepto jurídico común, si genéricamente así es que se torna más inteligible y metodológicamente apropiada, según las consideraciones científicas pertinentes.

Desde nuestra óptica, al fin y al cabo, resulta muy claro que la perspectiva dualista no parece adecuada, pues creemos que el raciocinio jurídico monista del consentimiento en general como causa de atipicidad se muestra más apto a la hora de explicar la naturaleza jurídica de dicho instituto jurídico, inclusive expandiendo Derechos Fundamentales de modo claramente más satisfactorio.

Tras ese recorrido por el Derecho Penal español a cerca del pensamiento dualista de sus ilustres dogmáticos, nos referimos ahora al Derecho Penal de Alemania -tampoco hay una referencia directa al consentimiento en la Parte General del StGB alemán, sino en presupuestos de

la respectiva Parte Especial- y sus científicos, desde donde partieron los estudios más profundos –como ya apuntábamos, haciendo referencia a ZITELMANN- y el desarrollo inicial del consentimiento amplio en el siglo pasado y donde igualmente -como en España, sobre todo hoy día - se investiga con profundidad respecto a dicho tema y sus inevitables cambios en el ámbito de la teoría del delito, desde luego nos referiremos a JESCHECK/WEIGEND²⁵⁷ que, representando un ejemplo didáctico del divisionismo alemán, sintetizan su pensamiento en el sentido de que, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de acuerdo, hay distintas disposiciones penales en las que el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular, lo que, según los mismos pensadores, implica que el comportamiento descrito en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición.

Dichos sucesos, a los que la doctrina alemana mayoritaria denomina consentimiento, son analizados jurídicamente como causa de justificación²⁵⁸ pues en ellos no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello. Así, lo correcto es concebir al consentimiento como una causa de justificación²⁵⁹, pues el objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular. En fin, dichos alemanes sintetizan que, la idea de un quebrantamiento jurídico independiente de la voluntad del ofendido constituye un “planteamiento general”.

²⁵⁷ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 400.

²⁵⁸ En este sentido en Alemania, JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. (*ídem.*, *supra.*) citan por ejemplo a BAUMANN-WEBER, DREHER-TRÖNDLE, al propio GEERDS, a HRUSCHKA, LACKNER, OTTO. HONIG, KÜHL, HIRSCH, STRATENWERTH, WESSELS, WELZEL, mientras diferenciando, según los presupuestos a JAKOBS Y TRIFFTERER.

²⁵⁹ *Ibidem.*, p. 403.

La idea que determina la eficacia del consentimiento como causa de justificación, para JESCHECK/WEIGEND²⁶⁰ es de naturaleza político-jurídica²⁶¹, pues la valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo la reconoce efectivamente el Ordenamiento jurídico, ya que el uso sin restricciones de la libertad personal como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos. Según dichos pensadores del Derecho, la infracción del objeto jurídicamente protegido resulta cubierta hasta donde alcanza la libertad del titular, y desde que estén presentes los requisitos esenciales para la eficacia del consentimiento, lo que hace deducir su eficacia solamente con respecto a bienes individuales y desde que el que consiente sea el titular único del bien menoscabado. Así, JESCHECK/WEIGEND, aunque apuntan a la perspectiva de las teorías del negocio jurídico –ZITELMAN-; de la renuncia al interés -MEZGER, HONIG, VON HIPPEL-, aún siendo aceptado que bajo el consentimiento decaía parcialmente el objeto de protección, pues el injusto típico también reside en la desconsideración de la voluntad del ofendido -STRATENWERT, WEIGEND; de la renuncia a la protección jurídicopenal -GEERDS, BICHLMEIER, DREHER-TRÖNDLE, WELZEL, WESSELS-; y del Derecho consuetudinario”-HIRSCH, en ese sentido- como distintos medios jurídicos para fundamentación de la eficacia del consentimiento justificante, plantean que, no obstante, estas explicaciones no consiguen suministrar plenamente el fundamento de la fuerza del consentimiento como causa de justificación.

La primera -negocio jurídico-, no distingue los fines penal y civil; y como consecuencia los mezcla. La segunda -renuncia al interés-, no justifica que, a causa de una renuncia subjetiva apoyada en móviles que -con probabilidad- son sumamente inmorales, se pueda desligar al Estado de su misión en la protección objetiva de intereses. La tercera -renuncia a la protección jurídicopenal-, igual que la anterior, tampoco explica la razón por la que la renuncia privada sea preferida al deber del Estado en la protección jurídica de carácter

²⁶⁰ *Ibidem.*, p. 405.

²⁶¹ Respecto a esto, JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. citan a NOLL, MAURACH-ZIPF, GÔBEL, JAKOBS y otros. *Ibidem.*, p. 405.

público, y tampoco contesta el motivo por el cual el decaimiento parcial del injusto de resultado²⁶² no implica en su pleno desvalor. La cuarta -Derecho consuetudinario-, no se refiere a la fundamentación interna del consentimiento como causa justificante.

Hacia el aspecto práctico de la tesis dualista, JESCHECK/WEIGEND, reconociendo la existencia de discrepancias entre los juristas alemanes actuales respecto a dichos casos²⁶³, acuden a supuestos que sirven a la postura doctrinaria divisionista en general: quien, como donante de órganos pone a disposición su riñón para un trasplante, sacrifica una parte importante del cuerpo para ayudar a otra persona; quien, en un proceso de divorcio autoriza a su médico de familia a declarar acerca de una grave perturbación psíquica que padece, renuncia frente a los intervinientes en el proceso a un secreto rigurosamente guardado.

Sin embargo, de lo que plantea esa perspectiva separatista vigorosamente representada por JESCHECK/WEIGEND, entendemos que se deduce que, la expansión práctica, útil, crítica y justa de los mandamientos constitucionales, sobre todo cuando efectivamente vinculados a Derechos Fundamentales (del ciudadano, de la ciudadanía, de la sociedad) -más que esto a una adecuación y una necesidad plena para el medio cultural, político y jurídico-social-, imponen dicho relieve político-jurídico a la renuncia del bien jurídico por parte de su titular, con fuerza suficiente como para alejar el interés penal, sin con ello invadir la esfera de protección que debe tener y mantener el Estado hacia bienes indisponibles o hacia las partes indisponibles de ciertos bienes parcialmente disponibles y ello, incluso, en determinados presupuestos protegiendo al hombre contra sí mismo²⁶⁴. Y en este contexto de protección de

²⁶² *Ibidem*, pp. 405 y 406.

²⁶³ Quien decide tomar parte en un experimento científico en el que por un tiempo se pierde el contacto con el mundo exterior, renuncia temporalmente a su libertad de movimiento. Quien se somete a una cirugía estética, soporta un menoscabo de su integridad personal más o menos profundo -para la tesis mayoritaria en Alemania, dichos presupuestos actúan directamente como una causa de atipicidad en el ámbito de la teoría jurídica del delito, a lo que todavía no parecen inclinarse JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Ibidem*., pp. 400 y 401.

²⁶⁴ Ello, en supuestos, por ejemplo, de cobayismo (que significa la utilización de seres humanos en experiencias de varios orígenes), de venta de partes del cuerpo, a los que se refiere LÓPEZ

la persona contra sus propios actos, es necesario resaltar el rango fundamental y protector de la Constitución, por ejemplo, a partir de una cita a STEPHEN HOLMES²⁶⁵, que a su vez refiere muy originalmente a F.A. HAYEK, en el sentido de que dicha Ley constituye un medicamento institucionalizado contra lo que llama miopía crónica de determinados ciudadanos, es decir, que son normas obligatorias o frenos, aquellas contenidas constitucionalmente, contra placeres y beneficios inmediatos, aunque extrema y efectivamente perjudiciales a la propia persona y al Estado-ciudadanía. Entonces, los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor²⁶⁶.

Además, es oportuno plantear que para la teoría monista -y creemos que acertadamente- dicha “renuncia” del titular del bien jurídico, de conformidad con su acogimiento político-constitucional penal, si bien es suficiente para -repetimos- alejar cualquier interés del Derecho Punitivo, reduce al bien, en aquellos casos en que se presenta disponible, a un mero objeto del hecho, aunque sería un menoscabo a un bien jurídico si no fuera por la interferencia del consentimiento válido y eficaz, bajo la libre expresión de la voluntad del titular del derecho, desarrollando su personalidad y su propia dignidad ciudadana, que en dichos casos, no puede esclavizarse por el exceso de interferencia formal del Estado y tampoco de limitaciones sistemáticas radicales, en un escenario ciudadano que, aunque necesite seguras garantías formales, éstas deben expresarse con mayor realismo como instrumento de afirmación del propio Estado de Derecho, democrático y social, resultante de un sólido lastre sistemático del Estado liberal.

No obstante adopte y defienda la perspectiva de la teoría monista, ROXIN²⁶⁷ se refiere al consentimiento en sentido estricto –por supuesto conforme lo consideran los separatistas–, como aquél prestado por el portador

BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento...* Op. Cit., p. 12 *in fine*, inspirado en MUÑOZ CONDE.

²⁶⁵ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, disponible en internet, a través de <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/holmes%20-%precompromiso.pdf>, p. de 26.

²⁶⁶ *Ídem., supra.*

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 512, *in fine*.

del bien jurídico, y que solo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo, a cuyos ejemplos sirven mejor los tipos de daños y lesiones. Así, a modo de ejemplo si el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquél, según la doctrina dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada. El consentimiento, por consiguiente, excluye solo la antijuridicidad y en la mayoría de las veces intenta encontrar su fundamento en una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante²⁶⁸ desde el punto de vista jurídico-constitucional de la libertad de acción. Desde la perspectiva de otros juristas, dicha justificación es atribuida a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición²⁶⁹, siempre en el marco justificante.

JAKOBS es quien mantiene doctrinariamente un dualismo intermedio – doctrina diferenciadora- desde la dogmática sajona, es decir, el consentimiento tanto siendo causa de atipicidad como de justificación, de igual modo se refiere a un determinado grupo de casos en que la lesión al bien jurídico permanece, independientemente del consentimiento válido y eficaz del titular del derecho²⁷⁰, lo que, en ese sentido, es prácticamente lo mismo que la posición separatista en general, aunque dicha diferenciación mantenga determinados criterios propios. Desde esta postura, el consentimiento, aunque eficaz y realizado respecto a un bien jurídico disponible dentro del marco de la esfera de dominio de su titular, no es todavía suficiente en orden a clasificar dicho bien a nivel de objeto del hecho, ni siquiera cuando el menoscabo sea autorizado por el propio titular del derecho respectivo y del bien que le corresponde, bajo su discernimiento razonable. Así, JAKOBS insiste con el entendimiento acerca de la permanencia de la lesión, no contra el objeto del

²⁶⁸ Mejor decir, una semi renuncia, con una también semi libertad de acción, aunque el significado constitucional de los Derechos Fundamentales sea en el sentido de su expansión.

²⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 513.

²⁷⁰ Si comparamos los supuestos, se puede plantear, como de cierto modo equivalente JAKOBS considera justificante al consentimiento en las hipótesis monistas a lo que referimos como consentimiento con discernimiento satisfactorio o razonable, aunque enfoque argumentos distintos.

hecho, sino contra el bien jurídico, ya que la persona no posee capacidad para alejar plenamente la interferencia del Derecho Penal en semejantes situaciones de consentimiento.

No obstante de que expresa una toma de posición dualista, antes referida, MIR PUIG²⁷¹ afirma que la consideración de la conformidad del afectado como causa que impide la realización del tipo o, por el contrario, como causa de justificación, depende del criterio que se maneje para distinguir el tipo y las causas de justificación. Sin embargo, el conjunto de justificaciones que presentan los separatistas para distinguir el tipo y la causa de justificación en el ámbito del consentimiento, por una parte desvalorando el derecho-poder del ciudadano para decidir y expresar libremente su voluntad respecto a un bien disponible, conforme mejor convenga a sus intereses, según criterios y garantía de orden incluso constitucional, y, por otra parte, valorando demasiado el estatus jurídico del bien protegido, no nos parece lo más adecuado.

No podemos negar que, vivimos una época de inequívoca expansión del monismo en contra de una determinada fosilización del dualismo, que ha pasado sus mayores momentos de gloria dogmática y servido con relieve al Derecho Penal satisfactoriamente bien durante un tiempo en que el desarrollo de la Ciencia Jurídica en general no disponía todavía de los mecanismos del conocimiento que dispone, sobre todo, hoy día. Recordando a ROXIN²⁷² es cierto que un análisis más específico demuestra que en los casos hipotéticos del consentimiento justificante apenas es realizable, incluso según las premisas de la teoría dualista, una independización del bien jurídico frente a la decisión libre de su portador. También por esa razón se debería renunciar a la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento.

Se puede emplear un silogismo jurídico en ese escenario de divergencias dogmáticas. Es decir; a partir del momento en que se valora adecuadamente la cuestión existencial del hombre -el más importante de todos los elementos de protección constitucional en un Estado de Derecho, además

²⁷¹ En este sentido contrario, por ejemplo a ROXIN. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 512.

²⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 524, *in fine*.

cuando se ubica social y democrático- y su personalidad, reconociendo doctrinariamente, garantizando legalmente y empleando jurídicamente el relieve que contiene la base constitucional del consentimiento -premisa amplia, respecto a su derecho-poder -libertad de acción y decisión de la persona, desarrollo de su personalidad, respeto a la dignidad humana, proporcionalidad en sentido amplio, en fin el interés prioritario del ciudadano en detrimento del interés jurídicamente inadecuado e intervencionista del Estado en dichas situaciones²⁷³, lo que no significa decisivamente un conflicto o una ponderación de intereses²⁷⁴, sino el reconocimiento de la voluntad consciente y de la libertad individual superior, la que es de tal modo constitucionalmente asegurada-, confrontándola con la cuestión del bien jurídico, que bajo dicha pujanza hermenéutico-constitucional reduce dicho bien a la condición de objeto del hecho -sujeto a un natural menoscabo-, alejando la presencia del Derecho Penal -premisa restrictiva-, resulta atípico también el consentimiento en sentido estricto -conclusión silogística-, haciendo prevalecer la teoría del monismo.

3.3. Algunas consideraciones sobre el distanciamiento dogmático entre las teorías monistas y la dualista

Es obvio que no todo bien jurídicamente protegido, aunque contenga carácter o sea enteramente individual, puede -y tampoco debe- ser siempre objeto de disposición válida y eficaz de su titular en todos los casos y en todas

²⁷³ Lógica es la necesidad imprescindible del intervencionismo estatal, sin embargo para los casos de bienes jurídicos indisponibles (bienes públicos, colectivos, la vida –en principio-, ciertos tipos de lesiones corporales, etc.), incluso como medio de protección del hombre contra sí mismo, y tanto es así que el Estado, a través del legislador, puede legal y legítimamente determinar lo que son y lo que no son bienes jurídicos disponibles, aunque parezca estar (o en verdad este) en algunas ocasiones equivocado acerca del aspecto hermenéutico.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 521 y 522, hace referencia a NOLL, que presento una opinión, después generalizada, en el sentido de que en el consentimiento hay una ponderación de intereses, es decir, entre la libertad individual frente al interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos, pero desde luego, según el mismo ROXIN con ello no se da en el punto de vista decisivo. Además, siendo el consentimiento en el marco de la perspectiva unificadora un instituto de importancia cultural, interés social, notable utilidad política-criminal, así como validez y eficacia jurídica, valorando de modo positivo y creciente el bienestar y el desarrollo de la personalidad humana, como un reflejo expresivo de la expectativa y de la afirmación de adecuación y aseguramiento social, hacia la atipicidad de la conducta del autor, entonces de eso, en principio, no resulta un conflicto, sino un equilibrio. Ello tampoco impide que bajo otras ópticas dogmáticas más restrictivas se pueda estar ante una ponderación.

las situaciones en las que se le presente. Hay bienes indisponibles, individuales o no (los bienes públicos en general -indisponibilidad amplia-; la vida, en principio; ciertas modalidades de lesiones corporales), sobre los que el consentimiento de la persona titular ya no presenta cualquier validez jurídica excluyente, y todavía menos, eficacia, tanto en el marco de la atipicidad como de la propia justificación. Semejante es la situación de los bienes jurídicos parcialmente disponibles, ante los cuales el consentimiento contiene una validez y una eficacia relativa, y en algunos casos efectivamente limitada -las lesiones físicas o psicológicas, el honor, etc.-, dependiendo de la descripción legal y de las circunstancias en que esté envuelto. Estos bienes, para COBO/VIVES²⁷⁵, son renunciables, no obstante en vía de principio, dentro de ciertos límites. Conviene señalar que dichos límites son característicamente más restringidos en el marco de la teoría divisora, a causa de su sistematización hermenéutico-conservadora. El liberalismo jurídico de que se sirve seguramente la teoría unificadora tiende a expandir dichos límites, al fin y al cabo impulsando el desarrollo de la personalidad humana.

Dicho planteamiento, en general, es aceptado por las teorías del consentimiento, aunque empiecen los conflictos estructurales dentro de los grupos de casos específicos respecto a su ubicación sistemática, lo que incluso suele acaecer en el marco de una misma teoría; a ejemplo característico de la dualista, que contiene divergencias, v.g. , en cuanto a determinados tipos de lesiones quirúrgicas, tratando al consentimiento en estos presupuestos en unas como causa excluyente de la tipicidad²⁷⁶ -lo que es una tesis mayoritaria²⁷⁷ hoy en día- otras como causa excluyente de la antijuridicidad de la conducta.

Entre tanto, las afirmaciones objetiva y resumidamente separatistas entre las distintas teorías del consentimiento -monista y dualista- y que se mantienen sin permitir conciliarlas, se identifican directamente en el extremismo sistemático antagónico que adopta cada una de ellas: inicialmente, por lo que

²⁷⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 493.

²⁷⁶ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 400.

²⁷⁷ *Ídem. supra.*

respecta a la fundamentación de la capacidad del derecho-poder de la voluntad de la persona humana y sus resultados jurídicos; después, en el concepto y tratamiento del bien jurídico y de sus consecuentes efectos en el ámbito dogmático de la cronología de los elementos formadores del delito. Es decir, la razón jurídica del consentimiento en general como causa de exclusión de la tipicidad o entonces como causa de exclusión mixta: en determinados casos de la antijuridicidad y en otros de la tipicidad.

Ante todo, merece citar a CUELLO CONTRERAS²⁷⁸, el cual, aunque eligiendo el efecto excluyente de la tipicidad, se refiere al consentimiento como la frontera entre el tipo y la antijuridicidad, y lo hace muy acertadamente. El consentimiento es un instituto jurídico que contiene características especiales, las que parten con un significado endógeno evidente, profundamente interior del hombre. Ello en cuanto a su derecho-poder de autodeterminarse, perfeccionándose en sus efectos sobre el objeto o bien jurídico disponible al titular de dicho derecho, bajo el prisma de la libertad constitucional de acción y de la dignidad inherente a todo hombre, lo que, si bien se insinúa como una justificante ante determinados sucesos -porque parece haber una cierta provocación de comportamiento del agente- efectivamente esto no lo es, sino una lógica causa de atipicidad en general²⁷⁹. La explicación, la fundamentación, el convencimiento y la ubicación jurídica del consentimiento atípico resultan desde una patente renuncia jurídico-manifestación del titular del bien a toda y cualquier protección o interferencia del Derecho Penal, desfigurando el concepto dogmático de bien jurídico, que es añadida por la mediación de la expresión de la voluntad, con validez y eficacia, atendiendo al dominio autónomo del titular del derecho.

Empero, más específicamente, ¿qué motiva ese desencuentro dogmático tan extremo? Se puede, sin perjuicio del desarrollo imprescindible del tema bajo planteamientos complementarios, intentar resumir sus

²⁷⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 723.

²⁷⁹ En este orden de ideas, ubicando al consentimiento efectivo en la atipicidad de la conducta, pues falta en todo caso un bien que merezca la calificación de jurídico penal y necesitado de protección penal. véase a DE VICENTE REMESAL, Javier. *“Consentimiento y acuerdo... Op. Cit.*, p. 153.

significados en dos puntos básicos, ya deducibles de esta explicación: uno de estructura endógena y de garantía constitucional -aun de Derecho Fundamental- inherente a la persona humana y su propia dignidad y otro de características exógenas y jurídico-conceptuales acerca del bien disponible. El último está envuelta en cuestiones que dependen del vigor y de la amplitud que se reconozca o se delimite a la primera, lo que implica un comportamiento - acción y resultado- sin tipicidad, al reconocer aquella de manera más amplia y adecuada. Así, como hemos dicho, las teorías del consentimiento atípico y del consentimiento justificante se presentan bajo una perspectiva de conciliación dogmática muy difícil; quizás jurídicamente imposible. Como antes hemos señalado de manera más amplia, nos referimos a los dos ejes, fundamentalmente:

Por una parte, a la cuestión de la importancia jurídica distinta que reconoce cada una de dichas teorías a la evidente expresión del interior humano que significa el consentimiento válido y eficaz, a partir de su valoración hermenéutico-constitucional y sus consecuentes resultados –la más antigua, reconociéndole fuerza justificante para casi o todos sus supuestos en *stricto sensu*, mientras la más reciente y creciente, atribuyéndole una fundamentación dogmática muy determinada y demasiado coherente, que lo hace actuar en los campos de la tipicidad, impidiendo la propia imputación penal-.

En segundo término, complementariamente, a los efectos de dicho consentimiento -necesariamente válido y eficaz- sobre el concepto abstracto de bien jurídico, cambiándolo, de hecho y de derecho, a la condición de objeto del suceso –monismo-, o manteniendo sus características como bien jurídicamente protegido -separatismo o dualismo-. Ello implica, muy directamente en el primer caso, atribuirle capacidad atípica, mientras en el segundo, solamente justificante. En el primer supuesto, no implica cualquier bien jurídico lesionado o amenazado. En el segundo, el comportamiento reprochable básico se mantiene a causa de la lesión o amenaza al bien, lo que todavía permanece protegido por su valor jurídico no cambiado, aunque no impida la actuación de la justificante, reconociendo el derecho del autor de realizar la conducta. Y todo ello básicamente debido a que, para los postulados pacificadores de la teoría

monista, el bien jurídicamente protegido -es decir, el auténtico objeto de relevancia e interés a la protección penal- es el dominio autónomo del titular del derecho en el marco de su esfera de control personal²⁸⁰ jurídicamente asegurado dentro del sistema constitucional-penal -la autodeterminación libre, desarrollando la personalidad y afirmando la dignidad humana-, en lugar del concepto de la teoría dualista que mantiene el objeto renunciado al menoscabo como bien todavía protegido jurídicamente.

Hay una interdependencia lógica entre ambos puntos, en el sentido positivo, hacia la utilitaria finalidad jurídica y político-social atípica del consentimiento. Es decir, que todo consentimiento contiene estos dos aspectos, que si no se encuentran armonizados, impiden la configuración de dicho efecto atípico en este valioso instituto jurídico. La metamorfosis conceptual del proteccionismo jurídico del bien disponible para objeto material del hecho necesita de la interferencia expansiva y eficaz de la expresión de la voluntad humana para que eso se pueda realizar, mientras, por otro lado, es obvio que la sencilla manifestación de la voluntad, sin capacidad para imponer dicho cambio, no perfecciona sistemáticamente el consentimiento para que alcance en última instancia validez y eficacia en el marco de la tipicidad.

De lo esgrimido en los párrafos anteriores resultan una serie de diferencias sistemático-estructurales entre las dos teorías -dualista y monista-. La pacificación sistemática con respecto a un tema intelectualmente tan seductor solamente será posible cuando los seguidores de una de esas teorías puedan ceder a los argumentos de la otra, renunciando a sus planteamientos dogmáticos originales. Lo que sucede es que la fundamentación de la teoría unificadora²⁸¹ se presenta con una lógica jurídica muy peculiar y segura, además de otorgar un evidente relieve al perfeccionamiento progresista de la teoría dogmática del delito en ese aspecto, incluso destacando de manera más justa la valoración de Derechos Fundamentales -libertad, autodeterminación,

²⁸⁰ Aunque en general manteniendo un punto de vista dogmático separatista, por ejemplo CASAS BARQUERO, Enrique. *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba-España, 1987, p. 40; de conformidad a la perspectiva unificadora desde Alemania, cita que "se entiende así por bien jurídico, el dominio autónomo de quien tiene derecho sobre el objeto de la acción".

²⁸¹ A pesar de la estructura de la perspectiva dualista o separatista.

dignidad, desarrollo de la personalidad-, lo que, evidentemente, hace más difícil una renuncia monista.

Sin embargo, es adecuado plantear que, incluso sea cual fuera la teoría que se va a emplear con respecto al consentimiento para su tratamiento sistemático, es imprescindible atender a dos exigencias elementales²⁸²: 1. Que el bien jurídicamente protegido en su forma latente esté enteramente disponible -en la Ley o de conformidad al sistema en que esté necesariamente vinculado- a la expresión de la voluntad de su titular y 2. Que la amenaza o la lesión concreta que produzca el autor corresponda a la expresión de los límites manifestados por el consentimiento. Es decir, que la actividad humana debe estar dentro del marco del consentimiento expresado.

El consentimiento es un instituto jurídico necesariamente exigente, como instrumento legal de garantía jurídico-penal, y principalmente de la manifestación de la voluntad de la persona humana, lo que implica una sensibilidad dogmática muy clara. Por lo tanto, si el bien jurídico no puede ser renunciado por su titular, o si el comportamiento humano del individuo ultrapasa o no encaja en el ámbito de dicha renuncia, es lógico que no haya validez, y tampoco eficacia, en este consentimiento, el cual se torna tanto formal como materialmente inadecuado.

3.4. Toma de posición

Una vez que hemos esgrimido el concepto del consentimiento- figura tan importante en el ámbito de la teoría jurídica del delito, pero polémica en su aplicación práctica-, su naturaleza, cual ha sido su evolución y las teorías que hasta nuestros días se siguen manifestando, así como cada uno de los fundamentos bajo los cuales operan; es menester –aunque se ha venido haciendo a lo largo de dicha exposición- expresar bajo que concepción nos situamos y adherimos.

²⁸² Entre otros autores se puede consultar a COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones...* *Op. Cit.*, p. 517. con referencias en ese sentido, aunque sin las convicción monista.

Creemos que en el tratamiento del consentimiento, la valorización del hombre es el eje de la cuestión, por encima de cualquier otro. Su poder de autodeterminarse con dignidad y libertad constitucional, desarrollando su personalidad –bienes jurídicamente protegidos-, ejercitando Derechos Fundamentales, se ven envueltos en una especie de dificultad, si adoptamos los postulados de la teoría dualista, que limitan demasiado a ese derecho-poder, impidiendo su perfeccionamiento hacia la atipicidad en los cuales se estructura convincentemente la teoría unificadora.

El dogmatismo del consentimiento justificante -ante la óptica atípica- pese a la grupo de ilustres juristas que lo defienden, hace del hombre libre una especie de rehén dentro su propia libertad, que no puede expresarse con amplitud satisfactoria, debido a que no permite la hermenéutica más restrictiva del separatismo sistemático. Esta división clasifica a la persona humana más como un ente capaz de imponer peligros, amenazas o lesiones al medio social y al Estado, que como apto para desarrollar y perfeccionar su personalidad, contribuyendo a la formación de dicho Estado de forma más equilibrada social y políticamente hablando. En síntesis, el separatismo parece en cierto modo dudar de la capacidad humana de raciocinio y decisión ampliamente satisfactorias -es decir, en el ámbito del consentimiento en sentido estricto-, mientras el unitarismo no lo hace, aunque lógicamente tampoco acepte una libertad del hombre sin límites, pues de hacerlo abriría una ventana hacia la eventualidad notoriamente antijurídica de un comportamiento humano de anarquía y subversión hacia el Estado de Derecho, algo que sería demasiado peligroso por motivos elementales y que debe ser por todos reprochado. Hay intereses del propio titular del bien que necesitan ser protegidos contra él mismo -la vida, en principio y ciertos tipos de lesiones-, además de otros con superior valoración para la manutención del equilibrio institucional del Estado - cuestiones relativas a la seguridad pública-.

El entendimiento de la postura que aboga por la separación, no parece lo más adecuado para la ubicación sistemática del conjunto del consentimiento dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho, como efectivamente lo son -desde lo que expresan sus fórmulas políticas- países

como España, Alemania, Italia, Brasil, Francia, México, Portugal, etcétera, donde la Ciencia Penal, muy particularmente, refleja -o debe reflejar- directamente las características estructurales y la propia ideología del sistema jurídico a que pertenecen. Además de la discreta delimitación de Derechos Fundamentales, los que incluso, son inherentes a la propia condición humana, la restricción del consentimiento, ubicándolo en el ámbito de la justificación, parece no acompañar de manera actualmente satisfactoria el proceso de desarrollo jurídico-cultural dentro de las exigencias de la civilización progresista -aunque necesariamente responsable- que representa el mundo hoy día.

Ante lo anterior, pensamos oportuno hacer un comentario sobre la importancia de los Derechos Fundamentales -como lo hemos expresado a lo largo de la investigación- que sirven de pilar a nuestra ubicación respecto del consentimiento dentro de la teoría unitaria.

Bien así, pensamos que este tipo de Derechos –Fundamentales- necesitan ejercitarse y expandirse hacia un mundo jurídicamente más equilibrado y socialmente más justo, ya que no han recibido actualmente la atención y el respeto necesarios en este sentido -a nivel mundial- para su permanente desarrollo. Así, merece la pena decir que de manera sumamente lamentable vivimos una realidad global distinta y no expansiva de esta clase de derechos, lo que implica una preocupante inseguridad acerca de los derechos de la persona, incluso en general. Sí, temas teóricos y actividades concretas a ejemplo de la doctrina del Derecho Penal del enemigo de JAKOBS²⁸³ -donde está añadida la máxima: persona versus individuo-, del combate al terrorismo, al tráfico internacional de drogas, etc., han expresado propuestas y situaciones reales de tratamiento legal-penal tan extremo, despiadado y jurídicamente inadmisibles bajo cualquier prisma humanístico, que hay situaciones en las que los Derechos Fundamentales parecen más una conquista hoy día mantenida en el pasado –un solo ejemplo basta para resumirlo todo: la vergüenza de Guantánamo-; es decir, que el Derecho Penal se expande en parte de modo innecesario e inadecuadamente amenazador. Es imprescindible combatir la

²⁸³ JAKOBS, Günther. (parte expositiva) y CANCIO MELIÁ, Manuel (parte crítica). *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid, 2003, pp. 1 y ss.

criminalidad que avanza en todo el planeta, pero jamás con el sacrificio sistemático de estos derechos que integran la propia esencia de la civilización humana. Sobre este tema, y por todos, el Catedrático de la Universidad de Granada, MORILLAS CUEVA²⁸⁴ refiere que «el Ordenamiento jurídico-penal es una de las formas más relevantes de control social dentro de una sociedad estructurada conforme a Derecho», aunque «no es la única pero sí es, posiblemente, la más intensa en sus reacciones y la más comprometida en relación a las conductas a las que se dirige». Respecto a la expansión del Derecho Penal frente a su intervención mínima –principio fundamental de esta ciencia-, el Catedrático de Derecho Penal, cita que «es absolutamente imprescindible buscar fórmulas de concordancia entre las dos posibilidades, llevándolas a límites aceptables y racionales en ambos casos», complementando que «dicha pretensión busca un modelo futurista del Derecho Penal, con ciertos y necesarios anclajes del presente», debiendo partir de descartar definitivamente cualquier tipo de forma totalitaria de elaboración de este derecho²⁸⁵.

Analizado lo precedente y desde luego, con recuerdo más específico – por ser un estandarte en la teoría unificadora de la que somos partidarios- a ROXIN²⁸⁶, la manera de nivelarse atipicidad y justificación, a partir de la perspectiva de un sistema del delito bipartido, es sólo una: considerar atípica cualquiera que sea la conducta jurídica –justificada²⁸⁷-, aunque sin jamás confundirlas, pues son muchas y dogmáticamente poco conciliables sus distinciones sistemáticas. Sin embargo, lo más que se puede conseguir es reunir las a la tipicidad y a la antijuridicidad, como un tipo global en el aspecto del injusto²⁸⁸. Es cierto que entre la negación de la realización del tipo y la

²⁸⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *El Derecho Penal mínimo o la expresión del Derecho Penal*. Revista Cubana de Derecho. No. 25, Enero-Junio de 2005. La Habana Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba, p. 95.

²⁸⁵ *Ídem., supra.*, p. 112. A propósito del principio de intervención mínima, véase también al mismo autor en, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit.*, pp. 129-130.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 287.

²⁸⁷ Esto se puede considerar también como una forma de expresión de la teoría de los elementos negativos del tipo, donde destacamos a ARMIN KAUFMANN, MERKEL y FRANK, ENGISCH, ROXIN, etcétera.

²⁸⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 288.

negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas²⁸⁹, lo que también señala el jurista germánico. En fin, la configuración de los contenidos de cada uno de esos dos instrumentos jurídicos, integrantes y secuenciales de la teoría dogmática del delito son elementalmente muy distintos.

Actuando el consentimiento en la conducta formal de la tipicidad, ni siquiera el comportamiento propiamente humano e inspirador de la idea de un indicio de actividad infractora puede decirse configurado. Es posible que acaezca una sola insinuación mecánica sin cualquier interés formal-típico, lo que, desde luego, impide que se produzca imputación penal alguna, asegurando un evidente efecto procesal de garantía jurídica muy amplio. Además, dicha actuación acaece, sobre todo, siendo considerado con el facto del autor de actuar contra un mero objeto, simplemente del hecho, ya alejada la presencia sistemática de un bien jurídico a causa del cambio dogmático, tras la mediación del consentimiento -expresado como regla imprescindible *ex ante facto*-, demarcando una secuencia lógico-jurídica de base constitucional. Es dogmáticamente apropiado afirmar que no hay un conflicto entre la actividad del autor y los intereses tutelados por la norma que describe el tipo, sino que lo que hay, es la expresión de la voluntad humana sin mediaciones, expresando la afirmación de la norma constitucional en el sentido del desarrollo de la personalidad del titular del derecho, a partir de su autodeterminación como un Derecho Fundamental²⁹⁰.

Entendemos que el consentimiento es un problema del tipo, pues hay una renuncia directa y objetiva al bien jurídico disponible por parte de su titular, haciendo que dicho objeto de tutela desaparezca por completo a nivel de instrumento de interés penal. Su base formal es la Constitución de todo y

²⁸⁹ *Ibidem.*, *supra.*, p. 287.

²⁹⁰ Así, en este contexto, cabe señalar que la autodeterminación pertenece a los denominados derechos de tercera generación, cuya inspiración en principios universales, rebaza las fronteras nacionales alcanzando un anclaje internacional. *Cfr.* a SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Derechos Humanos y salud". En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005, p. 27.

cualquier Estado de Derecho, notablemente los sociales y democráticos. En este contexto es importante recordar, aunque ya se deduzca, que al tratarse de un consentimiento sobre un bien que esté dentro de la esfera de libre disponibilidad de su titular, el derecho-poder para dicho acto de consentir es particularmente del respectivo titular, es decir, que no pertenece al Estado, siendo un impedimento muy claro al intervencionismo.

Desde su significado general dentro del marco del sistema de Derecho Penal, el consentimiento es un tema complejo por sí sólo, máxime si no es jurídicamente tratado de manera adecuada, en la medida que, sus presupuestos heterogéneos, ante los casos prácticos van siendo analizados.

Empero, la valoración jurídico-constitucional -incluso liberal; progresista- del derecho de autodeterminarse -Derecho Fundamental y constitucionalmente reconocido en un Estado de Derecho- del titular del bien jurídico disponible, expresando su voluntad dentro del marco de las posibilidades del sistema jurídico -perfeccionando el equilibrio entre la libertad de la persona, su seguridad y el poder de intervencionismo-penal del Estado- y expresando el desarrollo de la personalidad y la propia afirmación de la dignidad humana, sirven muy satisfactoriamente al enfrentamiento de todos y cualesquiera casos que se presenten para análisis en el ámbito del consentimiento, apuntando a ellos su ubicación como causa de atipicidad dentro del escenario dogmático de la teoría del delito.

Tratar de cualquier tema dentro de la Ciencia Punitiva sin utilizar la crítica, donde reside la Política Criminal y la posibilidad del empleo más justo del Derecho, es lo mismo que atentar contra la evolución jurídica, social y cultural de los tiempos y el desarrollo y valoración de las ideas e ideales humanos; quizá permitiendo -o incluso impulsando- la más sensible de todas las ramas del Derecho a un retroceso -o como mínimo a una parálisis- de conformidad a las intenciones radicales de los formalistas, positivistas y conservadores hoy en día existentes. Esto hace recordar a ROXIN²⁹¹, cuando

²⁹¹ ROXIN, Claus. Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor "Honoris Causa del Doctor Don Claus Roxin" en la Universidad de Granada. Granada, España. 27 de mayo de 2004, p. 30.

reitera que «su personal y conocido punto de partida es el de que, el sistema de Derecho Penal debe ser construido conforme a puntos de vista políticocriminales. Porque todo Derecho Penal es necesariamente el resultado de reflexiones políticocriminales». Y así, «en el desarrollo del sistema de este tipo de derecho, hay que buscar, en primer lugar, una orientación políticocriminal que dirija y fundamente el Ordenamiento Jurídico». Pero no toda Política Criminal, contenida en un Estado de Derecho cualquiera, es apta para desarrollar las instituciones jurídicas de modo más equilibrado y crecientemente justo, de conformidad a la idea de justicia de este milenio, sino aquellas enclavadas en Constituciones con fórmula política democrática y social, a ejemplo de España, Alemania²⁹², además de Brasil, México, Portugal, Italia, etcétera. El consentimiento como causa de atipicidad es una conquista de los tiempos modernos en general y de los ideales de justicia veloz -destacadamente democráticos y sociales- más contemporáneos. Ello es un testimonio muy concreto del esfuerzo gratificante de los científicos en buscar e incrementar nuevos métodos de comprensión y aplicación de un Derecho Penal más justo. No obstante, la teoría monista del consentimiento necesita seguir desarrollándose, a ejemplo de todo lo que existe con respecto a todas las Ciencias, donde, como en dicha Ciencia Penal específicamente, que es un universo de posibilidades añadida a la *Kriminalpolitik*²⁹³, hay siempre algo posible de perfeccionarse.

Representa ya el consentimiento atípico, por la teoría monista o unificadora en general, un seguro marco histórico en el ámbito del progreso jurídico de la compleja teoría dogmática del delito. Merece decir que la teoría de la unificación constituye tanto la realidad del presente como la certeza futurista del conjunto -acuerdo y consentimiento-, ubicándolo como un evidente instrumento jurídico de actuación en el propio tipo de injusto, lo que lo hace imponerse consecuentemente como causa de atipicidad, expresando la adecuada libertad intelectual de acción del hombre, el necesario desarrollo y el exigible sentido existencial de su personalidad y la proporcional mayor

²⁹² Vid. *Ídem.*, *supra.*, p. 31.

²⁹³ En este sentido, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Política... Op. Cit.*, pp. 8 y 10.

tranquilidad social que de ello resulta. Ello hace traer a colación a ROXIN²⁹⁴, añadiendo que «el Derecho Penal del futuro se vuelve un factor de ordenación social totalmente secularizado, teniendo por objetivo llevar a una síntesis el aseguramiento de la paz, la previsión de existencia y la conservación de la libertad ciudadana».

La teoría de la unificación del conjunto de consentimiento inicia, se fortalece y se perfecciona en el ámbito de los Derechos Fundamentales y en las constituciones que los acogen. Por consiguiente, característicamente dichos derechos de estructura histórica, axiológica y dogmática, incluso supranacional, pertenecen a los Estados democráticos -y, todavía más, sociales- de Derecho. En este contexto se afirma el monismo, sin permitirse cualquier argumento de relieve jurídico fuera del Ordenamiento Positivo, recalcando que no hay sentido hermenéutico, tampoco lógica jurídica ni fundamento silogístico que justifique imponer carácter relativo a las consecuencias atípicas de la libertad de acción, que son también el desarrollo de la personalidad y de la propia afirmación de la dignidad humana, expresadas a través del derecho-poder constitucionalmente asegurado para consentir, con validez y eficacia, siempre que el bien inicialmente protegido jurídicamente esté dentro de la esfera de dominio de su titular. Ello, incluso porque, con respecto a lo que no es derecho disponible al consentimiento de la persona, la Ley y su aplicación hermenéutica -y en algunos casos de ciertos Estados las “complejas” buenas costumbres- lo impide y dispone de mecanismos para asegurarlo, aún protegiendo la persona contra si misma, en los presupuestos necesarios -auxilio al suicidio por razones banales y a petición del titular del bien jurídico protegido, mutilaciones para alejarse del servicio militar obligatorio o en busca de indemnizaciones, etc.-, aparte de atender a los intereses de seguridad ciudadana y del Estado jurídico en nombre y en complementación de aquélla.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. “El Desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo”. En, *Dogmatica Penal y Política Criminal*. Lima, 1998, p. 136.

POLAINO-ORTS²⁹⁵, tras una valiente y bien estructurada exposición del consentimiento -acuerdo y en sentido estricto para los dualistas- como un conjunto de institutos jurídicos efectivamente atípico, concluye que: «Creemos haber puesto de manifiesto que una tal distinción no sólo es dogmáticamente improductiva, sino también incorrecta, pues concede a tales figuras un tratamiento diferencial, con el pretendido argumento de una mayor facticidad del acuerdo en relación al consentimiento y de una preponderancia de la disponibilidad del bien jurídico en cuestión». Y fulmina este autor español, en el sentido de que «ambos argumentos son, a nuestro juicio, inconsistentes, y no abonan convenientemente la supuesta conveniencia de un tratamiento diferencial». Así, 1. Tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el mismo tratamiento dogmático -pudiéndose usarse, pues, como sinónimos- y 2. El acuerdo -o consentimiento- aprobatorio por parte del titular del bien jurídico excluye la tipicidad de la conducta: opera como causa de atipicidad, no de justificación²⁹⁶.

A nuestro juicio es todavía considerable la perspectiva de que el consentimiento auténtico como causa de atipicidad es también una especie de manifestación de no dilatación innecesaria del Derecho Punitivo. Así, se puede decir tranquilamente que él, el consentimiento atípico, se pone satisfactoriamente y de manera dialéctica en contra a los fenómenos expansivos criminales innecesarios tanto respecto al simbolismo, hoy día más característico en dicha Ciencia Penal, como al resurgir del punitivismo, en cuya existencia parece que se ha inspirado JAKOBS con la estructuración de la doctrina de los nombrados enemigos del Estado -especies de no personas- y a lo que muy seguramente se reporta CANCIO MELIÁ²⁹⁷ bajo rigurosa crítica²⁹⁸,

²⁹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. *Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. Cuadernos de Política Criminal...* Op. Cit., p. 197.

²⁹⁶ *Ídem. supra.*

²⁹⁷ ROXIN, Claus y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo...* Op. Cit., pp. 62 y ss.

²⁹⁸ Entre otros autores, y llevando razón, asume también una crítica extrema en contra del Derecho Penal del enemigo PORTILLO CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos.* En *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater.* Coordinado por José Miguel Zugaldía Espinar y Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid, 2004, pp. 693-720. No

en su gran parte procedente. A esas dos causas fundamentales de amplitud de la presencia penal en los sistemas de la actualidad, intentando afrontar con eficacia el crecimiento de la criminalidad realmente demasiado preocupante, creemos adecuado añadir una tercera: la falta de una política social compatible a nivel mundial. Es decir, que a menudo las cuestiones delictivas que afligen el mundo moderno contienen una base social desequilibrada que ya son comunes a muchos de los países del globo, los cuales, no obstante ya lo supieran, han silenciado hasta hoy, lo que implica la necesidad urgente de una unidad internacional con finalidades comunes a fin de que se pueda combatir mejor esta peligrosa crisis globalizada que desafía el significado de justicia y equilibrio del Derecho Penal en nuestros días²⁹⁹.

Refiriéndonos a esa expansión del Derecho Punitivo hacia el futuro en el marco de este siglo, alude ROXIN³⁰⁰ que «el número de disposiciones penales y también de los atentados contra ellas seguirá aumentando» como reflejo de la falta de mayor éxito de los métodos de control social variados, hasta que se puedan equilibrar bajo una conciencia globalizada y compleja, donde los diez

obstante, la postura doctrinaria de JAKOBS en defensa de un “Derecho Penal del enemigo” – sin analizar tampoco dicho asunto con más profundidad en este momento, lo consideramos no prudente, teniendo en cuenta el tema central de la investigación- parece, por lo menos estimular las atenciones científicas mundiales para esta terrible realidad de nuestro tiempo, que es la criminalidad de extremado rango, como lo son el terrorismo y el tráfico de drogas globalizado. Pero en realidad, con su doctrina JAKOBS no valoriza y aun menos solidifica Derechos Fundamentales, incluso básicos e inherentes a la condición humana natural, hacia lo que nombra “no personas”, algo que consideramos jurídico, política y socialmente preocupante bajo el punto de vista liberal. Igualmente véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En, *El Derecho Penal mínimo o la expresión... Op. Cit.*, pp. 108 y ss. Sobre este tema, también DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *La polémica actual en el Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal*. Segunda época III. Número 87. Madrid, 2005, pp. 297-306; cuando este autor cubano realiza un resumen sencillo y crítico en relación con las principales características sistemáticas de la “teoría de la no persona” de JAKOBS, incluso apuntando sus vínculos con otro tema preocupante hoy en día, es decir, el de los excesos del Derecho Penal de riesgo, pp. 306-310; igualmente a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *El Derecho Penal mínimo... Op. Cit.*, pp. 108 y ss.

²⁹⁹ Mientras no se deba admitir que la pobreza y la falta de una asistencia más eficiente del Estado al ciudadano es fuente de criminalidad por sí sola, tampoco se puede olvidar que la miseria y el desprecio forman en conjunto, un ambiente muy propicio para que los valores éticos y morales de la persona sufran ciertas inversiones hacia el ámbito delictivo. Además, mientras no haya un equilibrio social en los países en general, los que mejor lo poseen están de cierto modo indefensos a las importaciones de la criminalidad que reciben de otros sitios, a causa del inevitable proceso de migración (legal e ilegal) en el globo terrestre. Y cabe señalar que, el derecho a la migración internacional es una expresión fundamental de Derechos.

³⁰⁰ Vid. ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal... Op. Cit.*, p. 440.

mandamientos o normas básicas comparables son insatisfactorios ante la sociedad moderna de masas, la que exige reglamentaciones más amplias³⁰¹. Ello, de conformidad con esa vigorosa posición sajona, pese al incremento de penas variadas más leves³⁰², tampoco aleja que se va mantener con ciertos científicos la defensa, incluso de la pena de muerte y su manutención en algunos sistemas jurídicos, lo que todavía es una realidad hoy día. Así, por su estructura sistemática muy lógica y su base constitucional, el consentimiento atípico contiene un sentido valorativo de autodeterminación humana y una consecuente importancia dogmática acerca de la renuncia al objeto del hecho muy considerable como instrumento jurídico de descriminalización en el contexto justo del no intervencionismo innecesario del Estado, es decir, de una Ciencia Penal garantizadora.

A manera de un epítome unificador, podemos puntualizar diciendo que no hay que hablar, siquiera, de indicio de tipicidad formal, cuando la actividad del autor fue antecedida por el consentimiento válido y eficaz del titular del bien jurídicamente disponible, lo que aleja la imputación objetiva del hecho³⁰³.

³⁰¹ *Ídem., supra.*, p. 448.

³⁰² *Ibidem.*, p. 450.

³⁰³ Respecto a lo relacionado con la imputación objetiva estimamos prudente señalar algunas reflexiones concluyentes que hace DE LA GANDARA VALLEJO; dicha autora expresa que, lo que se ha venido llamando en sentido amplio imputación objetiva debería dividirse en dos partes distintas: una primera que contendría criterios para comprobar si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y una segunda que trataría de determinar si el resultado producido es la realización del mismo peligro jurídicamente desaprobado por la acción. Continúa manifestando que, es evidente que la segunda parte sólo sería aplicable a los delitos de resultado. Sin embargo, no hay razón alguna para limitar la verificación de la primera sólo a este tipo de delitos puesto que la finalidad de protección de las normas penales, de la cual se deduce que para el Derecho Penal sólo son relevantes aquellas acciones que crean peligros jurídicamente desaprobados o, dicho de otra forma, aquellas acciones socialmente inadecuadas, debe predicarse de cualquier clase de delito, sea éste de resultado o de mera actividad. Por tanto una de dos, o se sigue utilizando la terminología de imputación objetiva pero con conciencia de esta matización, o se deja la terminología de imputación objetiva exclusivamente para las cuestiones que atañen a la realización del peligro en el resultado y se busca una nueva denominación -la autora propone la de "imputación al sujeto"- para referirse a aquellos problemas que se dirigen exclusivamente al peligro abstracto creado por la acción, comunes a todos los delitos. Lo anterior nos hace deducir que lo que la autora quiere dar a entender -y que es a lo que nosotros nos adherimos- es que sólo existe un instituto unitario del consentimiento, el cual siempre despliega -o debería desplegar- su eficacia en el nivel de la atipicidad en cuanto causa de exclusión de la imputación objetiva. *Cfr.* DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento...* *Op. Cit.*, pp. 108-109.

4. **Ámbito de eficacia del consentimiento: Especifica referencia a los bienes jurídicos vida e integridad física**

Como ciertamente afirma el Catedrático MORILLAS CUEVA³⁰⁴, «posiblemente el apartado más intensamente discutible relacionado con bienes» inicialmente de carácter individual sea el relacionado con la vida y la integridad física, en los que el consentimiento parece presentarse sin eficacia de eximente o, como mucho, con validez limitada.

El primero y más importante de los objetos jurídicos a analizar es la vida. Generalmente es un bien irrenunciable y, en consecuencia, el consentimiento aparece como ineficaz en relación a él. Sin embargo, esto no es así en todas sus dimensiones³⁰⁵. Es el caso de las actuaciones médico quirúrgicas realizadas con finalidad curativa, con todos los requisitos de la *lex artis* o *lex artis ad hoc* en su caso (en cada una de las distintas especialidades médicas) – cuyo objetivo para nada es lesionar el bien jurídico sino mejorarlo y salvarlo- y con el consentimiento informado del paciente, que, empero, por motivos fortuitos –que puede ser muy viable en operaciones quirúrgicas arriesgadas, por ejemplo- o por la gravedad del enfermo se produce la muerte. Las respuestas a esta situación son de exclusión de la responsabilidad que puede llegar por la atipicidad de la conducta médica³⁰⁶.

También la presencia del consentimiento puede influir en la atipicidad de la conducta o en su atenuación cuando el sujeto pasivo renuncia a la vida, privándose de ella o pidiendo, y en consecuencia consintiendo, –con todo lo que ello implica y ya explicado en acápites precedentes, sin dejar de observar

³⁰⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 208.

³⁰⁵ *Ídem., supra.*

³⁰⁶ Cabe señalar que, el debate doctrinal sigue abierto sobre si en estos casos se ampara la conducta en la circunstancia del ejercicio de la profesión sanitaria del artículo 20.7 –ejercicio de un oficio- o directamente en una causa de atipicidad. *Vid.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales del consentimiento informado”. En, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coordinadores). Valencia, 2004, pp. 784-785. Debate que sin duda, creemos que no cuando el consentimiento informado es recabado efectivamente debe optarse por su atipicidad, pues conducir al 20.7 del CPE generaría diversos problemas que se generan como consecuencia del ambiente de inseguridad jurídica que respiran los médicos en el ejercicio de su profesión, circunstancia a su vez, que trae aparejada la práctica de la medicina defensiva – al respecto nos ocuparemos más adelante durante el desarrollo de la investigación-.

la postura en que nos ubicamos- que otro se la quite por determinados motivos especiales tasados. De entrada el Código Penal no sanciona el suicidio –nos referimos obviamente, a la tentativa del suicidio-. Igualmente en atención a una relativa presencia del interés privado que permite un cierto nivel de influencia de voluntad de la víctima, el legislador español *atenúa* determinados tipos que requieren un resultado muerte –inducción al suicidio, cooperación necesaria al suicidio, homicidio a petición-. Especialmente significativa es la regulación y atenuación prevista en el artículo 143.4 referida a la eutanasia, cuando se causare o cooperare activamente con actos necesarios y directo a la muerte de otro, por petición expresa, sería e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. De semejante redacción, en conexión con el resto del título, MORILLAS CUEVA deduce un camino próximo a la despenalización de la eutanasia a la víctima y la atipicidad de la eutanasia pasiva directa e indirecta y la activa indirecta³⁰⁷. Casos, por tanto, en los que el consentimiento tiene eficacia a pesar de la regla general de su ineficacia en este bien jurídico³⁰⁸.

Acaso sobre la selección de cuestiones y bienes jurídicos que estamos analizando la que mayor impacto cuantitativo y cualitativo alcanza es la referente a los delitos de **lesiones**³⁰⁹. Lo primero a plantear, acorde a esta exposición, es el propio carácter del bien jurídico protegido, que, sin entrar en este momento sistemático en sus diferentes debates doctrinales, lo situaremos en la salud, en su concepción más amplia de ausencia de enfermedad o de alteración física o psíquica, y que, en opinión de un amplio sector de la

³⁰⁷ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 209.

³⁰⁸ Vid., en este sentido a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales... Op. Cit.”, pp. 785-786. Asimismo, entre otros, GONZÁLES RUS, Juan José. *Derecho Penal español. Parte especial*. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005, p. 115.

³⁰⁹ Sobre este *ítem*, analizado desde la exégesis del CPE vigente, y, en el marco de la actividad médica, incluso resaltando algunas reflexiones en torno a las lesiones producidas al feto y el papel que juega el consentimiento de la víctima en la comisión de aquellas, véase el estudio de OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “El concepto jurídico-penal de lesión: Análisis del tipo básico del art. 147.1 CP”. En, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María Dolores García Valverde. Pamplona, 2009, pp. 1102-1117.

doctrina, es, o debería de ser, un bien disponible por la persona³¹⁰. No parece entenderlo de esta manera el Código Penal³¹¹ que parte, como ya hemos apuntado, de la regla general de que el consentimiento del sujeto no exime de responsabilidad, aunque sí la atenúa en uno o dos grados cuando se preste con los correspondientes requisitos de forma y fondo³¹². No obstante el mismo Texto Punitivo asume como excepción lo que posiblemente en términos amplios debería ser la regla, la exención de la responsabilidad criminal en las hipótesis susodichas de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

En primer lugar, las autolesiones son impunes por no típicas. Como señala GONZÁLEZ RUS en todos los casos comprendidos entre los artículos 147 a 153 “el lesionado ha de ser otro”, lo que hace atípicas las causadas por el sujeto a sí mismo, con lo que el consentimiento del titular es operativo³¹³.

³¹⁰ Por todos *Vid., Ibídem.*, pp. 140y 141.

³¹¹ En este sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, señalan de manera concluyente que dentro del Código Penal español en la actualidad “la figura del consentimiento sólo posee una virtualidad sólo atenuante de la pena”. *Vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 496.

³¹² Así, el artículo 155 contempla que “en los delitos de lesiones, si ha mediado consentimiento válida, libre, espontanea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor”. Por su parte el artículo 156 asume que dicho consentimiento exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. En el caso de un incapaz no será punible la esterilización cuando haya sido autorizado por el Juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal, previa exploración del incapaz y tomándose como criterio rector el de mayor interés de éste. *Cfr. Código Penal. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.* Edición preparada por Enrique Gimbernat Ordeig con la colaboración de Esteban Mestre Delgado, 14ª ed., Madrid, 2008, pp. 174 y 175.

³¹³ GONZALEZ RUS, Juan José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 141. También véase a SUÁREZ LÓPEZ, José María. “Los efectos atenuatorios del consentimiento en las lesiones”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani.* Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, p. 376. En relación con lo que dispone el artículo 155 del CPE, resulta de interés la conclusión a la que llega el Profesor de la Universidad de Granada, señalando que «la fórmula empleada por ese precepto no es excesivamente afortunada, y no sólo porque puede parecer reiterativa, sino también porque, a pesar de insistir tanto en algunos requisitos, silencia, como destaca la doctrina, la exigencia de que el consentimiento sea anterior o al menos coetáneo, lo que evidentemente no es adecuado

También, aunque más discutible, determinadas lesiones producidas entre los participantes en competiciones deportivas. Y posiblemente la de mayor dimensión en este debate –y uno de los objetos de estudio de nuestra investigación- las demás hipótesis de tratamiento médico-quirúrgico³¹⁴ no contempladas en el artículo 156, realizadas con consentimiento del paciente. La opinión que se piensa mayoritaria en la doctrina que compartimos se decanta por su atipicidad, desde el momento en que con semejantes actuaciones no sólo no se menoscaba el bien jurídico protegido sino lo que se persigue es la curación del enfermo, con lo que robustece el alcance de dicho bien, siendo indiferente el resultado positivo o negativo de la intervención³¹⁵. Más controvertida ha sido la valoración de lesiones producidas por intervenciones no terapéuticas, como por ejemplo operaciones de cirugía estética³¹⁶. Para un cierto sector de autores en ellas se ve afectado el bien jurídico, por lo que no es posible negar el delito de lesiones a pesar del consentimiento del paciente, con lo que, en todo caso, habría que acudir para legitimar la actuación a la causa de justificación 7ª del artículo 20. También se está en supuestos de atipicidad desde el instante en que el resultado final de una intervención de estas características puede ser tan provechoso para el

ya que hubiera sido conveniente que el mismo estuviese expresamente contemplado y no hubiera que deducirlo de la locución “si ha mediado el consentimiento”».

³¹⁴ Se define al tratamiento médico-quirúrgico como «toda aquella actividad profesional del médico, dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar –directa o indirectamente- la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona». ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho...* Op. Cit., p. 12.

³¹⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “*Aspectos penales...* Op. Cit., pp. 787 y 788.

³¹⁶ La cirugía estética constituye el mejor ejemplo de una medicina satisfactiva o voluntaria. En este supuesto a diferencia de la medicina asistencial o curativa, no existe ningún proceso patológico que motive la intervención para restablecer o mejorar la salud del enfermo, sino que es precisamente el que solicita la intervención porque desea alcanzar un determinado resultado. Así, teniendo en cuenta que aquí la obligación del facultativo es de resultados y no de medios se deberá ser muy cuidadoso al momento de determinar la posible responsabilidad del profesional, ya por cuanto hace a la mayor exigencia del consentimiento informado, ya por la mayor demanda de resultados favorables para el paciente. En este orden de ideas, véase a RODRÍGUEZ IZQUIERDO, Raquel. “Los derechos y obligaciones de los pacientes”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009, p. 421.

bienestar físico y psíquico como una intervención curativa propiamente dicha³¹⁷. Consideramos que esta última es la mejor opción.

Referencia final al aborto. El consentimiento actúa desde diversas perspectivas: cuando existe consentimiento de la mujer y se produce dentro de los casos permitidos por la Ley, la conducta del médico que lo realiza es atípica; por el contrario, es una conducta típica, cuando se practica con consentimiento de aquella pero fuera de los supuestos legales –artículo 145.1 del CPE-, hipótesis que asimismo lleva aparejada la responsabilidad penal de la mujer que consiente, incluso cuando se lo produjere ella misma –artículo 142.2 CPE³¹⁸-.

Una vez exteriorizado lo anterior, cabe mencionar que, sólo se han planteado cuestiones generales de cada uno de los escenarios en donde puede encontrar eficacia la figura del consentimiento cuando los bienes jurídicos vida e integridad física están de por medio; para pasar a entrar en detalles en acápites posteriores; señalando que será la actividad médica nuestro objeto de estudio y la importancia que tiene dicha figura.

³¹⁷ Por todos ROXIN, Claus. *A cerca...* *Op. Cit.*, pp. 287 y 288.

³¹⁸ Es obvio indicar que la penalidad más grave está referida al aborto sin consentimiento de la mujer -144.1. CPE- y al aborto con anuencia de la mujer pero conseguida mediante violencia, amenaza o engaño –144.2. CPE-.

CAPÍTULO II

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

I. Cuestiones previas

Llevado a cabo el estudio sobre la figura del consentimiento en general y puesto de manifiesto cual es la posición que adoptamos respecto del mismo, es menester dedicarnos a su análisis, en el escenario de la actividad médica³¹⁹. Es este el momento adecuado para mencionar que esta figura tiene *per se* ciertas particularidades en el campo de la Ciencia Médica en general y en el de los tratamientos médico-quirúrgicos en particular. Esto lo confirma el gran debate doctrinal –además de las controvertidas y heterogéneas sentencias jurisprudenciales- existente en relación a su eficacia en el marco de la profesión médica³²⁰. No es para menos, teniendo en cuenta que en esta área,

³¹⁹ El consentimiento del paciente juega un papel central en las intervenciones médicas, a tal punto que en la inmensa mayoría de los casos de éstas se ajustan a la obtención e incluso a los términos del consentimiento otorgado por el paciente o por sus representantes legítimos; excepcionalmente se realizan en ausencia de consentimiento o incluso contra él. La intervención médica recae sobre el cuerpo humano y su salud; de allí la necesidad del consentimiento que legitima la actuación médica. Los tratamientos médicos pueden afectar la vida, la salud y la integridad psicofísica. *Vid.* KRAUT, Jorge Alberto. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires, 1997, p. 142. Estimamos oportuno –por su interesante amplitud y aplicación práctica- dar una definición de la acepción que se tiene sobre el consentimiento informado en México –enunciativa y no definitiva- a efectos de entender cuál es el alcance del mismo. Así, nos remitimos a la estimación que efectúa Carlos Tena Tamayo sobre éste: «Es el acto jurídico no solemne, personalísimo, revocable y libre del paciente para admitir o rehusar, por sí o a través de su representante legal uno o varios actos biomédicos concretos, en su persona, con fines de atención médica; estará sujeto a la disponibilidad de derechos personalísimos autorizados por la Ley, en términos del orden público, la *lex artis* y la ética médica». No obligará al médico ni al Estado cuando ello entrañe un riesgo injustificado al paciente o se trate de la disposición de derechos irrenunciables como la vida y la protección de la salud, ni podrá ser un acto liberatorio de obligaciones de orden público o para la protección de la vida específicamente humana. El consentimiento bajo información, solo deberá de constar por escrito en los casos en que la Ley lo señale expresamente. Señala el autor que lo expuesto surge de la interpretación sistemática –cuestión que nos parece importante que se realice de esta manera a efectos de hacer un análisis somero previo a la adopción de un concepto y más aún, a la de la formulación de una Ley, ya sea general o especial- de la legislación nacional y de los principios generales del derecho. *Vid.* TENA TAMAYO, Carlos *et. al.* *Consentimiento válidamente informado*. Carlos Tena Tamayo, Gabriel Manuell Lee y Octavio Casa Madrid Mata (Editores). México, 2004, pp. 16-17.

³²⁰ La práctica de obtener la autorización informada del paciente se instituyó como medio para evitar responsabilidades en el supuesto de que el consentimiento fuera cuestionado. El

están de manifiesto dos de los bienes más preciados para el ser humano y para el Ordenamiento Jurídico en general; nos referimos a la vida y a la salud. Así, en la presente investigación manifestaremos nuestro punto de vista respecto de la “preocupante”³²¹ situación existente sobre la importancia y eficacia que pueda tener el consentimiento en el ámbito médico.

Como bien señala nuestro Profesor MORILLAS CUEVA³²², no se puede negar que, uno de los temas que dentro del ámbito sanitario ha adquirido mayor trascendencia en los últimos años ha sido el derecho de los pacientes como eje de las relaciones clínico-asistenciales.

Hay que decir que, la actividad médica³²³ supone por definición una injerencia en el ámbito de privacidad del individuo. Este rasgo impregna –de

precedente jurisdiccional de esta práctica se encuentra en una resolución dictada por el Juez Cardozo en el caso Slater contra Baker, en 1914. Ahí se subrayó la necesidad de obtener a probación para el tratamiento: “todo ser humano adulto y con capacidad mental tiene derecho a saber qué se va a hacer con su cuerpo”. *Cfr.*, respecto de esta resolución, COMISIÓN DE ARBITRAJE MÉDICO DEL ESTADO DE MÉXICO. *El consentimiento bajo información. Bases para su comprensión*. México, 2000, p. 1.

³²¹ Nos expresamos en estos términos porque la realidad en la materia que nos ocupa, no permite que lo hagamos de una manera distinta. Tenemos que ser conscientes que la actividad médica ya no posee el mismo prestigio que tenía en sus inicios -como consecuencia, el médico en la mayoría de los casos ya no se le considera como ese “Dios o figura divina” que poseía en la antigüedad y que era quien que nos ayudaría a curar nuestros problemas de salud, sino que su función ahora es cuestionada y puesta en duda-, hoy en día, sus protagonistas –personal sanitario y pacientes- se encuentran en escena con múltiples problemas latentes entre sí; problemas, que si son analizados desde afuera –cuestión que el jurista, Estado y sociedad no debe hacer; sino todo lo contrario, es decir: actuar verticalmente a este gran problema- y se tratara de encontrar cuáles son sus causas, terminaríamos por decir que los generadores centrales son: el deterioro de la relación médico-paciente, incertidumbre en cuanto a la eficacia del consentimiento informado –ya detallaremos todos los problemas que ésta sola causa genera-, falta de apego por parte de los médicos a las reglas de la *lex artis* y *lex artis ad hoc*, pérdida de la ética médica y cuestiones de medios –económicos, humanos, etc.- en los servicios de salud. Es por esto, que es un tema actual, que representa un problema social y que por ende debe ser atendido correcta y objetivamente; no hacerlo, significaría –además de un aumento desmedido en juicios derivados de responsabilidad profesional- hacer parasitarias a las distintas normas que, sobre consentimiento e información al paciente se han creado. Recordemos que sólo a la luz de la compenetración entre Derecho y realidad social en un marco de garantías se comprende el verdadero significado de la norma.

³²² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos Penales... *Op. Cit.*”, p. 765.

³²³ Conforme con lo declarado por el Comité de Expertos en problemas legales del Consejo de Europa, bajo la expresión acto médico se comprende todo tipo de «tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad», amplia descripción comprensiva de, prácticamente, cualquier acción practicada en el marco de la relación médico-enfermo. No obstante, dada la

manera particularmente distinta a cada ser humano- de principio a fin la situación del paciente³²⁴ cuando solicita de ayuda profesional. Desde que éste confiesa al galeno su sintomatología, y con ello le hace partícipe de sus datos íntimos, hasta que se somete al tratamiento prescrito, con el que se afecta el soporte material mismo de su existencia –su integridad física-, se ven implicadas como en ningún otra actividad las diversas aristas de la esfera más íntima y personal del individuo. No es por ello de extrañar que desde las coordenadas de una ordenación estatal que proclama como uno de sus pilares básicos *la autonomía*³²⁵ *y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del*

existencia de pluralidad de definiciones aportadas tanto por los diferentes textos como por la doctrina científica sobre lo que significa o engloba la actividad médica, podemos tratar de sintetizar las mismas, sin ánimo de exhaustividad, del modo siguiente: Conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por los médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tienden, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas físicas, psíquicas y sociales.

³²⁴ En la Medicina y en general en las ciencias de la salud, el paciente es alguien que sufre dolor o malestar físico o psíquico –muchas enfermedades causan molestias diversas y un gran número de pacientes también sufren dolor-. En términos sociológicos y administrativos, paciente es el sujeto que recibe los servicios de un médico u otro profesional de la salud, sometiéndose a un examen a un tratamiento o a una intervención. *Vid. Diccionario de la Lengua Española...Op. Cit.*

³²⁵ Respecto a esto, tenemos que autonomía significa, desde la perspectiva del paciente, derecho a tomar las decisiones que le parezcan convenientes, por lo tanto, obligación del profesional de respetar la voluntad de quien recurre a sus servicios. Empero, sería excesivo llevar ese respeto hasta el extremo de vincular al médico con decisiones absurdas o inadmisibles, técnica o éticamente. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad penal del médico*. México, 2004, pp. 279-280. «De tener fundamento –el principio de autonomía- en el respeto de las decisiones autónomas del paciente, con base en la información, discusión y consulta sobre sus preferencias o consentimientos, puede llegar a convertirse, según acceden algunos especialistas en la materia, en la demanda voluntariosa del paciente de acuerdo con su preferencias, aún en perjuicio de su propia salud o de su propia vida». La autonomía también es aplicable desde el ángulo del médico; este tiene su propio veto: el veto a no prescribir tratamientos considerados profesionalmente como dañinos o inútiles. JUÁREZ DÍAZ GONZÁLEZ, Norma. “Fortalecimiento de la relación médico-paciente como medida preventiva de conflictos médico-legales”. Memoria 1er simposio internacional. Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico-paciente. México, 1997, pp. 304-305. Se profundiza en este tema señalando los elementos de un principio de autonomía justa: a) Racionalidad para evaluar claramente las situaciones y escoger los medios adecuados; b) La libertad para hacer lo que se decide, o al menos actuar sin coerción ni restricciones irracionales. Esto –subrayamos- elimina el viejo paternalismo beneficiarista. Es reconocer la dignidad y libertad del paciente. Un enfermo competente con un profesional cualificado. *Vid. NÚÑEZ GARCÍA, Javier. “Las seis versiones de la biomédica”. Memoria del primer congreso nacional de bioética. Comisión Nacional de Bioética. Academia Nacional Mexicana de Bioética. México, 1997, p. 131. Cfr., al respecto KRAUT, Jorge Alberto. Los derechos... Op. Cit., p. 176.*

individuo, suele reconocerse de forma prácticamente unánime que el tratamiento médico reclama, como presupuesto mínimo de su conformidad a Derecho, la concurrencia del consentimiento informado del paciente³²⁶. Sólo cuando éste asiente en acudir a la consulta, en revelar sus datos íntimos y en someterse a una terapia, la mayoría de las veces invasiva de su integridad física, el acto médico puede adjetivarse como legitimado.

De hecho el dato relacionado con que la actividad médica suponga por definición una intromisión en la esfera más íntima y personal del paciente justifica que la preocupación por garantizar el respecto tanto de su intimidad como del sentido de su voluntad encuentre, incluso, anclajes constitucionales³²⁷. Así, por lo que a lo primero se refiere, el respecto a la intimidad, su protección constitucional encuentra inequívoco reconocimiento en el artículo 18 del Texto Fundamental cuando consagra en términos generales el derecho a la intimidad personal, que reclama, como uno de sus aspectos, que el conocimiento de datos tan íntimos como relativos a la salud sólo se legitime cuando el afectado consienta en tal sentido. Otro tanto puede decirse respecto al segundo aspecto, a saber el relativo a la necesidad de respetar el sentido de su voluntad con el contenido esencial de un Derecho Fundamental en la fase de tratamiento propiamente dicha. Tampoco ahora existen dificultades a la hora de implicar la exigencia de una declaración de voluntad con el contenido

³²⁶ Es precisamente, como eco de eso reclamo –basado en el respeto y garantía de la autonomía y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo- que creemos que cuando el consentimiento se proporciona de manera eficaz, es la atipicidad de la conducta lo que debe tenerse como resultado.

³²⁷ Ante esto, merece la pena mencionar que hay quienes afirman que el consentimiento informado no se instituyó para proteger al médico de un procedimiento judicial, sino para proteger a los enfermos de un posible abuso por parte de su médico; por ello el consentimiento informado es una obligación legal. Cfr. GÓMEZ VELÁZQUEZ, Luis y GÓMEZ ESPINOSA, Luis Néstor. *El consentimiento informado en el hospital de ortopedia Victorio de la Fuente Narváez*. Memoria II Congreso Nacional de Bioética. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética -Universidad de Guanajuato- Centro de Investigaciones en Bioética, 1998, p. 459. En principio, la autorización informada se reducía al derecho de otorgar aprobación. Actualmente, concebida como consentimiento informado, presenta diversas ventajas importantes: “mayor entendimiento del paciente en cuanto a su enfermedad –que como veremos más adelante no siempre puede resultar favorable- y la función que le procedimiento desempeña en su tratamiento, corresponsabilidad en el actuar de los procedimientos médicos o quirúrgicos y mejoramiento en la relación médico-paciente”. DOBLER LÓPEZ, Irving. *La responsabilidad en el ejercicio médico*. México, 1999, pp. 45 y 46.

esencial de un Derecho Fundamental: el derecho a la propia integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución española³²⁸. Así, en la medida en que prácticamente la realización de cualquier terapia presupone un acto de injerencia sobre el propio cuerpo, la exigencia constitucional de respecto a la integridad física llevara a considerar ilegítima cualquier actividad médica que no cuente con el consentimiento del paciente. Todo ello sin desconocer otros preceptos constitucionales que con carácter general respaldan igualmente la exigencia de consentimiento de éste. Baste pensar en el artículo 1.2 del Texto Constitucional que propugna como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico la libertad, o en el artículo 10.1, que refiere entre los fundamentos del Orden Político y la paz social³²⁹ el respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad³³⁰.

Empero, la afirmación anterior en torno a la exigencia de la voluntad del paciente como requisito legitimador de cualquier acto médico, pese a descansar en un principio jurídico indiscutido y echar sus raíces en el propio Texto Constitucional, podría enturbiarse, y de hecho con frecuencia se enturbia, cuando se contempla a la luz del móvil mismo que inspira la práctica medica así como cuando se tienen presentes otros intereses también protegidos constitucionalmente y que pudieran presentarse, incluso, como de superior rango.

En primer lugar por lo que se refiere al medio que inspira la práctica médica, debe recordarse que la razón de ser de esta, al menos como regla

³²⁸ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal (artículo 143)*. Valencia, 2000, pp. 36 y ss.

³²⁹ En este sentido, la Sentencia de 12 de enero de 2001 de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma: «Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la Ciencia Médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra su fundamento y apoyo en la misma Constitución Española en la exaltación de la dignidad de la libertad de la persona que se consagra en su artículo 10. 1, pero sobre todo en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias...»

³³⁰ Es por la propia relación entre el consentimiento y la tutela en cuanto a esta figura por parte del Texto Fundamental, que nuestra postura de dotarlo de efecto atípico adquiere una importante relevancia.

general, es la eliminación de la enfermedad, el intento de paliar los sufrimientos y, en definitiva, de ofrecer al paciente una mejor calidad de vida y, en su caso, la continuidad de la misma³³¹. Desde esta perspectiva, que hunde sus raíces en la función de la medicina según la ética griega hipocrática del siglo IV., a. de C., la actividad médica representa de por sí un interés, una finalidad en sí misma, que contemplada en términos estrictamente objetivos y desde la fría lógica de la racionalidad, puede presentarse tan digna y necesitada de protección como la salvaguardia de la libertad del paciente. En segundo lugar, a oscurecer la aparente simplicidad de la premisa que afirma la prevalencia incondicionada de la voluntad del paciente vendría a contribuir el dato de que el conflicto descrito, insistimos en la práctica médica, responde a su vez a una tensión conflictual entre intereses de rango constitucional. Si, como señalábamos *supra*, es cierto que el reconocimiento constitucional de los derechos a la intimidad e integridad física del enfermo reclama que éste preste su consentimiento al acto médico de que se trate, no lo es menos que el Texto Fundamental protege en su artículo 15 la vida y la salud como bienes jurídicos de más elevado rango, lo que pudiera justificar que, llegado el caso, se considere preferente su preservación frente a la voluntad del portador³³².

Esta confrontación de intereses perfila claramente los dos extremos de un binomio consustancialmente conflictual: por un lado, el interés en la

³³¹ Esta es una cuestión que, pensamos se mantiene en el olvido por parte de los órganos de administración de justicia en general y de la sociedad en particular, ya que esta última, cada vez más, desconfía en la actividad galénica. Consecuencia de esto, es el acelerado aumento de demandas presentadas por responsabilidad profesional, independientemente de que procedan o no –mientras tanto el profesional sanitario tiene que lidiar con todos los efectos que trae aparejado la presentación de una denuncia de este tipo en su contra-. Sobre la realidad española, véase el estudio de DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. “*El médico ante el Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 147-150. De dicho análisis, que constituye parte del Proyecto de investigación de “Derecho Sanitario: convergencia de principios de responsabilidad médico-sanitaria en el marco de la Unión Europea”, queda patente el incremento del interés del ciudadano por el funcionamiento de los servicios sanitarios y por exigir una prestación de mayor calidad.

³³² Claro ejemplo de esto lo podemos encontrar en los casos de extrema urgencia donde salta a la luz la figura del consentimiento presunto y en aquellas otras situaciones que durante la intervención quirúrgica el paciente, que es Testigo de Jehová, requiere de una transfusión de sangre, estando de por medio nada menos que su propia vida. En este caso, somos de la particular idea que debe valer más la preservación de ésta que la voluntad del paciente o sus familiares; máxime si, como se plantea –y ocurre frecuentemente en la práctica- es una situación de urgencia y es función primordial del médico preservar la vida.

curación; por otro, el respeto del derecho del paciente a decidir en condiciones de libertad si desea recorrer y en su caso, hasta donde, el camino que, según la indicación del médico, le llevará o podrá llevarle a dicha curación. A la prioridad que se dé a cada uno de los elementos de este binomio responden, respectivamente, los enunciados de dos máximas que pueden considerarse clásicas: *salus aegroti suprema lex* y *voluntas aegroti suprema lex*, enunciados que dan paso a otros tantos modelos en torno a la forma de enfocar la relación médico-paciente; por un lado, el modelo *paternalista*, afanado en buscar la beneficencia del enfermo; por otro, el de *autonomía*, preocupado por garantizar el respeto de su voluntad³³³. Así, es en éste último principio –sin que esto sea óbice para afirmar y concordar con que es la beneficencia del enfermo la que el médico debe perseguir en todo momento- en el que nosotros nos ubicamos para señalar que, precisamente a ese respeto de la autonomía del paciente –no olvidando que es un derecho consagrado constitucionalmente- la práctica médica –atendiendo al caso concreto- puede encontrar ya, la atipicidad de la conducta del médico, ante determinados conflictos generados por el ejercicio de su profesión.

Al menos, *prima facie*, cada uno de aquellos enunciados parece situar los intereses que respectivamente atienden en una relación de mutua exclusión. La primera opción, la preocupada por preservar la salud, es propia de una concepción paternalista de la Medicina basada en el ejercicio, si no ya de una suerte de función sagrada o sacerdotal, como fue en sus primeros tiempos, si de una función graciosa o asistencial de la que el enfermo es un simple beneficiario y desde cuyos esquemas, por tanto, el consentimiento es un elemento extraño o, al menos, adquiere un papel secundario cuando, no se

³³³ Si bien, enunciamos este modelo, es posible realizar clasificaciones más amplias, como la que distingue entre los siguientes modelos: paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo, atendiendo a las distintas concepciones de los objetos de la relación, las obligaciones del médico, el papel que desempeñan los valores del paciente y la manera de concebir su autonomía. Véase al respecto a GALÁN CORTÉS/MÉJICA/CÁRCABA FERNÁNDEZ. En, “Bioética y consentimiento informado”. *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 2000, pp. 74 y ss. Así mismo, sobre esta clasificación véase también el minucioso estudio de EMANUEL J., Ezekiel y EMANUEL L., Linda. “Cuatro modelos de la relación médico- paciente”. En, *Bioética para clínicos*. Madrid, 1999, pp. 109 y ss.

contempla, incluso, como un elemento distorsionador³³⁴. Al dar prioridad a la preservación de la salud, la voluntad pasa a ocupar un segundo plano, de tal modo que legitimidad de la actuación médica habría de hallarse en la realización por parte del profesional de todo lo que la Ciencia Médica aconseje para tratar la enfermedad en cuestión. Dicha concepción, que se corresponde con la propia significación etimológica de la palabra enfermo (*infirmus*, sin firmeza física y moral), contempla al paciente como un ser frágil que únicamente demanda protección y, con ello, pasa a segundo plano tanto su información como su consentimiento. Desde estos esquemas deben entenderse las críticas que se han formulado a las exigencias de estos aspectos. Son las que denuncian, por ejemplo, que el instituto del consentimiento se base en una premisa errónea, porque los pacientes no desean ser informados ni participar en el proceso de toma de decisiones; que consiste en una tarea inútil, porque los destinatarios no comprenden la información que se les transmite debido a su complejidad e incapacidad personal para evaluarla; que genera una angustia innecesaria en el paciente y que propicia la aparición de molestias y efectos secundarios; o que la información puede ser perjudicial en tanto que el temor y la angustia pueden hacerle perder un tiempo precioso para la eficacia de la terapia o incluso propiciar el rechazo de los procedimientos que necesita, poniendo así en peligro su vida y su salud³³⁵. En suma, desde esta configuración, el médico asume un papel tutelar del paciente, a quien trata, antes que como un ser libre, como una persona necesitada de curación³³⁶.

³³⁴ Debe observarse por otra parte que, como explican ORTS BERENGUER, Enrique y GUINARTE CABADA, Gumersindo; esa comprensión de la Medicina, ajena a la exigencia del consentimiento del enfermo era también propia de las fases menos avanzadas de su desarrollo. Porque con mucha frecuencia, la información que el médico podía suministrar al enfermo era escasa y de dudoso rigor, o exacta en el diagnóstico del mal, pero sin remedio conocido para él –y entonces proporcionarla sin más podía ser una crueldad gratuita-, por lo que el consentimiento informado en los siglos anteriores al XX, era una quimera de casi imposible prestación, en “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del consentimiento informado”. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a José Cerezo Mir*. Madrid, 2002, p. 890.

³³⁵ En relación con esta y otras críticas, véase SIMÓN LORDA, Pablo. *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*. Madrid, 2000, pp. 268 y ss.

³³⁶ Vid. LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Historia Universal de la Medicina*. Versión electrónica, disponible en CD. Barcelona, 2000.

A esta filosofía puede decirse que responde también la que se ha dado en llamar ética asistencial (*Ethik der Fürsorge*), para la que el acento debe ponerse en el bienestar del paciente (*Wohlergehen*) en lugar de en su autonomía –cuestión que en muchas ocasiones prácticas, y atendiendo el caso concreto, suele ser el razonamiento más eficaz para el paciente-. El papel central lo ocuparía entonces la confianza en la relación médico-paciente, con la que se trata de generar un clima comunicativo en torno a lo que resulte más conveniente para el bienestar del enfermo, lo que desplazaría el protagonismo de la exigencia de información como presupuesto para la autonomía del individuo y situaría en su lugar el desarrollo de virtudes como la compasión o el reconocimiento de las limitaciones de la capacidad del enfermo. Es eso lo único que, según sus defensores, permitiría contemplar al enfermo ante todo en su dimensión humana³³⁷.

Por el contrario, si se hace prevalecer la segunda máxima, «*voluntas aegroti suprema lex*», la legitimidad de la actuación médica habrá de descansar sobre el consentimiento del enfermo, una exigencia que a su vez

³³⁷ En el marco de exaltar la importancia de mejorar la relación médico-paciente creemos que, la capacidad para establecer una relación personal entre el médico y el paciente ha sido ponderada como una de las habilidades fundamentales del clínico, no sólo porque propicia la obtención de la información directa, necesaria para la toma de decisiones, sino porque permite también percibir la derivada de la expresión no verbal y porque tiene, en sí misma, una indudable capacidad terapéutica. La entrevista arroja los datos requeridos para el diagnóstico en más de tres cuartas partes de los casos, y permite establecer más diagnósticos que la exploración física y los datos de laboratorio juntos. En psiquiatría, por ejemplo, una buena proporción del diagnóstico y el tratamiento ocurren durante la entrevista entre el médico y el paciente. Se ha demostrado que los médicos hacen, dicen, sienten y creen cuando interactúan con los pacientes afecta los desenlaces de la atención. Se ha dicho que los pacientes casi nunca verbalizan sus emociones directa y espontáneamente, sino que ofrecen claves, y que si el médico no tiene la habilidad de percibir las y atenderlas es como el cirujano que pasa por alto una hemorragia en el campo quirúrgico. La capacidad de conversar (que no de interrogar) con el paciente no se limita a formular una serie de preguntas, a la manera de una lista de cotejo, que deberían de contestarse para cumplir con la historia clínica, sino que es la habilidad fundamental del clínico la que le permite obtener información diagnóstica, ir construyendo una relación terapéutica y preparar el terreno para una eficiente asesoría. Con más amplitud sobre la importancia de una buena comunicación y esa responsabilidad que debe estar inherente al galeno en función de brindar un clima de confianza y seguridad al paciente véase a LIFSHITZ GUINZBERG, Alberto. "Relación médico-paciente, avance tecnológico y responsabilidad legal del médico". En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005, pp. 43-46.

demanda, como tendremos ocasión de ver, la información del paciente. Conforme a estas premisas, los límites de la legitimidad de la actividad médica habrán de trazarse allí donde ya no alcance dicha voluntad del paciente. Por ello, aun cuando la intervención fuera necesaria para salvaguardar su salud, e incluso en casos extremos su vida, habría de omitirse si con ella se lesionase el derecho del paciente a decidir, –cuestión que por supuesto no consideramos prudente- en condiciones de libertad, si quiere, y hasta donde, someterse a una terapia. Frente al papel al papel paternalista o tutelar que adopta el médico en la concepción anterior ahora desde estos esquemas se potencia la condición del paciente como persona antes que como enfermo; como sujeto libre antes que como objeto de la terapia. Desde estas ideas su consentimiento se erige en valladar inexpugnable de la legalidad de la *praxis médica*, dando paso a lo que se ha dado en llamar un modelo de autonomía. Sólo de forma excepcional, cuando concurra un interés supraindividual, podría restringirse o acotarse esa libertad. Es lo que sucedería, por ejemplo, en los casos de vacunaciones obligatorias, de adopción de medidas profilácticas respecto a enfermedades contagiosas o en general, ya en el Derecho español, en cualquiera de los supuestos comprendidos en la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, casos en los que hacen acto de presencia intereses de dimensión social que desbordan la óptica eminentemente privada de los derechos individuales del paciente³³⁸.

Con un incuestionable punto de arranque en el sistema norteamericano, puede decirse que la aceptación de esta segunda máxima que eleva a primer plano el derecho del paciente a decidir es, al menos desde la década de los setenta, la que impregna la práctica médica actual³³⁹. Si bien, como

³³⁸ En este sentido, el artículo 9.2 a) de la Ley 41/2002 (que de ahora en adelante nos referiremos como LRAP o Ley 41/2002), excepción a de la regla general de exigencia de consentimiento los casos en que exista “riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medida pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas siempre que disponga el internamiento obligatorio de personas”.

³³⁹ De forma exhaustiva, GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, 1989. Vid. También, entre otros, SIMÓN LORDA, Pablo. “El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias”. En, *Bioética para Clínicos, Op. Cit.*, pp. 137 y ss., el mismo en *El consentimiento informado, Op. Cit.*, quien ofrece una detallada

apuntábamos *supra*, aún pueden descubrirse defensores de un modelo paternalista, como los seguidores de la llamada ética asistencial, hoy día se reconoce de forma mayoritaria la necesidad de respetar como punto de partida de cualquier actuación médica la voluntad del enfermo³⁴⁰. La implantación de ese modelo ha venido de la mano del proceso de juridificación que ha acompañado a la relación médico-paciente, traducido en el reconocimiento de todo una gama de derechos de éste y la consiguiente igualdad jurídica de ambos. Desde sus cánones, está fuera de discusión que el consentimiento del enfermo es presupuesto de la licitud de cualquier terapia³⁴¹, en cuanto que así obliga entenderlo la necesidad de *respetar el libre desarrollo de su personalidad*³⁴². Superadas, hoy en día, tanto una concepción meramente beneficiaria o graciosa de la sanidad como las concepciones sociales en torno al concepto de salud, conforme las cuales la procedencia del acto médico debe ponderarse no sólo en función de intereses individuales sino también colectivos, es el individuo el único legitimado para disponer sobre su propio cuerpo- salvo algunas excepciones; tal es el caso de menores, incapaces y casos de extrema urgencia en donde no se pueda recabar el consentimiento informado por parte de su titular-. Por ello debe adoptar una decisión que sólo podrá considerarse expresión de una voluntad madura y responsable cuando se forme en condiciones de libertad.

El planteamiento anterior, en la medida en que descansa en la superación del concepto de salud en términos estrictamente físicos, supone, a su vez, partir de una concepción distinta de aquella, en la que el baremo con el

evolución de la aceptación médica de la autonomía del paciente al hilo del desarrollo de las bases filosóficas de los distintos modelos sociopolíticos, pp. 225 y ss., *Vid.*, también en la misma obra un amplio recorrido por el desarrollo de la teoría legal del consentimiento informado en las decisiones jurisprudenciales propias del sistema del *Common Law* norteamericano, pp. 43 y ss., así como su plasmación en los distintos textos legales, pp. 67 y ss.

³⁴⁰ Consecuencia de esto, es el desarrollo constante y creación de diversas leyes que tienen como objetivo fundamental, establecer una regulación clara y ordenada en cuanto a la autonomía de los pacientes.

³⁴¹ En la doctrina italiana, entre otros, IADECOLA, Gianfranco. "La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico". En, *Giustizia penale*. Milano, 1986, p. 74.

³⁴² STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen, 1997, pp. 248 y ss.

que mensurarla pasa, ante todo, por el reconocimiento de un concepto de bienestar psíquico que se manifiesta en la idea más amplia de bienestar personal³⁴³. De hecho, este concepto de salud, lejos de ser una mera elaboración doctrinal o teórica, encuentra acomodo en distintos textos y declaraciones, siendo, sin duda, la que de forma paradigmática refleja esta idea el concepto de salud que ofreciera la Organización Mundial de la Salud en 1947, como “el estado completo de bienestar físico, psíquico y social”.

Este enfoque amplio del concepto de salud está en la base de la exigencia del consentimiento del paciente como presupuesto legitimador de la actividad médica. Mientras que cuando aquélla se agotaba en el mero dato de la ausencia de enfermedad en sentido estrictamente físico era el médico quien estaba legitimado para decidir por el enfermo conforme a los parámetros de lo más conveniente, la comprensión de la misma como estado de bienestar obliga a atender en primera instancia al contenido de la voluntad del enfermo³⁴⁴. Si ésta y los actos ordenados al proceso de su sanación concurren por caminos opuestos, la actividad curativa incidirá solamente en su estado físico, pero no en el concepto más amplio de bienestar y, por tanto, no podrá adjetivarse entonces más que como ilícita³⁴⁵.

La aceptación de un modelo de autonomía tiene importantes repercusiones prácticas. Prescindiendo de momento de cuales sean las consecuencias jurídicas que pueda acarrear el desconocimiento de la voluntad del paciente, baste señalar dos efectos inmediatos de aquella afirmación. La primera, que la primacía de la voluntad del enfermo no sólo conlleva la necesidad de respetar la misma aun cuando resulte contraria a lo que habría decidido un paciente “sensato”, sino que habría que convenir que justamente la razón de ser de dicha máxima encuentra su genuino sentido cuando se abandona el campo de las decisiones sensatas y de las recomendaciones

³⁴³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Libertad de terapia versus consentimiento”. En, AA.VV. *Bioética, Derecho y sociedad*. María Casado (Coord.). Madrid, 1998, pp. 110 y ss.

³⁴⁴ Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “*Libertad de terapia... Op. Cit.*”, p. 112.

³⁴⁵ Es oportuno señalar, que nosotros consideramos algunos casos excepcionales, tal es el caso de las situaciones de urgencia en donde no es posible recabar el consentimiento y no existe familiar alguno que pueda asentar el proceder del galeno; esto es lo que se ha venido a llamar el consentimiento presunto y del cual nos ocuparemos más adelante.

médicas y el profesional tiene que respetar una voluntad del enfermo contraria a sus intereses. La segunda consecuencia, reverso de la anterior, es que, como señala CORCOY BIDASOLO, al concebirse la salud, no en términos estrictamente físicos, sino como un aspecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, habrán de considerarse lícitas, las intervenciones que objetivamente no beneficien la salud física del paciente pero, sin embargo, mejoren su salud desde el punto de vista de la comprensión amplia de aquel concepto en cuanto estado de bienestar. Por ejemplo, pensemos, en las intervenciones de cirugía transexual o en las que tienen una finalidad meramente estética.

Con todo, no puede ignorarse que el reconocimiento de la importancia del consentimiento del paciente y, con ello, de su información, no tiene porque presentarse necesariamente como resultado de un pulso ganado a la otra máxima, esto es, la que acentúa la atención a su salud. Al contrario, es perfectamente posible ofrecer una versión de ambos intereses que los presente de forma entrelazada, como aspectos que conviven en la práctica médica actual o, al menos, que convergen en determinados tramos de la misma garantizándose recíprocamente su vigencia. De hecho, en no pocas ocasiones ambas aristas del problema están llamadas a actuar de modo complementario, entrando así en una suerte de simbiosis que conjuga y completa mutuamente su sentido. Así lo apuntan los propios profesionales de la medicina cuando destacan que en el éxito de la labor curativa juega un papel nada desdeñable la voluntad de curación del paciente. Y no tan sólo desde un punto de vista psicológico –teniendo en cuenta que una parte considerable de las enfermedades tienen una importante influencia de carácter psicosomático-, sino también desde el ángulo objetivo de la eficacia misma de la terapia, en cuenta que ésta requiere muchas veces un intercambio comunicativo entre médico y paciente que proporcione datos tan básicos y a la vez tan necesarios como pueda ser la evolución que experimentan la enfermedad y su sintomatología en función de la clase de tratamiento, su dosis o la forma de administrarlo.

En síntesis, puede decirse que hoy en día la confrontación tajante y absoluta a la que hacíamos alusión previamente entre la libertad del paciente, de un lado, y el interés en su curación, de otro, no corresponde a una polémica abierta que estuviera aún pendiente de resolverse. Porque si bien es cierto que la finalidad de la actividad médica es la curación del enfermo, hace tiempo que el consentimiento de éste se reconoce como presupuesto de aquélla en cualquier Estado que haya abandonado cánones autoritarios o actitudes paternalistas extremas³⁴⁶. En este sentido, además de numerosas leyes sectoriales³⁴⁷, regionales³⁴⁸ e incluso de declaraciones en el orden internacional³⁴⁹, dicha exigencia se ha plasmado en los textos positivos nacionales que con carácter general regulan los derechos de los pacientes³⁵⁰.

³⁴⁶ Sobre la evolución del consentimiento informado a la luz del principio de autonomía véase la completa exposición que ofrece GRACIA GUILLEN, Diego Miguel. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, 1989, pp. 155 y ss. *Vid.*, también a GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Madrid, 2001, pp. 51 y ss.

³⁴⁷ Así, por sólo citar algunas normas, los apartados b) y c) del artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, contemplan, respectivamente, la exigencia de la información y el consentimiento del donante; el artículo 3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se ocupa de garantizar la información y asesoramiento que deben recibir tanto quienes recurran a ellas como quienes actúen como donantes, contemplando en el apartado cuarto un formulario de consentimiento informado dirigido a la mujer receptora de éstas técnicas. Conforme a su artículo 6.2, entre la información proporcionada a la mujer se incluirá, en todo caso, “la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se pueda derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada”- Por su parte, las exigencias de información y consentimiento se encuentran rigurosamente recogidas en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, en relación con las diferentes conductas que contempla (arts. 13 y ss., 46 y ss.).

³⁴⁸ Véase por ejemplo el artículo 2 de la Ley 21/2000 de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica, los artículos 10 y ss., de la Ley 1/2003, de 28 de enero de derechos e información al paciente, de la Comunidad Valenciana, los artículos 12 y ss., de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares, o los artículos 18 y ss., de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León.

³⁴⁹ Señalamos por ejemplo, el 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, también conocido como Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, que se halla en vigor en el Estado español desde el 1 de enero de 2000. Conforme a su artículo 5: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como detalles sobre sus riesgos y consecuencias”. Véase también el Convenio de Núremberg de 1947 sobre experimentación con seres humanos: “El

Haciendo abstracción de los textos más remotos que de forma incipiente consagraban los derechos del paciente, el reconocimiento de la exigencia de su consentimiento ya se contenía sin ambages en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, también conocida como Ley Lluich, en referencia al Ministro de Sanidad que la promovió, el socialista asesinado por ETA, Ernest Lluich). Actualmente en España su exigencia se contempla en la Ley 41/2002, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en

consentimiento informado supone que el paciente sepa lo que se propone hacer el médico y quiere, acepta y aprueba lo que se le propone. El papel del médico es ayudar a sanar; el paciente consiente en que le médico busque los medios para aliviar o curar". Ya en el ámbito comunitario véase la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, acordada en Ámsterdam, en marzo de 1984 bajo los auspicios de la OMS (artículo 3.2: "el consentimiento formal del paciente es requisito esencial para cualquier intervención médica"), así como el artículo 3.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. (DOCE 200/C, 364/01), que disponía que "En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley"; los Principios de Ética Médica Europea, aprobado por la Conferencia Internacional de órdenes Médicas en París el 6 de enero de 1987, cuyo artículo 4 dispone "Salvo en caso de urgencia, el médico debe informar al enfermo sobre los efectos y posibles consecuencias del tratamiento. Obtendrá el consentimiento del paciente sobre todo cuando los actos propuestos presenten un serio peligro". Por su parte, el artículo 20, en relación con la experimentación humana, exige que se haya "informado de forma adecuada acerca de los objetivos, métodos y beneficios propuestos, así como sobre los riesgos y molestias potenciales, y su derecho a no participar en la experimentación y a poder retirarse en cualquier momento". En relación con otros instrumentos internacionales, véase GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 63 y ss.

³⁵⁰ Es oportuno mencionar que semejantes adelantos normativos necesarios en los Estados garantistas, han provocado en algunos sectores de la medicina reacciones sino absolutamente contrarias sí sujetas a la estimación de que se trata de una injerencia distorsionadora de su tradicional función. En este sentido Broggi Trias ha señalado algunas irracionalidades en los comportamientos críticos, que se pueden sintetizar en dos: una, la no aceptación de la evidencia del cambio y la pretensión de mantener la relación clínico ancestral, como si nada sucediera a su alrededor, en una inercia paternalista que desea ignorar de hecho que el enfermo tenga otras necesidades fuera de las estrictas de portador de una determinada enfermedad por la que debe ser tratado según unas pautas establecidas, como los demás portadores de la misma, sin que pueda defender opciones propias al mismo nivel de las prescripciones, a las que llega, como mucho, con un asentamiento limitado a unas pocas decisiones, raramente informado; otra, la de creer que en el futuro ya no será posible la variabilidad personalizada de la información y del consentimiento, porque los derechos generales crean obligaciones legales que deben pasar por encima de las necesidades del enfermo hasta llegar a una medicina defensiva, fundamentada en que basa prioritariamente sus actuaciones y formas en necesidades ajenas a las del enfermo, en las del profesional o de la estructura sanitaria, y en general por el miedo a las consecuencias jurídicas. *Vid.* BROGGI TRIAS, Marc Antoni. "Algunos problemas de la información clínica en la puestas en práctica del consentimiento informado escrito". En, *Información y documentación clínica*. Volumen I. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 1997, pp. 2 y ss.

materia de información y Documentación clínica³⁵¹, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 31 de octubre (BOE de 15 de noviembre), que entró en vigor en mayo de 2003. Como indica expresamente su preámbulo, se orienta a completar las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. Para ello, en los cuatro primeros apartados de su artículo 2, así como en el artículo 8 se ocupa de precisar el fundamento y requisitos del consentimiento, fijando en el apartado segundo del artículo 9 las excepciones a la regla general. Dejando a un lado de momento a éstas, así como las peculiaridades del consentimiento en casos especiales, los artículos que ahora interesan son los siguientes:

Artículo 2³⁵²:

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

³⁵¹ Bajo la óptica de GALÁN CORTÉS, en esta Ley se vuelven a desarrollar, en una dimensión más actualizada, los derechos básicos de información sanitaria, de intimidad, de respeto a la autonomía del paciente, y los referentes a la historia clínica. Así también, afirma este autor que dicha Ley, recoge en su mayor parte, los postulados que la doctrina y jurisprudencia habían venido estableciendo en los últimos quince años, puesto que la "la Ley General de Sanidad regulaba, de forma inapropiada, la institución del consentimiento informado, siendo corregido por la jurisprudencia, de forma muy acertada, el exceso cometido a la hora de establecer los límites y el contenido de la información. Por todos *Vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César. "Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas". En, *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº91, febrero de 2003, p. 119.

³⁵² *Cfr.* 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.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

Artículo 8³⁵³:

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 (relativo al derecho a la información-prestación asistencial), 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 anexos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y

³⁵³ *Ídem., supra.*

terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

El consentimiento del paciente y con él, como tendremos ocasión de matizar más adelante, el deber de información por parte del médico, se presenta como el pilar esencial sobre el que pivota el diseño de cualquier intervención médica en el plano legislativo³⁵⁴. Como no podría ser de otra forma, al compas de esa plasmación legislativa, el progresivo reconocimiento del papel crucial de la voluntad del enfermo ha calado en la interpretación jurisprudencial en torno a las exigencias de la información, siendo especialmente interesante la cita de la Sentencia³⁵⁵ de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001, que considera el consentimiento informado como un Derecho Fundamental³⁵⁶.

³⁵⁴ Merece la pena señalar que, ésta regulación ha sido clasificada por algún autor de “antipaternalismo suicida”, por cuanto ignora el privilegio terapéutico y el rechazo de la información, y de “paternalismo subido”, en cuanto que parece que siempre que esté en peligro la vida de un paciente debe considerarse que existe una situación de urgencia y que, por tanto, en esas ocasiones el médico no está vinculado al consentimiento informado. Por todos, GRACIA GUILLEN, Miguel. *Fundamentos... Op. Cit.*, p. 181.

³⁵⁵ Retomando la doctrina de esta sentencia, véase la de 11 de mayo de 2001, también de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

³⁵⁶ “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles que la Ciencia Médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra su fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus intereses y preferencias. En el artículo 9.2, en el 10.1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental; precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los Derechos Humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

Ahora bien, sentada como regla general la necesidad de que concurra el consentimiento del paciente, ello no quiere decir que la *praxis* médica permanezca siempre dentro de la idílica simbiosis entre el cumplimiento de los fines de la Medicina, por un lado, y las exigencias de información y el respeto a la libre voluntad de aquel, por otro, y, con ello, ajena a cualquier situación conflictual. Al contrario, la práctica médica actual está plagada de fricciones que dificultan o agravan el ya de por sí difícil equilibrio que tiene que mantener el médico en su doble condición de profesional y ante todo, de ser humano. Testimonio de esa tensión conflictual son los Principios Generales de la Bioética, cuyo origen se remonta al informe Belmont, elaborado en 1978 por la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Sciences* a petición del Congreso norteamericano. En él se enunciaron distintas máximas o principios llamados a conjugarse de forma antitética en la formulación de la que se denomina ética médica: los de *no-maleficencia, justicia, beneficencia y autonomía*³⁵⁷.

De hecho, como señala GRACIA GUILLÉN, en el conjunto de relaciones a que da paso el ejercicio de la medicina pueden identificarse los respectivos agentes precursores de cada uno de estos principios. Así, mientras el paciente actúa guiado por el principio moral de autonomía, el médico lo hace por el de beneficencia –en la mayoría de los casos- y la sociedad por el de justicia³⁵⁸.

Hay que mencionar que, la conjugación de estos principios sitúa continuamente a los profesionales de la Medicina ante la tesitura de dar

Regulado por la Ley General de Sanidad, y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos”.

³⁵⁷ BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios de ética médica*. Barcelona, 1999. BEUCHAMP fue miembro de la Comisión Nacional que elaboró el Informe Belmont, en el que se formularon tres de los cuatro principios de Bioética: respeto por las personas, beneficencia y equidad. Un año después BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James publicaron la primera edición de su libro en el que acuñaron los términos autonomía, beneficencia y justicia añadiendo el de no maleficencia. Véase el prologo de la versión española de la obra a cargo de Diego Gracia.

³⁵⁸ GRACIA GUILLÉN, Diego Miguel. *Fundamentos... Op. Cit.*, pp. 18 y ss. Par este autor el principio de beneficencia y el de no maleficencia pueden reunirse en uno sólo, que mandaría no hacer mal a nadie y promover el bien. *Vid.*, p. 103 *supra*.

prioridad a uno u otro interés, con el consiguiente temor a las responsabilidades que eventualmente pudieran derivarse de su decisión. Es más, como explica el autor citado, dicha tensión o conflictividad en absoluto puede considerarse coyuntural. Al contrario, en una sociedad en que todos sus individuos son, mientras no se demuestre lo contrario, agentes morales autónomos con criterios distintos sobre lo que es bueno y lo que es malo, la relación médica, en tanto que relación interpersonal, puede ser no ya accidentalmente conflictiva, sino esencialmente conflictiva³⁵⁹.

Bien es verdad que en una primera aproximación podría establecerse un orden jerárquico entre ellos, de tal forma que se acotara una suerte de secuencia que marcara la prioridad en su aplicación. Como refiere GRACIA GUILLÉN, en abstracto podría decirse que el principio de justicia siempre es de aplicación preferente, en cuanto apunta a una óptica de bienestar común por encima del individual. En realidad, esa perspectiva supraindividual lo que haría sería excepcionar en determinados casos la prevalencia del que se presenta como enunciado superior, el de autonomía que, por ello, a su vez ocupa un orden preferente respecto al de beneficencia³⁶⁰. No obstante, como reconoce el mismo autor, esta descripción apriorística de la relación jerárquica entre principios requeriría siempre prestar atención a las circunstancias del caso concreto y, de modo especial, a las consecuencias que conlleva la decisión³⁶¹.

Así, por ejemplo, es posible que en el caso concreto pueda augurarse que el paciente, por miedo, rechazaría el tratamiento que necesita si se le informa hasta las últimas consecuencias de todos los riesgos o complicaciones que puede conllevar; otras veces la conveniencia de omitir determinada información puede referirse a efectos asociados que, si bien no son perjudiciales para la salud, sí pueden tener una importancia decisiva para el paciente, hasta el punto de que la atención de esos aspectos puede llegar a determinar que rechace la terapia que precisa. Baste pensar en el supuesto en el que sea previsible que el enfermo diera más importancia a su aspecto

³⁵⁹ *Ibidem.*, p. 18.

³⁶⁰ *Ibidem.*, p. 203.

³⁶¹ *Ídem.*

estético frente a su curación, por ejemplo, cuando se trata de una modelo que posiblemente rechazaría la intervención si se le informa que tras la misma va a precisar de sesiones de quimioterapia que le harían perder el cabello. ¿Estaría justificado en estos casos limitar el derecho a la autodeterminación del paciente en aras de su salud o, por el contrario, esta información sesgada elimina uno de los pilares –el respecto a su libertad- que legitima la práctica médica? La misma duda se plantea en los supuestos en que el desconocimiento de datos afecta el diagnóstico mismo de la enfermedad, ¿está legitimado el médico para ocultar información relativa a la gravedad de la enfermedad, y eliminar de esa forma posibles dudas y miedos del paciente que pudieran obstaculizar la terapia?, ¿Y si la lesión a su libertad de decidir se hiciera para evitarle el más que probable daño psicológico, la angustia y temor vital que la misma le produciría? Y en caso de que la respuesta fuera negativa, ¿habría de conminarse penalmente la conducta del médico que con tales argumentos ocultase información?

Esta es la realidad existente en todos los países del mundo, realidad que pone en escena, frente a frente a la Ciencia Médica y a la Ciencia del Derecho, sobre todo en el aspecto Civil y Penal. Situación esta que, por el bien de todos los implicados, se debe atender con prontitud, con eficacia y con conocimiento de especialistas en dichas materias involucradas. Por una parte, se tiene que los médicos no pueden vivir llenos de dudas e incertidumbres en la práctica diaria del ejercicio de su profesión, de otro lado no se puede hacer un uso excesivo del Derecho –en general y Derecho Civil y Penal en particular- ante demandas infundadas por supuesta *mala praxis* –hasta el grado de judicializar la práctica médica. Tampoco podemos permitir que siga degradando la medicina como profesión y como Ciencia de la salud dedicada a, precisamente, buscar el bienestar de la humanidad. Así que por el bien de médicos, sistema judicial, Ciencia Médica y los usuarios de los servicios de salud es menester atender estas problemáticas de manera objetiva y aportar soluciones siempre a la luz y guarda de los Derechos Fundamentales consagrados en la normativa internacional, pero sobre todo en cada una de las Constituciones de los países, dando así el respeto y cumplimiento que merece éste Ordenamiento Supremo.

Por otra parte y con el objeto de hacer referencia comparada en otros países de la orbe española; así como tomando en cuenta las consideraciones anteriores, estimamos prudente mencionar que lo que sucede en el ámbito nacional mexicano la relevancia que desempeña el consentimiento del paciente dentro de la actividad médica también cumple un rol importante y no distante al de la realidad española e internacional. Así, como bien señala GARCÍA RAMÍREZ³⁶² en las leyes nacionales mexicanas sobre punición y salud, se observa que el consentimiento suele ocupar un lugar primordial; muestra de esto es que éste fue la principal materia de regulación del Código Penal de 1929 en el capítulo destinado a delitos cometidos por médicos, cirujanos y otras personas que intervenían en el cuidado de la salud. La Ley General de Salud de México hace hincapié en el consentimiento a propósito de diversas acciones relacionadas con ésta, que se consideran especialmente complejas o delicadas. Es el caso de la investigación en seres humanos; para ella «se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquel» (artículo 100, fracción IV³⁶³). Lo mismo ocurre cuando se trata de donación de órganos y tejidos en vida, de la sangre y de componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas; se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario (artículos 322 y 323). Dicha relación del consentimiento con la Ley General de Salud de aquel país también da tratamiento a esta figura en el ámbito de menores de edad que han fallecido (artículo 332); en los trasplantes entre vivos (artículo 333 fracción V); práctica de necropsia en cadáveres de seres humanos (artículo 559 *bis* 2); inseminación artificial (artículo 466 segundo párrafo), entre otros.

Expuesto lo precedente, no hay que perder de vista que la figura del consentimiento informado en México al igual que en otros países y como afirma JESCHECK, no se reduce a ser una declaración de voluntad negocial; viene al

³⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad penal... Op. Cit.*, p. 254.

³⁶³ Así lo refiere también el artículo 6.2 de la DUBDH.

caso «una figura peculiar del Derecho Penal», que debe ser analizada bajo la óptica de éste³⁶⁴.

Estas y otras cuestiones están presentes en los apartados siguientes. Con todo debe advertirse que, como ha quedado de manifiesto, esta es una problemática que puede tener diferentes posiciones doctrinales e ideológicas, pero trataremos de que, las aportaciones que hagamos, emanen en base a la realidad imperante, siempre teniendo en cuenta –por considerar que es lo más oportuno- los contrastantes puntos de vista y opinión consensuada de médicos y juristas.

II. Probables límites al consentimiento informado como elemento legitimador de la actividad médica

Se ha afirmado, como regla general, la preeminencia de la voluntad del paciente como criterio legitimador de la actividad médica. Como previamente anticipábamos, sin embargo, dicha afirmación no quiere decir que no existan supuestos en los que la actuación del médico, que bien desconoce la petición del paciente, bien –la mayoría de las veces- practica un tratamiento que éste no ha consentido o incluso que rechaza, pueda considerarse lícita.

Por seguir un orden creciente de complejidad, pueden identificarse, en primer lugar, determinados supuestos en los que claramente no es el consentimiento el presupuesto legitimador de la actividad médica. Es lo que sucede en relación con los casos ya referidos de tratamientos médicos obligados, como ocurre en las campañas de vacunaciones obligatorias, que precisamente justifican su carácter por la protección prioritaria de la salud pública frente a la voluntad del individuo.

Como señala GÓMEZ RIVERO³⁶⁵, todavía es posible imaginar otros supuestos que, si bien responden a una fenomenología completamente distinta, son paradigmáticos de las excepciones a la exigencia del consentimiento del enfermo. Es lo que sucede, por ejemplo en el ámbito de

³⁶⁴ Cfr. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho...* Op. Cit., pp. 520-521.

³⁶⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La Responsabilidad Penal del Médico*. 2ª ed. Valencia, 2008, p. 49.

ciertos ensayos experimentales cuya eficacia requiere, como presupuesto, el desconocimiento por parte del paciente de que está siendo sometido al mismo. Baste pensar en el uso terapéutico de placebos, cuyos posibles efectos pasan justamente por que el paciente ni conozca, ni por tanto, considere su empleo³⁶⁶. Cuestión distinta es, lógicamente, que la admisibilidad de dicho tipo de excepciones requiera que el ensayo no comporte efectos nocivos o que genere un riesgo para el paciente, en cuyo caso, como señalaremos en el apartado correspondiente a las consecuencias de infracción del deber de información, podría fundamentarse la correspondiente responsabilidad de quien realiza en ensayo.

De mano a los supuestos precedentes, en la amplia fenomenología de casos que pueden plantearse en el ejercicio de la medicina son imaginables otros en los que se disparan las dudas a la hora de determinar si la actuación practicada sin el consentimiento del paciente e incluso en discordancia con sus deseos resulta lícita. Baste pensar en ámbitos problemáticos tan distintos con el de los sujetos menores de edad o que padecen alteraciones en su salud psíquica, el de los enfermos que se hallan en estado de inconsciencia, así como en los genuinos supuestos de renuncia por parte del paciente al tratamiento, bien sea por sus creencias religiosas, por simple miedo al mismo o incluso por manifestar tendencias suicidas. De hecho, la posibilidad de excepcionar en estos casos la regla general de la exigencia del consentimiento está presente, como ya tuvimos ocasión de referir *supra*, en la Ley 41/2002. Conforme a su artículo 9.2:

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:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica

³⁶⁶ Por todos, véase a BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios... Op. Cit.*, pp. 144 y ss.

3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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.

Por su parte, el mismo texto legal establece en el apartado 3 de ese artículo los supuestos en lo que procederá otorgar el consentimiento por representación: «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, cuando esté incapacitado legalmente, y cuando se trate de menores de dieciséis años»³⁶⁷.

³⁶⁷ En este sentido, nos parece interesante la reflexión que hace Lorenzo Morillas Cueva, quien refiere que en Derecho Penal la situación es parecida pero no igual. En primer lugar porque los bienes jurídicos que se tratan de proteger son, en todos los casos y en todo su alcance, totalmente disponibles; en segundo, porque el paciente se plantea ya en concreto como sujeto pasivo titular de un bien individual; en tercer lugar, y precisamente por lo anterior, generalmente la capacidad para consentir está vinculada con la titularidad del bien jurídico, por lo que no es frecuente, aunque no se excluye del todo, el consentimiento de representantes legales. Buena prueba de lo anterior es el consentimiento en los delitos de lesiones, donde si media consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz (artículo 155 CPE). Empero, y como excepción a la propia excepción general anterior, el artículo siguiente del citado código, exime de responsabilidad penal cuando el citado consentimiento lo sea en supuestos de trasplante de órganos o esterilizaciones y cirugía transexual, y abre otra nueva excepción, en este caso en relación a los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica que sean esterilizados cuando lo sean tomándose como criterio rector el de mayor interés para del incapaz, haya sido autorizada la esterilización por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz. Así, el jurista granadino, prosigue, dejando claro que dicha aproximación al ámbito punitivo no debe ser confundida con las opciones que se tratan en las diversas opciones relacionadas con el consentimiento informado en la materia penal. El autor, respecto de este *ítem* hace referencia a Roxin cuando éste ejemplifica que si a un menor, al que le falta la comprensión necesaria para otorgar su consentimiento, se le ha de practicar una operación, entonces los padres pueden consentir en su lugar, como representantes legales legitimados para el cuidado; si por el contrario, el menor posee, por sí mismo la capacidad necesaria de comprensión, entonces su decisión prevalecerá sobre la de su representante legal. Morillas Cueva, continua, diciendo –atendiendo al ejemplo de Roxin- que es aquí precisamente donde se une, con el añadido de la causa de justificación que ampara al médico que conforme a la *lex artis* actúa, con toda la problemática del consentimiento informado en el ámbito penal en íntima relación con las exigencias administrativas del dicho consentimiento en el campo sanitario. Así,

A partir de esta realidad conflictual básica, las dificultades pueden seguir multiplicándose tanto como pueda hacerlo la variedad de casos imaginables. Piénsese en aquellos en que la negativa al tratamiento provenga de una embarazada que rechaza la terapia que necesita para su salud e incluso para la preservación de su vida y, con ella, la del feto. ¿Podría en estos casos justificarse un tratamiento coactivo, no ya en aras de preservar la salud o la vida de la mujer, sino del futuro niño?

Las mismas interrogantes se plantearían en otros ámbitos en los que, si bien la base problemática es común a los anteriores, el signo de la dificultad se presenta en sentido diametralmente opuesto. Es lo que sucede con aquellos en los que el contenido de la voluntad del paciente no se traduce en la renuncia a una terapia, sino en la solicitud de la práctica de una prueba que, bien el médico considera contraindicada, o bien desborda las posibilidades materiales del sistema de salud, o simplemente, parece innecesaria a la vista del estado de salud del paciente. Sirva con pensar, por ejemplo, en el caso del enfermo terminal que siguiera demandando tratamientos costosos que, sin embargo, poco podría ayudarle a mejorar; el del paciente que insistiera en su ingreso en un centro hospitalario con recursos limitados pese a que sería suficiente su tratamiento ambulatorio, o el de la mujer embarazada que, pese a que no se le diagnosticase dificultad alguna para el parto natural solicitase la práctica de una cesárea. Este problema presenta tintes peculiares en un ámbito en el que se acentúa sensiblemente la tensión conflictual entre los deseos del paciente y las indicaciones terapéuticas: la problemática propia que plantean los Testigos de Jehová, quienes, ante la negativa de someterse a la transfusión prescrita por el médico, suelen optar por demandar otros tratamientos alternativos³⁶⁸, tal vez

afirma que existe un consentimiento penal, específico y necesario para determinados delitos, y un consentimiento administrativo que, deriva de la obligada información al paciente para su toma de decisión, y que asimismo puede incidir sobre determinados comportamientos que tienen reflejo en el Derecho Penal. Ambos generalmente coinciden en sus presupuestos más relevantes pero no siempre es así, como se ha comprobado en relación a la minoría de edad y a la incapacidad. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Aspectos penales... Op. Cit.*, pp. 771 y 772.

³⁶⁸ Las técnicas alternativas que pueden ofrecerse a los pacientes que rehúsan la utilización de las transfusiones de sangre se basan en la administración de fármacos antes, durante y después de la operación, para aumentar la capacidad transportadora de oxígeno en sangre y también en técnicas anestésicas y quirúrgicas, que disminuyen el riesgo de hemorragias, recurriendo en ocasiones a técnicas de autotransformación mediante circuitos cerrados durante

más costosos aunque menos eficaces, planteándose entonces si el médico está obligado a secundar los deseos del paciente³⁶⁹.

Las dudas también salen a reducir en el ámbito en los que la libertad de voluntad del paciente como principio rector de la práctica médica colisiona con la preservación de valores éticos arraigados en la sociedad. Es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la experimentación, donde surge la duda en torno a si la voluntad de la persona afectada puede legitimar cualquier tipo de prueba experimental o si, por el contrario, la eficacia de aquella voluntad debe encontrar su límite en el respeto de determinados principios éticos. Otro tanto debe decirse en torno a las dudas sobre la admisibilidad del consentimiento como fundamento legitimador de cualquier tipo de intervención de trasplante de órganos, incluso la que pudiera resultar contraria a la dignidad del donante.

Así bien, se pueden considerar dos aristas en este rubro y así lo plantea GÓMEZ RIVERO³⁷⁰, es decir, si se estimará que la declaración de voluntad del paciente tiene prioridad absoluta a la hora de realizar cualquier intervención, en todos estos casos el médico estaría obligado a atender los deseos de aquel con independencia del juicio en torno a la utilidad e incluso racionalidad de su decisión. Por el contrario si, la obligación del médico se ciñe a la realización de los actos que sean indicados y necesarios para restablecer la salud del enfermo, el consentimiento de éste, su autonomía, volverá a encontrar límites a su validez.

la intervención, que deben contar con ciertas modificaciones para que sean aceptadas por los Testigos de Jehová. Los cuidados médicos de los Testigos de Jehová presentan una serie de desafíos para el anestesiólogo. Los cuidados anestésicos comienzan con la evaluación preoperatoria y la discusión entre el paciente o su familia y el equipo quirúrgico. Éste incluye la exploración y la identificación de las preferencias o exclusiones del paciente. Una vez todas las partes de acuerdo sobre cómo proceder con el manejo médico, el galeno está ética y legalmente obligado a adherirse a las limitaciones que ha acordado con el paciente, particularmente sobre la repulsa del Testigo de Jehová. *Cfr.* con más amplitud sobre las medidas alternativas para este grupo religioso a TÓMAS JIMÉNEZ, Natalia. *“La religión y la aplicación... Op. Cit.*, pp. 496-499.

³⁶⁹ Sobre ciertas particularidades en el tratamiento del tema sobre los Testigos de Jehová en México véase a DE LA LUZ CASAS MARTÍNEZ, María. “La objeción de conciencia en México”. En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Coordinado por Isidoro Martín Sánchez. Granada, 2010, pp. 169-175.

³⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 51.

Atendiendo a esta breve descripción de algunos posibles ámbitos problemáticos resulta clara la compleja relación entre el principio de autonomía con los otros tres postulados de ética médica: así, la autonomía entrará en tensión con el principio de justicia en casos como el de la falta de recursos materiales y, por tanto, de necesidad de racionalizar el empleo de los mismos; entrará en tensión con el de beneficencia en los supuestos en que se practique una intervención que resulte necesaria para el paciente y que, sin embargo, éste rechace; por último, la problemática será con el principio de no maleficencia allí donde el enfermo solicite una práctica que le perjudica, bien a él, o bien, en el caso de la mujer embarazada, al feto.

Atendiendo a lo manifestado previamente, señalamos que este apartado sólo pretende ser testimonial de dicha problemática. En él sólo se trata de dejar constancia de estos ámbitos de conflicto, remitiendo su estudio particularizado en el desarrollo de la investigación.

III. Los requisitos o presupuestos de validez del consentimiento del paciente

En el marco de este epígrafe abordaremos esos elementos –también denominados: requisitos- que son necesarios para que podamos hablar de un verdadero consentimiento informado manifestado por el paciente dentro del ambiente sanitario y para que dicho consentimiento pueda considerarse como presupuesto legitimador de la actividad médica³⁷¹. De esta forma se pretenden depurar los casos en que realmente puede hablarse de una manifestación de

³⁷¹ No podemos olvidar que, como señala el artículo 3 de la LRAP, el consentimiento informado es definido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Esto nos muestra la importancia de la dualidad manifestación de voluntad-información, es decir, que el consentimiento informado como su nombre lo indica requiere de una información adecuada previa a la toma de decisión del usuario quien demanda la atención médica. Cfr. LIZARRAGA BONELLI, Emilio. “La información y obtención del consentimiento en la nueva Ley 21/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004, pp. 232-233. Por lo tanto, creemos que, la prestación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser obtenida sin coacción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominación psicológica sobre el paciente.

voluntad que exteriorice el contenido real de la decisión de aquél frente a aquellos otros supuestos en que ciertamente el paciente haya manifestado su consentimiento, pero sin embargo no pueda reputarse como expresión de una voluntad seria y madura –libre- de aquél³⁷². Para ello, analizaremos los distintos presupuestos que deben concurrir para que su manifestación de voluntad, lejos de considerarse meramente formal, pueda refutarse como fundamento legitimador de la actividad del galeno³⁷³.

En la doctrina suele admitirse la siguiente secuencia en la descomposición de los requisitos del consentimiento informado: 1. Competencia; 2. Exposición o manifestación; 3. Comprensión; 4. Voluntariedad y 5. Consentimiento³⁷⁴. Con ella, se pone de manifiesto la necesidad de que la

³⁷² Cuando nos referimos a una expresión de voluntad seria y madura debemos entender que, inicialmente el titular del consentimiento es el paciente, o sea, la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de la salud. No obstante, como señala Galán Cortés, el requisito de la capacidad no debe identificarse con capacidad legal, sino con la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud; en definitiva, la aptitud cognoscitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses. *Vid. GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. Consentimiento informado... Op. Cit., pp. 73 y 119.* El artículo 9.3 de la LRAP se manifiesta con criterios parecidos, cuando regula el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar una decisión, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación –cuando el paciente carezca de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho-; b) cuando el paciente está incapacitado legalmente; c) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención –en este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos, cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe presentar el consentimiento por representación. Sin embargo en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente-. A todo lo anterior, el número 4 del citado artículo establece algunas excepciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y de las técnicas de reproducción humana asistida a las que remite a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y a las disposiciones especiales de aplicación.

³⁷³ Es importante mencionar que, dentro de los grupos de casos, haremos referencia también, a esas circunstancias en donde el médico o personal sanitario no pudiera recabar el consentimiento informado por las circunstancias concretas de la situación, sin que por ello sea merecedor de un reproche jurídico en lo general y menor aún un reproche de tipo penal como consecuencia de una supuesta conducta disvaliosa.

³⁷⁴ *Vid. BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. Op. Cit., p. 137.* Otras posibles sistematizaciones en SIMÓN LORDA, Pablo. *El consentimiento... Op. Cit., pp. 210 y ss.*

declaración de voluntad provenga de una persona competente, con capacidad para consentir, que el paciente reciba una información suficiente, que a su vez asegure su comprensión, y que a partir de ella actúe de forma voluntaria –libre de presiones externas e internas-, siendo el resultado final la exteriorización del consentimiento que, además, habrá de ser actual, como garantía de su subsistencia.

Sin embargo, aún reconociendo que esa es la secuencia lógica de gestación de la manifestación de voluntad del paciente, a efectos expositivos consideramos preferible dejar para ulterior momento el contenido del deber de informar. La razón es que, como señala GÓMEZ RIVERO³⁷⁵, dicha exigencia condensa el requisito que representa en la práctica médica mayores dificultades –siendo más objetivos, es aquí donde se encuentra la génesis de la mayoría de los problemas por responsabilidad médica- y que, como tendremos ocasión de insistir posteriormente, es el que plantea mayor número de interrogantes en torno a la depuración de lo que sean meras irregularidades que tengan consecuencias sólo de orden civil y aquellas otras que deban dar cavidad a un juicio de reproche penal. Ello justifica a que, en el estudio de dichos requisitos tratemos con carácter previo algunas exigencias que no son propiamente de contenido, sino que se refieren a requisitos de forma.

Teniendo en cuenta la relevancia que representa conocer cuáles son los requisitos que el consentimiento informado necesita cumplir para su validez, así como los variados criterios que la doctrina realiza al respecto; consideramos oportuno abundar en ello, y exponer la importante síntesis que realiza MORILLAS CUEVA³⁷⁶ en lo tocante a este rubro, sin apartarse de lo que puntualiza la LRAP.

- a) Desde una perspectiva *temporal*³⁷⁷, el consentimiento del paciente ha de ser prestado con anterioridad al acto médico y mantenerse

³⁷⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 52.

³⁷⁶ Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Aspectos penales... Op. Cit.*, p. 773.

³⁷⁷ En este sentido y teniendo en cuenta que es obvio que el consentimiento se debe presentar con antelación del acto médico y que ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad) puede analizarse la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de

durante todo el tratamiento³⁷⁸. Es al mismo tiempo y, por su propia naturaleza, temporal y revocable. Así lo manifiesta expresamente el número 5 del artículo 8 de la LRAP, cuando señala que «el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento».

- b) En su *contenido* tiene que ser un consentimiento libre, voluntario³⁷⁹ y formado, una vez que, recibida la información correspondiente, el enfermo haya valorado las opciones propias del caso. Para que el consentimiento sea libre y voluntario, esto es, sin vicios que lo invaliden, sin manipulaciones ni coacciones, es necesario que el sujeto este suficientemente informado. A este respecto, la LRAP asume que 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; la información que como regla general, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende,

Alicante, de 20 de mayo de 1994 que, censura precisamente, el haber dado la información con posterioridad a la intervención y no antes.

³⁷⁸ Al respecto el propio Convenio de Asturias, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, dispone, en el párrafo tercero de su artículo 5, que «en cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento». En este orden de ideas, el punto 38 del informe explicativo del Convenio citado señala que «la libertad de consentir implica que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento y que la decisión de la persona interesada debe respetarse una vez que ha sido completamente informada de sus consecuencias. Sin embargo, este principio no significa, por ejemplo, que la retirada del consentimiento del paciente durante una intervención deba respetarse siempre. Las normas de conducta y obligaciones profesionales, así como las reglas aplicables en tales casos, de acuerdo con el artículo 4, pueden obligar al médico a continuar con la operación para evitar que la salud del paciente sufra un grave peligro». Por lo que hace a la doctrina penal y en el mismo sentido véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica». En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, p. 96.

³⁷⁹ Respecto de este requisito y haciendo alusión al ámbito mexicano, señala García Ramírez que el consentimiento es eficaz, primero, cuando el bien jurídico afectado es disponible. Este autor cita aquí la regla general sobre el imperio de la Ley e imperio de la voluntad, en la hipótesis de que haya colisión entre aquélla y ésta: «La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros» (artículo 6 del Código Civil Federal mexicano). GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 255.

como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (artículo 4.1). 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 (artículo 4.2). En esta línea, el Tribunal Supremo, a través de su Sala de lo Civil, en sentencia, entre otras, de 29 de mayo de 2003, afirma que «la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen». La doctrina amplia todavía más estos caracteres hablando de factores objetivos y subjetivos de la información. Entre los primeros, deben de ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente; entre los segundos, la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información –derecho este último que aparece proclamado en el artículo 4.1 de la LRAP; junto a él, y como límite al derecho a la información se ubica el artículo 5.4 la existencia acreditada de un estado que se concreta en la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave; llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho³⁸⁰. Además la información ha de ser

³⁸⁰ Vid., con mayor amplitud GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. *Responsabilidad médica...* Op. Cit., pp. 184 y ss.

progresiva, es decir, procede modular la cantidad de información, siendo progresivo su contenido en atención a cuestiones tales como el propósito, el diagnóstico, el estado emocional, así como las expectativas y el deseo de saber del paciente³⁸¹. Igualmente aquella no se ciñe exclusivamente a las intervenciones quirúrgicas, con ser posiblemente las de mayor frecuencia e intensidad, sino también a los supuestos terapéuticos e, incluso, a los realizados con fines investigadores y docentes³⁸². En atención a los primeros, se habla por algunos autores de información terapéutica que se vincula con el deber de cuidado que incumbe al médico y que se concreta, entre otras hipótesis, en informar sobre la vida que el paciente puede hacer, dieta, ejercicios físicos, actividades laborales, etcétera; también se alcanza en esta opción, la posibilidad de información en enfermedades incurables³⁸³. En relación a los segundos, el artículo 8.4 de la LRAP es concluyente cuando afirma que «todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud»³⁸⁴.

- c) En su *forma*, el consentimiento cabe otorgarse tanto de forma verbal como escrita. La doctrina ha discutido si ambas posibilidades son factibles. Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, sobre el contenido del artículo 10.6 de la LGS, únicamente cabe el consentimiento escrito³⁸⁵

³⁸¹ *Vid.*, con extensión: MARTÍNEZ AGUADO, Luis Carlos. “La información sobre prestaciones y servicios sanitarios”. En, *Información y documentación clínica*. Volumen II. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 1997, p. –en CD- 21.

³⁸² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales... *Op. Cit.*, p. 774.

³⁸³ *Vid.*, en este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El consentimiento informado”. En, *Responsabilidad del personal sanitario*. Madrid, 1994, p. 288.

³⁸⁴ La LRAP sintetiza y limita el contenido de la Ley General de Sanidad, que en el artículo 10. 4 incluye, junto al mismo texto reproducido, que es idéntico en ambas leyes, un inciso final del siguiente tenor: «En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario».

³⁸⁵ Por citar sólo un ejemplo en relación con el aspecto que estamos tratando, existen algunas jurisprudencias que sostienen este criterio –necesidad del consentimiento escrito–, como la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2000 (Ponente: Sr. Almagro Nosete), con

del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los casos de salud pública, incapacidad o urgencia. GALÁN CORTÉS, por su parte insiste en la validez, en términos generales, de la modalidad oral, salvo en supuestos muy concretos, como por ejemplo, los de donación y trasplantes de órganos o los de ensayos clínicos sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación, en los que se exige la forma escrita del consentimiento para su validez³⁸⁶. En todo caso, la LRAP tercia y aclara la cuestión, cuando en el artículo 8.2 explícita que «el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo se presentará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente»³⁸⁷. Otro requisito de forma que debe considerarse

motivo de la extracción y trasplante posterior de médula ósea de una persona a su hermana, que padecía una leucemia, produciéndose, como consecuencia de las punciones realizadas, un hematoma que afectó al nervio crural izquierdo, causante de una paresia importante del mismo, con axonotmesis, lo que obstaculizaba movimiento como los de subir escaleras. La sala confirmó la sentencia al Servicio Andaluz de Salud *por no haber facilitado a la parte actora (donante) la pertinente información y no constar el preceptivo consentimiento escrito*. Destaca el TS la ausencia de normas internas precisas, por parte del Servicio Andaluz, para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula ósea.

³⁸⁶ GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 119 y ss. Textualmente señala el autor que, «En principio, no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del consentimiento». *Ibidem.*, p. 115. Matiza el autor, que resulta innegable que el consentimiento informado es un procedimiento gradual y básicamente verbal, aun cuando la Ley General de Sanidad exija su forma escrita para cualquier intervención, y ello quizá con la finalidad de garantizar su obtención. En cualquier caso, este documento, que deberá presentarse al enfermo con suficiente antelación, al objeto de que pueda reflexionar tranquilamente al respecto, no puede ni debe sustituir la información verbal que es, sin duda alguna, la más relevante para el paciente. *Vid. GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p.116.

³⁸⁷ Relacionado con este debate referente a si el consentimiento debe ser escrito u oral, y a pesar de la existencia de la LRAP, el punto de vista de Julio Cesar Galán Cortés –que en principio «no se requiere ningún requisito especial de índole formal para la validez del consentimiento»- adquiere fuerza cuando se da lectura a la sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª ed., 4 de abril y 3 de octubre de 2000 (Ponente: Sr. Xiol Ríos), donde se esgrime que el consentimiento informado no es necesario que sea por escrito, pero su falta de prueba recae sobre la Administración. En la misma línea véase la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 8 de

y cumplirse en relación al consentimiento es el de la *especificidad*; esto quiere decir que la declaración de voluntad que emite se refiera expresamente al acto médico que se le va a practicar³⁸⁸. Con ello se trata de excluir la validez de declaraciones de voluntad genéricas para legitimar actos específicos. Así por ejemplo, del hecho de que en su día el paciente acudiese a una consulta solicitando asistencia médica y consintiera en un determinado acto para tratar una determinada dolencia no puede deducirse que por ello consienta sin más a cualquier intervención, de mayor o menor entidad, que posteriormente fuera precisa para tratar dicha dolencia³⁸⁹. Por el contrario, es una exigencia básica en que se descompone la asistencia sanitaria. Así lo confirma la LRAP cuando dispone en su artículo 8.3 que «El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo». Cuestión distinta es que, afirmada esa regla general, existan supuestos en los que no sea necesaria la reiteración del consentimiento para cada acto. Como explica en la doctrina italiana GIUNTA, es lo que sucederá en los tratamientos cíclicos, esto es, aquellos en los que la terapia requiere la repetición de actos de la misma entidad que comportan idéntico riesgo, como sucede por ejemplo, con las sesiones de quimioterapia. Y con ello,

noviembre de 2000 (Ponente: Sr. Mangas González), dictada con ocasión de la reclamación interpuesta por un paciente que presentó una paresia del pie izquierdo tras ser intervenido de un neurilemoma pelviano, señalo que la falta del consentimiento informado escrito carece de relevancia si de las actuaciones se desprende que el paciente consistió verbalmente la intervención a que fue sometido. Así mismo, la sentencia de la Sección 3ª de la AP de Zaragoza, de 14 de septiembre de 2000 (Ponente: Sra. Arriero Espes), en la que se condena a un cirujano, por su manifiesta impericia, como autor de una falta de imprudencia leve, con ocasión de la práctica de una mastopexia de elevación según técnica de Wise, declaró, en su fundamento de derecho primero, que «la circunstancia de que no conste un consentimiento escrito y expreso en las actuaciones no quiere decir que el mismo no se haya prestado, existiendo indicios en las actuaciones a través de los cuales se infiere su existencia». Por consiguiente a través de tales indicios entiende la Sala que se ha cumplido el llamado derecho al consentimiento informado, otorgando especial relevancia al contenido de la historia clínica. En esta resolución se subraya la importancia del derecho al consentimiento informado, sin que sea ajustado transformarlo en una exigencia con caracteres de requisito *ad solemnitatem*, ni por el contrario reducir su operatividad a la de un puro trámite burocrático estandarizado.

³⁸⁸ Cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 70.

³⁸⁹ *Ídem.*, *supra*.

como aclara el autor, aun cuando esos actos sean practicados por distintos médicos³⁹⁰, ya que en realidad, en casos como éste se trata de un único tratamiento que se proyecta en el tiempo a través de una secuencia de actos. Por otra parte, el consentimiento debe ser *actual*, esto es, debe responder a los deseos presentes del enfermo en el momento en el que se trata de realizar el acto médico en cuestión, sin que baste en tal sentido la comprobación de que, alguna vez, manifestó una voluntad favorable a la intervención. En este orden de ideas, puede decirse que esta es una máxima asumida sin mayores dificultades en la *praxis* médica aquella que recuerda que el paciente puede en cualquier momento variar el sentido de su decisión, debiendo el médico en tal caso respetarla³⁹¹. Así, por ejemplo, no puede ser obstáculo a la necesidad de respetar su voluntad el hecho de que durante un período más o menos largo de tiempo haya consentido someterse a un tratamiento al que ahora, por la razón que sea, decide renunciar. Desde nuestra óptica, creemos que estos dos últimos requisitos –especificidad y actualidad- que giran en torno a la figura del consentimiento informado deberían “sobreentenderse” –a efectos de que no se “burocratice” la obtención de un consentimiento válidamente informado-, y mejor, poner mayor énfasis en que éstos sean consecuencia o resultado de una correcta comunicación en la relación médico-paciente; ya que, respecto de la especificidad, es precisamente esa interacción médico-paciente que permitirá al galeno, por ejemplo, ya en la práctica, en los casos extremos, donde no se pueda recabar el consentimiento por el titular o los representantes legales –urgencia, estado de inconsciencia, como cuando sale a la luz la figura del consentimiento presunto- determinar cuál era la voluntad del paciente. Y al paciente le dará oportunidad de tener plena certeza sobre qué acto esta consintiendo. De igual forma sucede en lo tocante a la actualidad; habiendo una buena

³⁹⁰ GIUNTA, Fausto. *Il consenso informato...* Op. Cit. p., 384.

³⁹¹ GÓMEZ RIVERO. María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 71.

comunicación entre el enfermo y el médico no cabrá lugar a dudas cual es la vigencia de la voluntad expresada por aquel.

El Derecho norteamericano³⁹² no exige, en general, el uso de formularios de consentimiento informado, siendo variable su utilización en función de los distintos centros hospitalarios que se han analizado. En la encuesta de la *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research* (1982), el 62 por 100 de los médicos solicitaba el consentimiento por escrito para la práctica de cirugía hospitalaria, disminuyendo al 22 por 100 cuando se trataba de cirugía ambulatoria. Para la anestesia general lo obtenían el 48 por 100, mientras que para la anestesia local tan solo el 19 por 100. En los procedimientos radiológicos con contraste su empleo se cifraba en el 30 por 100; en la radioterapia, el 28 por 100; para la colocación de escayolas, el 17 por 100; el 2 por 100 para los análisis de sangre, y el 1 por 100 para la prescripción de ciertos fármacos.

Dentro del ambiente nacional mexicano, para que el consentimiento excluya la existencia de un delito, se necesita que «sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamentalmente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo» (artículo 15 fracción III, inciso c) del Código Penal del Distrito Federal). Esta cuestión enlaza con un problema relevante –y que daremos puntual tratamiento posteriormente–, que es el de la información que se provee a quien otorga a otro su consentimiento para que desarrolle una determinada conducta³⁹³. Continuando en el terreno mexicano, se tiene que, las normas vigentes establecen la obligación de recabar la autorización escrita y firmada de quien ingresa a un hospital para someterse a un tratamiento médico quirúrgico, en la inteligencia de que el paciente ha de recibir información precisa sobre el documento que se le presente para recabar su consentimiento. Es necesaria la intervención de dos testigos cuando el procedimiento quirúrgico del caso implique la imputación, mutilación o

³⁹² Hacemos referencia a este derecho, por ser de los pioneros en empezar a tratar formalmente el tema de la responsabilidad médica por la *mala praxis*.

³⁹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 268.

extirpación orgánica que produzca modificaciones de carácter permanente, tanto físicas como en la condición fisiológica o mental del enfermo³⁹⁴. También se requiere consentimiento por escrito para utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico en una persona enferma, cuando exista posibilidad fundada de salvarle la vida, restablecer su salud o disminuir su sufrimiento (artículo 103 de la Ley General de Salud de México). Para llevar a cabo trasplantes entre vivos se requiere el consentimiento expreso, manifestado por escrito, previa información de los riesgos de operación y consecuencias de la extracción de un órgano o tejido, por médico distinto al que lleve a cabo el trasplante, y tener compatibilidad y parentesco con el receptor (Artículo 333 LGSM). Conviene destacar el régimen especial aplicable al trasplante de órganos. La LGSM, después de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 26 de abril de 2000, contempla el denominado consentimiento tácito, que en realidad es consentimiento presunto pues el donador no da muestras inequívocas que hagan suponer su consentimiento para la donación; más bien, calla. La Ley presume que consiente, salvo prueba en contrario³⁹⁵.

Continuando con México, se entiende que, quien consiente lo hace en virtud del conocimiento que tiene sobre la materia a la que se refiere el

³⁹⁴ Cfr. CONAMED, *Derechos y obligaciones en la prestación y uso de servicios médicos. Cuadernos de divulgación*. México, 1996, p. 10. En el 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, se establecen lineamientos respecto del consentimiento expreso. En la experimentación con humanos, se exige que el consentimiento conste por escrito, que no exista un método alternativo experimental, que no exista desproporción de los riesgos con respecto al beneficio, que el proyecto de experimento este aprobado por la autoridad competente, y que el sujeto sometido al experimento este informado de sus derechos y garantías (artículo 16). Se prohíbe la construcción de embriones humanos con fines de experimentación y exige que la Ley que autorice la experimentación con embriones *in vitro*, garantice su protección (artículo 18).

³⁹⁵ En los términos del 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, la extracción de órganos y de tejidos para trasplantes, sólo puede realizarse «de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiado de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable»; para tal efecto, se requiere el consentimiento expreso, otorgado por escrito o ante una autoridad (artículo 19). En principio, no está permitida la extracción en personas que no tengan capacidad para otorgar el consentimiento; este principio admite algunas excepciones (artículo 20).

consentimiento. Cuando regula las fuentes de las obligaciones y especialmente el contrato. El Código Civil Federal mexicano, aporta una noción de los vicios del consentimiento que no deja de ser importante en el tema relacionado con el consentimiento. Bajo este rubro, advierte que «el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. (Artículo 1812)»; el error que inválida un contrato –agrega- es el que «recae sobre el motivo determinante de la voluntad de quien consiente. (Artículo 1813)»; el dolo consiste en «cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes»; la mala fe, que tiene los mismo efectos que el dolo en cuanto a viciar el consentimiento, es «la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. (Artículo 1815)»³⁹⁶.

En consecuencia con todo lo anterior, lo que es evidente y claro es la necesidad legal, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, de la dualidad información-consentimiento del paciente. Sin embargo no siempre es así y la propia normativa señala excepciones a la exigencia del consentimiento. La primera ha sido frecuentemente confundida por la doctrina que la incluye, a veces, como excepción al consentimiento cuando lo es, con prioridad a la información: se trata de la ya citada renuncia del paciente a recibir información, que no sólo está limitada, a su vez, por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y de las exigencias terapéuticas del caso, sino que en relación al consentimiento no lo excluye semejante respeto al deseo expresamente manifestado de no ser informado, sino que dicha pretensión se acatará³⁹⁷ -sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención- (artículo 9.1., *in fine*); cierto es que semejante afirmación de Ley, entra en contradicción con la misma esencia de la figura del consentimiento informado, la propia información. La segunda y tercera están expresamente previstas en la LRAP que en el artículo 9.2.- como se ha

³⁹⁶ Al respecto y en el ámbito internacional, los vicios del consentimiento se hallan recogidos en el Código de Núremberg. Este señala que el consentimiento debe estar libre de cualquier lazo para decidir sin intervención de cualquier elemento de fuerza, engaño coerción, superchería, fraude o cualquier otra forma de constricción o coerción. Esto hace que la persona interesada tenga una base suficiente de información y conocimiento de todo alcance de la experimentación practicada en la persona, a fin de que sea capaz de ponderar los efectos de su decisión.

³⁹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales... Op. Cit., p. 775.

señalado anteriormente-, admite que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los dos casos siguientes: a) cuando existe riesgo para la salud pública en caso de razones sanitarias establecidas por la Ley –en este supuesto y una vez adoptadas las medidas pertinentes, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que disponga del internamiento obligatorio de personas-; b) cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización –en semejantes hipótesis se consultará, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él; con la indicada consulta, no vinculante, o sin ella el facultativo actuará mediante el denominado «consentimiento presunto»³⁹⁸», cuyo fundamento esencial está en la probabilidad *ex ante* de que el titular del derecho consentirá; incluso, como pone de manifiesto MIR PUIG, el médico puede intervenir quirúrgicamente a quien se halla inconsciente si ello constituye la única forma de salvar su vida, aunque pudiera haber dudas de si el paciente consentiría³⁹⁹.

IV. El paciente y su capacidad de consentir: Especial referencia a los incapaces y a los menores de edad

El presupuesto mínimo para poder afirmar que el sujeto adopta una decisión de voluntad de *forma* plenamente responsable e imputable, libre de vicios internos, es, que reúna una serie de condiciones psíquicas mínimas que aseguren la madurez de su decisión⁴⁰⁰. Dejando a un lado los problemas que plantean los estados de inconsciencia, donde a menudo la discusión se traslada al intento de fundamentar el consentimiento presunto del enfermo⁴⁰¹, las dudas en torno a la capacidad de decisión del paciente se concentran en la tarea de delimitar cuándo puede reputarse válido el consentimiento que

³⁹⁸ Sobre esta figura, por su importancia y frecuente aparición en la práctica, nos detendremos a su análisis más completo en epígrafes posteriores.

³⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 521.

⁴⁰⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 53.

⁴⁰¹ Sobre la figura del consentimiento presunto, y los distintos casos en donde adquiere relevancia, dedicaremos especial atención más adelante.

proviene de un sujeto menor de edad o que padece cualquier tipo de anomalía o alteración psíquica.

Por llevar un orden creciente de complejidad, puede decirse que son menores las dificultades *teóricas* que se plantean a la hora de determinar en qué casos la *persona que padece algún tipo de incapacidad, por anomalía o deficiencia mental, está incapacitada para consentir*⁴⁰². Aquí habría que incluirse no sólo los casos de enfermos mentales permanentes, sino también los supuestos en los que el enfermo se encuentra en una situación de trastorno mental transitorio, que incluso puede estar motivada por su propio estado de enfermedad⁴⁰³.

En lo que respecta a estos casos suele reconocerse sin dificultades en el orden civil que para decidir en qué circunstancias esas personas conservan su capacidad de obrar habrá de atenderse al concreto grado de incapacidad que padezcan, una comprobación que, en definitiva, remite a las circunstancias del caso concreto. Lejos de que la exigencia del consentimiento sólo se trate de un requisito formal, con éste se pretende garantizar el derecho a que el mismo sea consciente del acto que realiza y asienta en someterse a él, la determinación

⁴⁰² En este sentido resaltamos la palabra "teóricas", porque se tiene que, en la práctica la realidad es distinta. Así, según una encuesta de salud realizada en Cataluña en el año 1994, existe una elevada prevalencia de alteraciones psiquiátricas en la población general, que afectan al 18.60 por 100 de las mujeres y al 15,75 por 100 de los hombres mayores de 15 años (*Quadern de la bona praxi* No. 6 del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, julio 1997, «*Informes i certificats sobre el malalt mental*»). Estas situaciones determinan especiales dificultades por parte del paciente para asumir la información que le es facilitada. Así, existen casos de dificultad en la comprensión de la información (oligofrenias, deterioros psíquicos...), otras en las que se evidencia una dificultad en la interpretación de la información por desconexión con el mundo exterior (esquizofrenia descompensada, intoxicaciones agudas, estados de inconsciencia y de coma, etcétera). Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 93 y 94.

⁴⁰³ GIUNTA, Fausto. "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche". En, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*. Verona, 2001, pp. 390 y 392. Este autor señala que, incluso hay supuestos en que el intento de cumplir con las exigencias del consentimiento informado puede resultar cruel: es lo que sucederá cuando se trate de un paciente aquejado de fuertes dolores y la terapia que se trate de aplicarle sea precisamente paliativa de los mismos, de tal modo que el cumplimiento de aquel deber llevaría indefectiblemente a aplazar ese tratamiento. En estos casos, concluye, bastará con que el paciente siquiera de forma implícita consienta en la terapia paliativa del dolor, sin que sea exigible una información detallada de la misma ni el consiguiente consentimiento específico. A la hora de elegir la concreta terapia, el médico habrá de atender a la que resulte más satisfactoria para la preservación de la vida y salud del paciente.

de los presupuestos para considerarle capacitado para ello no debe vincularse a la declaración judicial de incapacidad⁴⁰⁴. Es cierto que cuando ésta exista el médico habrá de estar a la opinión que manifiesten los representantes legales⁴⁰⁵. Así lo reconoce el artículo 9.3 b) de la Ley 41/2002 cuando dispone que: «Se otorgará el consentimiento por representación b) cuando el paciente este incapacitado legalmente»⁴⁰⁶. Sin embargo, como la misma Ley reconoce, no puede deducirse que, faltando dicha declaración, el médico tenga carta blanca para desconocer las deficiencias intelectivas o volitivas que presente el enfermo aún cuando estas sean claramente manifiestas. Esta comprensión amplia de las alteraciones mentales permite dar una respuesta a los casos en los que la negativa del paciente al tratamiento venga motivada por su propio estado de enfermedad mental, siquiera sea en el sentido de alteraciones psíquicas⁴⁰⁷.

En otro tenor, consideramos que no hay que perder de vista, que en la práctica médica será el profesional sanitario quien deba evaluar la capacidad de hecho del paciente. Así lo aconseja, entre otras razones, la necesidad de

⁴⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 54.

⁴⁰⁵ Cabe matizar, que el médico deberá de tener en cuenta en estos casos particulares, la información que en principio tendría el titular –el menor o incapaz- deberá trasladarse de la misma forma a dichos representantes legales; y, a nuestro modo de ver, se tendrá que mantener una amplia interacción entre éstos y el galeno ya que se decidirá sobre un tercero, siendo los representantes quienes en principio, conocen más de la persona del paciente.

⁴⁰⁶ En la misma línea, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica, dispone, en su artículo 3.2, que «en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación». El artículo 7.4 de este texto legal, en su último inciso, establece que «el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones». También, véase la propuesta normativa de las Naciones Unidas, tendente a la protección de los enfermos mentales que establece, como principio No. 11, el consentimiento para el tratamiento (*Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*. OMS, Ginebra, Resolución 46/119, 1991).

⁴⁰⁷ Por citar un ejemplo, en esto pensaban los creadores del 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, establece en su artículo 17 que «Respecto de la experimentación de las personas que no tengan capacidad –se incluyen los menores de edad, siempre, atendiendo a lo que la legislación civil estipule como baremo de minoría de edad e incapacitados mentalmente- para expresar su consentimiento, se requiere que la persona incapaz no exprese su rechazo al experimento y que el consentimiento lo otorgue el representante o autoridad competente».

que, al menos en los casos menos dudosos, no se entorpezca la práctica médica con el continuo traslado de expedientes a la autoridad judicial y el consiguiente riesgo que puede producir la demora para la vida y la salud del paciente⁴⁰⁸.

Mayores dificultades plantea la tarea de determinar la capacidad de los *menores de edad* para emitir una declaración de voluntad que pueda refutarse válida en aras a autorizar un acto médico. Bien es verdad que las dificultades no deben surgir en los supuestos que pudieran calificarse como extremos, que permiten fundamentar una solución unívoca. Es lo que sucede cuando se trata de intervenciones necesarias e inaplazables, cuya omisión puede poner en peligro seriamente la salud e incluso la vida del menor. En estos casos, algunos autores como GIUNTA⁴⁰⁹ explica que, ni el menor podría disponer de esos bienes ni mucho menos el representante legal podría tomar una decisión que contrariase sus intereses⁴¹⁰. En efecto, en la medida en que, por un lado, se trata de disponer de un bien jurídico –la salud- que tiene el carácter de personalísimo y, por otro, vinculado a lo anterior, están en juego intereses que aconsejan asegurar la madurez de la decisión, hay que admitir que en la protección de la salud y vida de los menores se implican intereses de Derecho

⁴⁰⁸ SIMÓN LORDA, Pablo. *El consentimiento...* Op. Cit., pp. 330 y ss., quien señala, además, razones tanto de tipo consuetudinario como relativas a los deberes que gravan al sanitario y que le obligan a comprobar la capacidad del enfermo para, en su caso, protegerle de sus propias decisiones dañinas. No obstante, como señala este autor, sería deseable el desarrollo protocolario de criterios de evaluación que inyectaran seguridad jurídica a la práctica médica; pp. 341 y ss.

⁴⁰⁹ GIUNTA, Fausto. *Il consenso informato...* Op. Cit., p., 397.

⁴¹⁰ Mientras tanto, en casos que no representen cierta urgencia y exista incapacidad por la edad o por un factor mental, serán los padres –casos de menores de edad- o representantes legales en su caso, quienes decidan al respecto. En esta perspectiva véase la sentencia, entre otras, de la Sala 1ª del TS, de 23 de abril de 1992; de la sección 4ª de la AP de la Coruña, de 20 de marzo de 1998. En resumen, señalan que si los menores no poseen condiciones de madurez suficiente, serán sus padres o tutores quienes han de recibir la información precisa para otorgar su consentimiento a la intervención, y ello siempre en beneficio del menor. En este orden de ideas, basta analizar el artículo 158.3 del CC y el párrafo segundo de artículo 154 del mismo Ordenamiento, por cuya virtud «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos» y el artículo 216 del ya mencionado cuerpo legal expresa que «las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado».

Público que determinan la consideración de esos bienes jurídicos como indisponibles⁴¹¹.

Señala GÓMER RIVERO que en realidad, las dificultades en torno al rol que deba atribuirse al consentimiento del menor de edad surgen allí donde se trate de intervenciones cuya omisión no comporte un riesgo grave para la salud o para la vida de éste⁴¹². Por su parte, dentro de esta tipología de casos debe hacerse una precisión ulterior. En efecto, la atención a la lógica que inspira el instituto de la representación legal, en concreto la exigencia de que la decisión que adopten los representantes legales deba orientarse en todo caso a buscar lo que resulte mejor para los intereses del menor, determina que la discrepancia de la opinión de aquellos respecto a la de éste deba presentarse siempre en términos de un conflicto en el que es el menor quien rechaza o solicita una intervención que, en puros términos de beneficio para su salud, no resulta indicada. Baste pensar no sólo en los casos en que solicitara una operación de cirugía estética sino también en aquellos otros en que rechace una intervención de carácter terapéutico que, sin embargo, no fuera estrictamente indispensable (p. ej., operación de sinusitis o, simplemente, la práctica de una ortodoncia)⁴¹³.

Una vez delimitado el problema, en la tarea de concretar bajo qué condiciones el menor pueda considerarse capacitado para consentir podemos decir que han sido dos, básicamente, las posturas que tradicionalmente se han

⁴¹¹ Sobre esta situación planteada *supra* véase el comentario que realiza Julio César Galán Cortés sobre el pensamiento de Gómez Pavón –quien se perfila en el mismo sentido que Giunta- sobre la cuestión del consentimiento y la edad. Éste último refiere que «al no señalar la Ley ninguna edad, debe mantenerse la mayoría de edad civil, pues cuando el Código ha querido modificarla lo ha hecho expresamente, lo que lleva a negar eficacia no sólo al consentimiento del menor, sino al prestado por sus padres o representantes legales», llegando incluso a afirmar que «en estos casos el médico, deberá proceder con el tratamiento indicado, con independencia de manifestación de voluntad del menor o de sus padres». A esto Galán Cortés, indica que debe tenerse presente que, en muchas ocasiones, son diversos los tratamientos que pueden estar catalogados para una patología, existiendo diferencia en sus efectos secundarios, riesgos, eficacia; por lo que surgen distintas opciones terapéuticas, cuya elección no corresponde al médico, sino al interesado, siempre que reúnan las condiciones necesarias para ejercer su *derecho de autodeterminación*. Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...* Op. Cit., pp. 78-79.

⁴¹² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 55.

⁴¹³ *Ídem., supra*.

enfrentado; la primera es la que hace coincidir la relevancia de ese consentimiento con los requisitos de capacidad establecidos en el orden extrapenal, en concreto, con la capacidad negocial que se exige en el ámbito civil y que, por regla general, requiere haber cumplido los 18 años de edad; la segunda es la que propone definir la capacidad decisoria del paciente conforme a presupuestos autónomos, nacidos y orientados exclusivamente al ámbito médico.

De seguirse la primera opción, la regla tendría que ser negar al menor de edad civil, conforme a una presunción *iuris et de iure*, la facultad para disponer sobre su cuerpo y decidir sobre su libertad. De seguirse la segunda opción, por el contrario, pasaría a primer plano la comprobación de que en el caso concreto el sujeto tenía, de hecho, capacidad para disponer de bienes personales⁴¹⁴.

Al menos hasta el año 2002, a la dificultad para tomar partido por una de estas posibles alternativas habían contribuido las distintas declaraciones normativas. En efecto, hasta la aprobación de la Ley 41/2002, era difícil encontrar en el Ordenamiento Jurídico español una disposición –extrapenal– que de forma inequívoca ofreciera una línea de solución para la cuestión que aquí se ventila, siendo abundantes, por el contrario, las fórmulas vagas, genéricas, cuyo alcance era realmente difícil de precisar.

Bien es verdad que alguna disposición puntual parecía inclinarse por hacer prevalecer la voluntad del menor cuando tuviese capacidad natural de discernimiento⁴¹⁵ y que, ya con carácter general, dispone en el art. 154 que «si

⁴¹⁴ En este sentido, la Declaración de Lisboa –aunque sigue siendo desde nuestra óptica un poco vaga– puntualiza que, el paciente incapacitado –por minoría de edad o a causa de una alteración mental– debe participar al máximo en las decisiones que le permita su estado. Lo que sí está claro ante esta dicotomía de ideas que sugiere el planteamiento que da origen a esta nota, es lo que bien refiere Carlos Tena Tamayo: en el mundo del consentimiento informado y la representación, resulta necesario limitar las facultades de intervención ajena, para obviar que un tercero, contra la voluntad del titular, decida por éste que riesgos ha de asumir o a que bienes a de renunciar. *Vid.* TENA TAMAYO, Carlos, *et. al.* “Consentimiento válidamente informado... *Op. Cit.*, p. 8.

⁴¹⁵ Como el Código de Deontología Médica de 1999, que dispone en su artículo 10. 6 que «La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez». En la misma línea se pronuncia

los hijos tuvieren suficiente juicio, deberían ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten». También es verdad que, conforme al artículo 162.2 del mismo cuerpo legal, se reconoce al menor la capacidad para realizar determinados actos. Así, tras disponer que «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», excepción de tal regla los «actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puede realizar por si mismo»⁴¹⁶.

Empero, lo cierto es que el esfuerzo por concretar dichas fórmulas sólo había arrojado como fruto la imprecisión y vaguedad, algo a lo que contribuían las disposiciones más modernas que, sin embargo, suelen calificarse por la doctrina civilista como progresistas para los derechos del menor. Es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que, tras consagrar en el apartado 2 del artículo 2 que «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva», reconoce en su artículo 9 el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté

el Código de Deontología y Normas de ética Médica, aprobado por la Asamblea General de Médicos de Cataluña de 16 de julio de 1997, cuyo artículo 13 dispone que «En caso de un menor, el médico debe respetar su voluntad si este tiene capacidad para comprender aquello que decide aunque el padre, la madre o el representante legal disientan». Ya en el ámbito comunitario, a esta orientación respondía la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 200/C, 364/01), cuyo artículo 24.1 disponía que «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que le afecten, en función de su edad y de su madurez».

⁴¹⁶ Al respecto véase ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, 1985, pp. 65 y ss., si bien a la postre, en caso de discordancia entre la voluntad de los padres o representantes el menor, parecía atender, más allá del criterio de la capacidad de éste, al de su interés: «Lo que ocurre es que el hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 del Código, deberá ser siempre escuchado por sus padres, si tuviera suficiente juicio, antes de la adopción de medidas que le afecten, en estos casos tendrá no sólo la posibilidad de ser oído, sino también la facultad de oposición, siempre que tenga la suficiente madurez; si bien en la práctica parece que más que la madurez del hijo lo que se vendrá a discutir en casos como éste, será lo acertado de la decisión de los padres o del hijo», concluyendo que «en la vida práctica lo normal es que, aun teniendo el hijo madurez, sean los padres los que acuerden la conveniencia o no de determinado tratamiento, del mismo modo que son los padres los que se convierten en deudores del médico por los honorarios», p. 67.

directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁴¹⁷.

Por otra parte, las leyes que en el ámbito regional se habían ido aprobando tampoco parecían ofrecer una línea de solución homogénea. Así, mientras la Ley Gallega reguladora del consentimiento informado y de la información clínica de los pacientes, aprobada por el Parlamento Gallego el 8 de mayo de 2001, parecía remitirse a la mayoría de edad civil⁴¹⁸, la Ley Catalana permitía entender que habría de estarse a la concreta capacidad del menor, si bien presumiéndose ésta siempre a partir de los dieciséis años⁴¹⁹, situándose en la misma línea de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón⁴²⁰. Por último, la Ley de Navarra había optado por establecer topes rígidos de edad marcados en el cumplimiento de los dieciséis años⁴²¹, y en el

⁴¹⁷ Vid., también el artículo 11 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de *Atención y Protección de los niños y Adolescentes* y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

⁴¹⁸ Conforme a su art. 4 ter, b) «Cuando el paciente sea un menor de edad o un incapacitado legal, el derecho corresponderá a su padre, a su madre o a su representante legal, que deberá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y de constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del menor o del incapaz. El menor de edad o incapacitado legal deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización».

⁴¹⁹ Conforme al artículo 7.2 d) de la Ley 21/200 de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica, aprobada por el Parlamento Catalán el 21 de diciembre de 2000, «En el caso de menores si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre la propia salud, el consentimiento lo dará el representante menor, habiendo escuchado en todo caso su opinión si es mayor de doce años. En el resto de los casos y especialmente en el supuesto de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor ha de dar personalmente su consentimiento».

⁴²⁰ Esta norma dispone que si se trata de un menor de doce años habrá de escucharse su opinión, prestando el consentimiento el representante legal en los casos que el menor no se encuentre preparado, ni intelectual ni emocionalmente para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud. En el caso de los menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor de habrá de prestar personalmente su consentimiento.

⁴²¹ Así lo dispone la Ley sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, aprobada por el parlamento Navarro el 25 de abril de 2002. Conforme a su artículo 7.2 b) «En los casos de incapacidad legal, de personas internadas por trastornos psíquicos y de menores, el consentimiento debe darlo quien tenga la tutela o curatela. Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe de darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años».

mismo sentido se había pronunciado la Ley del Parlamento de la Rioja 2/2002, de 17 de abril⁴²².

No cabe duda que la cuestión del consentimiento informado en general y en los menores de edad en particular, representa un panorama un tanto discordante, sobre todo a la hora de aparecer en la práctica. Muestra de esto, es que aún que se han producido cierto número de leyes que tratan la cuestión en comento, podemos observar que el panorama –citado *supra* en las distintas disposiciones a que hicimos alusión- tampoco resultaba más clarificador cuando en el ámbito nacional español se atendía a las normas específicas relativas a determinados actos médicos. Tampoco en ellas, era posible descubrir una línea de solución uniforme a partir de la cual pudiera extraerse un criterio válido con carácter general. Así, por ejemplo, mientras alguna disposición, como la Ley 30/1979, de 27 de octubre, relativa a la donación de órganos, exige que el donante sea mayor de edad, lo que parece remitir así a la normativa civil, otras normas como la ya derogada Ley 42/1988, de 28 de diciembre, relativa a la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, admitía la donación por los menores de edad, si bien requiriendo, además de su consentimiento, el de sus representantes legales⁴²³. Finalmente, todavía pueden citarse normas, como el RD 651/1993, de 19 de abril, por el que se regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos, que optan por combinar diferentes criterios. Dicho Real Decreto dispone que en caso de menores de edad o incapaces el consentimiento lo prestarán sus representantes legales, si bien añade que, «cuando las condiciones del sujeto lo permitan, y en todo caso cuando el menor tenga doce años o más, deberá prestar su consentimiento».

⁴²² Conforme a su artículo 6.4 a) «El usuario menor de dieciséis años con madurez emocional suficiente debe ser consultado por el médico o equipo médico sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud, con el fin de que su opinión sea considerada y ponderada en atención a su edad y madurez; b) En todo caso el consentimiento informado deberán prestarlo, en los supuestos y formas establecidos en esta Ley, los representantes legales del menor».

⁴²³ La norma que actualmente contempla la donación de embriones y fetos humanos es la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, que tras exigir en su artículo 29.1 que el donante o donantes de los embriones hayan otorgado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito, dispone que «Si alguno de ellos fuera menor no emancipado o estuviera incapacitado, será necesario además el consentimiento de sus representantes legales».

Así también en el ámbito internacional el recurso a criterios vagos o difusos había sido la tónica dominante. Valga de cita el 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, también conocido como convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997. Su artículo 6.2, tras establecer que cuando se trate de una persona incapacitada para consentir debido a su minoría de edad, el consentimiento habrá de prestarlo sus representantes legales, se limita a añadir que su opinión habrá de tenerse presente en función de su edad y madurez⁴²⁴.

Ante la falta de sólidos soportes legales que avalaran de forma inequívoca una solución, no es de extrañar que tanto en las fronteras españolas como en aquellos Ordenamientos Jurídicos que tampoco ofrecen una específica declaración al respecto, se abriese una discusión con implicaciones inmediatas en la posible responsabilidad del médico. Por un lado, buena parte de la doctrina⁴²⁵ y de la jurisprudencia había defendido la solución de que el menor hubiese cumplido una determinada edad, bien a partir de criterios de analogía con lo que se requiere a efectos de la voluntad negocial civil⁴²⁶, bien manejando argumentos de seguridad jurídica. No obstante, también parte de la doctrina se había mostrado partidaria de atender a la concreta capacidad de comprender del menor⁴²⁷. El principal argumento

⁴²⁴ Dispone dicho artículo: «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 una persona o institución designada por la Ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

⁴²⁵ Con relación a la problemática del consentimiento para las transfusiones sanguíneas, véase ROMEO CASABONA, Carlos María. “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”. En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, 1998, pp. 335 y ss.

⁴²⁶ Por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La disponibilidad de la salud e integridad personal”. En, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*. Madrid, 1995, pp. 139 y ss. «Será menor de edad a los efectos de la disposición de bienes jurídicos penales personales, y siempre que se exija expresamente tal cualidad en el disponente, toda persona no emancipada que aún no ha cumplido los 18 años».

⁴²⁷ Esta solución es la sostenida, entre otros, por JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid. 1990, pp. 85 y ss., ROMEO CASABONA, Carlos María. El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980”. En,

manejado para ello apuntaba a la conveniencia de abandonar el lastre que siempre supone el establecimiento de topes rígidos de edad y atender a las circunstancias del caso concreto, únicas que pueden permitir una valoración apegada a la realidad.

Ni que decir tiene que la discusión no es meramente teórica. De admitirse que la capacidad de consentir del menor, se vincula a su concreta capacidad de comprender y querer, habrían de deducirse importantes consecuencias, que ni siquiera en los casos en que la voluntad de aquél se opusiera a lo medicamente indicado podría suplirse por la de sus representantes legales, al menos, mientras no concurriesen situaciones de inminencia y necesidad anteriormente referidas; en otras palabras, habría de respetarse su decisión por mucho de que puede reputarse a primera vista como insensata.

En este contexto de falta de claridad se aprobó en el año 2002 la LRAP. Previo a proceder al análisis de la concreta formula que contempla, conviene, muy someramente señalar y recordar que la atención al criterio de la concreta capacidad y madurez del menor fue la línea que inspiró el texto de la proposición de Ley presentada inicialmente en el Senado⁴²⁸, si bien ofreciendo algunos indicadores referenciales a la edad a partir de los cuales se presumiese su capacidad – como por ejemplo, el ya mencionado a lo largo de esta investigación, artículo 7.2-. En los demás casos y especialmente en cuestiones de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años debían prestar personalmente en todo caso su consentimiento, no contemplaba esos casos desde la nota de exclusividad; sino que el empleo del adverbio *especialmente*, permitía interpretar que ese era tan sólo uno de los supuestos a los que habría que atender a su voluntad⁴²⁹.

CPC, 1982, p. 278. , GALÁN CORTÉS, Julio César. *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid, 1997, pp. 33 y ss., el mismo en, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, *Op. Cit.*, pp. 78 y ss.

⁴²⁸ BOCG, de 1 de marzo de 2001.

⁴²⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* *Op. Cit.*, p. 62. Véase también en este sentido a GALLEGO RIESTRA, Sergio y BOBES GARCÍA, Julio. En, *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidad*.

Esta redacción inicial, sin embargo no se mantuvo en el curso de la tramitación parlamentaria. Así, el texto del dictamen presentado por la Comisión del Congreso⁴³⁰, recogiendo el contenido del informe de la Ponencia⁴³¹, ofrecería una redacción distinta de este artículo en los términos en los que finalmente se acabaría aprobando, y que ya habían encontrado acogida en algún texto normativo comunitario⁴³². Conforme a su artículo 9.3 c),

«Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

No obstante, de esta regla excepciona el apartado 4 determinados supuestos:

«La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

Como señala GÓMEZ RIVERO⁴³³, pese a que esta redacción no resulta tan explícita como la anterior a lo que se refiere a los menores de 16 años, debe entenderse que la letra de la Ley no significa a *contrario sensu*, que en esos casos el consentimiento siempre tenga que presentarse por representación. Por el contrario, permite entender que también por debajo de esa edad, si en el caso concreto el menor tuviera capacidad de comprender y querer, habría de respetarse su voluntad. De hecho así lo ha interpretado

Barcelona, 2006, p. 31. Estos autores refieren a que la LRAP no quiere decir que por debajo de los dieciséis años el menor no pueda consentir en ningún caso, de acuerdo con los criterios sobre la minoría madura del Código Civil español; sino que la Ley otorga una presunción de madurez a partir de esa edad, y por debajo de ella habrá que recurrir a la valoración individualizada de cada supuesto en concreto.

⁴³⁰ BOCG, de 17 de junio de 2002.

⁴³¹ BOCG, de 10 de junio de 2002.

⁴³² Es el caso de la Ley Foral Navarra; texto reproducido anteriormente.

⁴³³ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 63.

buena parte de la doctrina civilista, que señalando a menudo lo confuso y criticable de los términos empleados por la norma, se decanta por interpretar que también los menores de 16 años deben considerarse capacitados para consentir cuando cuenten con la capacidad natural de comprender y querer⁴³⁴. Por otra parte, no es otra la interpretación que puede encontrarse consagrada en alguna normativa regional aprobada con posterioridad a la Ley 41/2002. Es el caso de la Ley 8 /2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con su salud de Castilla y León, que conforme a su artículo 5.1 consagra expresamente esa solución al disponer que: «Toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente».

Con todo, hay que reconocer que aun cuando se conceda el referido valor a las previsiones legales no desaparecen por completo las dudas interpretativas. En primer lugar, porque no es fácil determinar el valor de la cláusula contenida en la Ley, conforme a la cual, aún tratándose de un menor emancipado o mayor de 16 años, «en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su decisión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente». Esta previsión plantea la compleja cuestión en torno a la cuál sea su alcance exacto, puesto que si bien los padres deben ser oídos parece que su intervención no puede desplazar la voluntad del menor, de modo que habrá que deducir que en última instancia, en caso de conflicto, habrá de acudir a la autoridad judicial⁴³⁵.

⁴³⁴ Es la opinión que sostiene por citar un ejemplo, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica*. Madrid, 2004, p. 148, que reproduce lo que ya expusiera PARRA LUCÁN, María Ángeles. “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”. En, *Actualidad Aranzadi Civil*, nº 1. Madrid, 2003, pp. 1908 y ss. Además de lo confuso de la redacción, esta autora denuncia «lo incorrecto de que, en materia de derechos de la personalidad se utilice la expresión consentimiento por representación»; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid, 2003, pp. 287 y ss.

⁴³⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 64.

En segundo término, porque también resulta complicado trazar la solución de casos en que se plantea un conflicto entre la opinión manifestada por el menor y de sus representantes legales, tanto cuando aquel haya alcanzado los dieciséis años⁴³⁶, como cuando se encuentre por debajo de esa edad⁴³⁷. No es por ello de extrañar que desde aquella doctrina se haya llamado la atención sobre la conveniencia de haber introducido una previsión específica que, como hace la Ley Gallega en su artículo 6 c), dispusiera que en caso de incompatibilidad entre la voluntad del representante legal y los intereses del menor o incapacitado, se solicite la intervención de la autoridad judicial⁴³⁸.

En tercer lugar, tampoco es fácil interpretar otra previsión especial contemplada igualmente en la Ley 41/2002, relativa ahora a los casos de interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, casos que según la Ley 41/2002 «se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». Como se ha denunciado en la doctrina civilista, se trata de nuevo de una regla confusa, que agrupa, además, supuestos de muy distinta índole, puesto que si bien existe una regulación específica para los casos de ensayos clínicos y para las técnicas de reproducción asistida, no existe para los supuestos de interrupción del embarazo, con los que resulta realmente difícil determinar a qué se está remitiendo el legislador en relación con este supuesto. Baste pensar que si contempla una regla distinta a la contenida a la Ley 41/2002, lo lógico que su sentido fuera atender a la mayoría de edad civil, una previsión sin embargo difícil de conciliar con la importancia y repercusiones que sin duda comporta la

⁴³⁶ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles. *“La capacidad... Op. Cit.*, pp. 1912 y ss., quien entiende que en los casos en que el menor hubiera cumplido los 16 años y se opusiera a la intervención, la misma sólo podría llevarse a cabo obteniendo una autorización judicial.

⁴³⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho Sanitario... Op. Cit.*, pp. 298 y ss., quien partiendo de que el consentimiento por representación debe ser adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, en los casos en que el menor se oponga a recibir un tratamiento contra el criterio de sus representantes legales deberá acudir a la autoridad judicial.

⁴³⁸ Vid. GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas.* Valladolid, 2004, p. 83.

decisión para el menor de edad⁴³⁹. Antes esta situación no es de extrañar que en la doctrina civilista se hayan propuesto interpretaciones que palien las consecuencias a que entonces habría de llegarse, y que permitan conceder el máximo protagonismo posible a la voluntad de la menor⁴⁴⁰.

Por otra parte, pero enlazado con lo anterior, debe tenerse en cuenta la existencia de previsiones especiales en determinadas normas que contemplan mayores exigencias para la presentación del consentimiento, y a las que si bien no se refiere expresamente la Ley 41/2002, deben entenderse de aplicación preferente. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, que sólo permiten que sean donantes vivos de órganos los mayores de edad, excluyendo expresamente de dicha posibilidad a los menores aun cuando medie el consentimiento de sus padres o tutores (art. 9.1 d) del Real Decreto citado). No obstante, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 7.2 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, «Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores. En estos casos el donante

⁴³⁹ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles. *“La capacidad... Op. Cit.”*, pp. 1924 y ss., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho Sanitario... Op. Cit.*, pp. 299 y ss.

⁴⁴⁰ Entre ellas destaca la propuesta por GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Madrid, 2004, pp. 170 y ss. En los casos en que el menor tenga capacidad natural, esta autora entiende que habría que respetarse su voluntad conforme al artículo 162.1 CC. Si el menor no tuviera dicha capacidad natural, propone diferenciar entre las distintas indicaciones bajo las que se realizara el aborto. En concreto, en los casos de indicación terapéutica, por analogía con los actos médicos que benefician la salud del menor, considera que habría que admitirse la legitimación del representante legal y si la decisión de éstos se estimara contraria a los intereses de la menor habrá de acudir a la autoridad judicial. En los casos de aborto por indicación ética y eugenésica diferencia a su vez según la menor se encuentre imposibilitada o no para expresar su voluntad. En el primer caso, si pudiera acreditarse que la continuidad del embarazo comportaría problemas para su salud física o psicológica propone reconducir su tratamiento al propio de la indicación terapéutica. En otro caso entiende que debería someterse a control judicial la decisión adoptada por los representantes legales.

menor de edad deberá ser oído conforme prevé el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor».

Igualmente, entre otras disposiciones, puede citarse las que regulan las materias a que remite la Ley 41/2002: la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida. De lo primero se ocupa el artículo 1 del RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, que en su artículo 4 contempla los requisitos que habrán de respetarse. Por su parte, en relación con la práctica de técnicas de reproducción asistida, el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que «los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar».

Por último, tampoco deja de plantear alguna reflexión la situación que genera la existencia de leyes regionales, anteriores y posteriores a la aprobación de la Ley Nacional, que a veces contienen previsiones difícilmente conciliables con las que contempla esta norma. Por ello, no se debe de extrañar que respecto a las mismas se haya planteado no sólo la posible inconstitucionalidad de dichas previsiones como tales por exceder de su marco competencial, sino también en cuanto al contenido de las que restringen los derechos reconocidos por la norma nacional. Así ha sucedido respecto a la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana, que parece limitarse conceder al menor de 16 años con capacidad para comprender el derecho a recibir la información adecuada a su edad, formación y capacidad, pero sin reconocerle la capacidad de consentir, y respecto a la que algún autor ha definido su inconstitucionalidad por infracción del artículo 14 de la Constitución española, así como del artículo 149.1 y 8, que contempla la competencia exclusiva del Estado para la «regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»⁴⁴¹.

⁴⁴¹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. «¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad? En, *La Ley*, 21 de marzo de 2003.

V. La importancia de la información médica

Desde nuestro punto de vista, estamos, sin duda alguna frente a uno de los elementos más importantes que -independientemente de ser complemento esencial del binomio consentimiento-informado⁴⁴²- vendría a paliar gran parte de los problemas que se plantean hoy en día para los médicos en el quehacer diario de su profesión⁴⁴³. Según la etimología de la palabra informar, refiere a enterar, dar noticia de algo⁴⁴⁴; así pues es, precisamente la información, el eje rector que debe prevalecer en la relación médico-paciente. Estamos seguros

⁴⁴² Es importante mencionar que si bien es cierto que denominados binomio al integrado por la información y el consentimiento, es porque consideramos a aquella es presupuesto de éste; pero no obstante lo anterior dichos términos –información y consentimiento- deben, para cumplir el cometido de manifestación libre de la autodeterminación del paciente- dimensionarse de manera individual. En este sentido que apuntamos véase a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Intervención médica y consentimiento informado”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, p. 67.

⁴⁴³ Dicho argumento se sostiene como resultado del análisis que hemos realizado sobre la realidad imperante en distintos países. Así, en España se dice que al buscar las «razones que han podido mover al demandante o denunciante a entablar el procedimiento contra el médico, descubrimos a menudo que el motivo no es más que la necesidad de saber». GARCÍA GONZÁLEZ, Susana y LABORDA CALVO, Eugenio. *Plan de formación en responsabilidad legal y profesional*. Asociación española de Derecho Sanitario. Madrid, 1998, p. 41. También en Inglaterra, donde las dos terceras partes de demandas contra médicos tienen como origen la falta de comunicación adecuada. Vid. SHAW, Charles. “Experiencias del uso de normas o estándares en la calidad de la atención médica”. *Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico-paciente*. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. México, 1998, p. 43. En México, Héctor Fernández Varela Mejía, menciona la experiencia de la CONAMED en el sentido de que «la principal causa de queja ha sido la falta de comunicación del médico con el paciente, inconformidad que se ha presentado en el 80 por ciento de casos» FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor. “La Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la calidad de la atención médica”. *Simposio. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica*. CONAMED. México, 1997, p. 37. El mismo autor en el *cuarto informe de actividades de la CONAMED*, enumera como una de las principales causas de inconformidad por parte de los pacientes, la «deficiente comunicación galeno-paciente». También Carrillo Fabela, quien con base en un trabajo estadístico de investigación concluye que las denuncias por responsabilidad profesional médica «son originadas principalmente por una inadecuada relación médico-paciente, en donde la comunicación ocupa un lugar primordial». CARRILLO FABELA, Luz María Reyna. *La responsabilidad profesional del médico en México*. México, 2005, pp. 39 y ss.

⁴⁴⁴ María del Carmen Gómez Rivero refiere que, para que el consentimiento se pueda considerar libre, el paciente lo debe emitir con pleno conocimiento de todos los aspectos relevantes de la intervención así como de sus consecuencias y posibles alternativas. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Ob. Cit., p. 82. En lo expresado por la autora, estamos parcialmente de acuerdo, ya que, como veremos más adelante dentro de la presente investigación, no siempre es terapéuticamente correcto o saludable que el paciente conozca de una forma exhaustiva la información de su situación clínica o la relacionada con el proceder del galeno.

que si el médico tratara a un paciente como un ser único y distinto a los demás, informará –en la medida de lo posible y siempre estableciendo como prioridad la salud del enfermo en su sentido más amplio- y en general fuera la buena comunicación –con el paciente o sus representantes legales en su caso- el tópico característico durante el tratamiento; las demandas por *mala praxis* médica encontrarían un descenso estadístico importante⁴⁴⁵.

Consideramos prudente citar –por el enfoque médico y jurídico que encierran sus comentarios- la consideración que realiza GALÁN CORTÉS respecto a la información médica; dicho autor considera que el médico ha de informar al paciente de todas aquellas circunstancias que pueden incidir, de manera razonable, en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas⁴⁴⁶ que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto al tratamiento en otro centro sanitario más adecuado⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Con el objeto de no ser reiterativos, no podemos dejar de señalar que, cada una de las estimaciones que hagamos en torno al binomio consentimiento informado, en principio se referirán a un aspecto muy general de la práctica médica –“condiciones normales”-, para después analizar las distintas situaciones que se presentan en la práctica y las particularidades que *per se* encierran.

⁴⁴⁶ En relación a la necesidad de informar al enfermo sobre las distintas opciones terapéuticas, resulta muy ilustrativa la sentencia dictada por la Corte Suprema de Nueva York (1999), en el caso *Motichka*, en la que se condenó a un cirujano del *Memorial Sloan-Kettering Cancer Center* de Nueva York a indemnizar a un paciente la suma de 2.5 millones de dólares, por no haberle informado de que la lumpectomía era una alternativa a la mastectomía, en un supuesto de tumor mamario no multicéntrico.

⁴⁴⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 175. Matiza el autor español que, sobre éste último aspecto, debe señalarse que si el centro sanitario al que el paciente ocurre no reúne con los medios necesarios y adecuados para su tratamiento, y no se trata de ninguna urgencia vital e inaplazables, que hiciera inviable el retraso del proceder médico, debe informarse al enfermo de tales circunstancias, a fin de que pueda acudir a otro centro que reúna las garantías precisas para la terapia a la que va a someterse. *Ídem., supra*. En este sentido, creemos oportuno citar la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción número 2 de Coslada (Ponente: Sr Nogales Romeo), de fecha 12 de enero de 1999, estimó la demanda de menor cuantía interpuesta por un paciente afectado de rotura del tendón de Aquiles, condenando al cirujano, que, en dos ocasiones. Le intervino de la citada patología, que no revestía el carácter de urgente, y al centro privado para el que trabajaba y en el que se llevaron a efecto ambas intervenciones quirúrgicas, sustentándose tal condena, no sólo en la falta de asepsia y técnica idóneas, sino también en haberse llevado a efecto el tratamiento, sin

Expuesto lo anterior, no es de extrañar que la propia Ley General de Sanidad en España⁴⁴⁸ se refiriese ya a esta situación, y que actualmente la misma se contempla en el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, que dispone que el consentimiento del paciente debe obtenerse después de que haya recibido una información adecuada.

En principio, sólo cuando se cumplan los requisitos mínimos del deber de información, el paciente estará en condiciones de disponer, más allá de aspectos que pudieran calificarse de derivados, como los patrimoniales o espirituales, sobre su propio cuerpo⁴⁴⁹. Según se reconoce de forma unánime, es esta una exigencia que entronca con el derecho fundamental a la libertad de autodeterminación⁴⁵⁰. Es más, como bien apunta GÓMEZ RIVERO, puede decirse que dicho derecho a estar informado no es sino una ramificación más del derecho básico a la dignidad humana, en cuanto que la del enfermo pasa

el necesario consentimiento e información del paciente, en un centro sanitario que no reunía las condiciones oportunas para dicha operación, que fracasó, por dos veces, requiriendo, con posterioridad, ser intervenido en un centro hospitalario adecuado. También al respecto, encontramos la sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona, de 1 de diciembre de 1999 (Ponente: Sr. Concepción Rodríguez), ha señalado al respecto que la información del médico ha de extenderse a la exposición de los medios de los que se disponga en el lugar donde va aplicarse el tratamiento, en la idea de que si la propia necesidad de la asistencia impide la elección de un centro adecuado, el propio profesional ha de indicar estas circunstancias de limitación de medios o de centros a los fines de que se pueda prever cuáles pudieran resultar tales consecuencias nocivas y la posibilidad del emplazamiento en otro centro más adecuado. De esta forma, el enfermo ha de conocer las circunstancias más relevantes de su enfermedad, el tratamiento al que va a ser sometido, las posibilidades de éxito que el mismo tiene, los medios con que cuenta el centro médico en el que se halla y la existencia de otro cercano con más recursos para llevar a cabo la terapia.

⁴⁴⁸ Dicha Ley, reconoce en el apartado 5 del artículo 10 el derecho del paciente «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas del tratamiento». Dicho apartado ha sido derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002.

⁴⁴⁹ Lo que comprende no sólo la decisión sobre si desea o no recibir un tratamiento, así como el que en concreto se le vaya a practicar sino, en su caso, sobre que no se prolongue su vida cuando entre en fase terminal o que se le acorte la misma (como lo veremos a *posteriori* cuando nos refiramos al caso de la eutanasia).

⁴⁵⁰ Se ha establecido que el derecho a la autodeterminación del paciente debe ser respetado si se cumplen tres requisitos: a) que el paciente actúe de manera autónoma y provisto de capacidad; b) que el consentimiento sea voluntario, libre e *informado* en los supuestos en que se propongan exámenes o tratamientos, y c) que se brinde al paciente la *información adecuada*. De esta manera la autonomía se entiende como libertad de elección, conforme a las propias convicciones, excepto en los casos en que el orden público imponga la asistencia por razones superiores. *Cfr.* KRAUT, Jorge Alberto. *Los derechos... Op. Cit.*, p. 149.

por ser, en la medida de lo posible, dueño de su propio destino, esto es, libre de cómo y hasta donde quiere ser tratado, sin que su puesta en manos del médico suponga deslizarse por un tenebroso –y denigrante- túnel cuyos tramos sólo aquel conoce o puede prever⁴⁵¹.

Con ser trascendental la incidencia de la información⁴⁵² para garantizar el respeto a la voluntad del paciente, su sentido no se agota en la misma, sino que adquiere protagonismo igualmente de cara a otros aspectos. Baste imaginarse que sólo cuando aquél conoce la enfermedad que padece así como la sintomatología y evolución de la misma se sitúa en condiciones de colaborar con el tratamiento prescrito, de autoconocerse y de prever la reacción de su cuerpo al mismo, así como de proporcionar al facultativo una información “exacta” sobre la evolución que experimenta al hilo de la terapia. Todo ello sin olvidar otros aspectos como es, en el caso de enfermedades contagiosas, la prevención del contagio a terceros –normalmente familiares-, medida que sólo puede adoptar el paciente cuando está informado de su enfermedad.

Por lo demás, no es superfluo advertir que el sentido del deber de información sobre el que nos ocuparemos dentro de las páginas posteriores de la presente investigación se circunscribe a las circunstancias que rodean a la intervención cuando la misma se realiza dentro de los límites de lo que prescribe la *lex artis*⁴⁵³ y, por tanto el acto médico no se califica como

⁴⁵¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 83.

⁴⁵² En el panorama mexicano, dicha hipótesis se encuentra, entre otros documentos, en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, al disponer que «todo profesional de la salud estará obligado a proporcionar al usuario y, en su caso, a sus familiares, tutor o representante legal, información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento correspondiente (artículo 29). Por otra parte, en la Norma Oficial Mexicana para el expediente clínico se establece que el consentimiento informado debe asentarse en las “cartas de consentimiento **bajo información**”. Se denomina así a los «documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o, con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios». (punto 4.2). Por desgracia encontramos que en la realidad no siempre se proporciona una correcta información. Cfr. NAIME LIBIÉN, José. “Introducción”. *El consentimiento bajo información. Bases para su comprensión. Comisión Nacional de Arbitraje Médico*. México, 2000, pp. 1 y ss.

⁴⁵³ No es baladí mencionar que la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente queda a cargo del paciente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a

imprudente⁴⁵⁴. De hecho debe advertirse, que sólo en determinados casos resultaría imaginable que el paciente preste su consentimiento para un acto médico imprudente sobre cuyos extremos, por tanto, debiera estar informado. Así, por razones lógicas. No habría de calificarse sino como absurda cualquier pretensión de que el enfermo consintiera a una actuación médica imprudente cuando la misma se califica como inconsciente. Sobre el sinsentido de tal pretensión no estimamos que haga falta insistir. No obstante, frente a estos casos sería posible descubrir supuestos en los que se plantea el deber de informar como presupuesto del consentimiento del paciente a un acto médico que no respeta las reglas de la *lex artis*. Valga de cita el caso de quien se somete a una terapia no convencional o de experimentación que aún no está avalada por la comunidad científica. Se trata de un ámbito que remite a una problemática más amplia de la que tendremos ocasión de ocuparnos posteriormente: la relativa a la eficacia del consentimiento del paciente en actividades experimentales, tratamientos no indicados y prácticas que en general no se adecuan a los cánones que marcan las reglas técnicas de la medicina. Para evitar reiteraciones, nos remitiremos en este punto al epígrafe correspondiente.

Cuestión que no podemos pasar por alto indicar, previo a entrar de lleno en el contenido del deber de información del médico es que, si como veíamos

las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*). En este sentido véase la STS de 14 de febrero de 2007 (RJ 565).

⁴⁵⁴ Pero, respecto a las acciones imprudentes en el campo médico, sobre todo cuando se trata de intervenciones quirúrgicas, no se puede descuidar que no es sólo el médico cirujano quien puede ser objeto de una *mala praxis*, sino también los demás sanitarios que coadyuvan en la maniobra operatoria, por ejemplo, el anestesista, la asistente que brinda el material de cirugía, etc. Con una óptica general sobre la participación en el delito imprudente véase a BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*. Colección "Monografías de Derecho Penal". Dirección de Lorenzo Morillas Cueva. Madrid, 2007, pp. 63 y ss. Con un enfoque más específico en este supuesto y que en el ambiente sanitario se ubica como la responsabilidad por el trabajo en equipo véase a DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. "El médico ante el Derecho Penal... Op. Cit.", pp. 168-173. Con mayor amplitud, respecto a la responsabilidad del trabajo en equipo y la determinación de la división vertical u horizontal véase también a NAVARRO MICHEL, Mónica. "Responsabilidad del trabajo en equipo y de la institución sanitaria: Nuevas perspectivas". En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, pp. 301-306.

supra, su fundamento, lejos de obedecer a razones puramente formales, enlaza con el reconocimiento de Derechos Fundamentales del paciente, el deber que iremos acotando conforme avancemos en la investigación conserva su vigencia en tanto que puede predicarse que, de otra forma, aquel derecho fundamental resultaría vulnerado. La falta de dicha lesividad material va a producirse, al menos en dos tipos de supuestos: el primero, los casos en los que al médico le conste que el paciente tenía ya conocimiento de dichos aspectos básicos del acto médico, de tal modo que la comunicación se limita a recordarle o confirmarle los mismos⁴⁵⁵; el segundo, aquellos casos en que el paciente renuncie de forma inequívoca a la información, supuestos en los que la omisión del médico lo que hace es justamente respetar la voluntad de aquél⁴⁵⁶. Estos últimos, los de la renuncia a la información, no son, en definitiva más que expresión del ejercicio del derecho del paciente a no querer saber, derecho que, como tal, se consagró por primera vez en el Convenio de Oviedo, y en la actualidad española se recoge en la LRAP cuando consagra como regla general en el artículo 4.1 que: «Toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de ser informada»; pero conforme al apartado primero del artículo 9 se puntualiza que:

«La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se

⁴⁵⁵ Por todos véase ZIPF, Heinz. "Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho Penal y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos". En, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, 1998, pp. 157 y ss. Traducción de su trabajo "Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 ÖStGB)", en Kaufmann/Bemmann/Krass/Volk, en *Festschrift für Bockelmann zum 70 Geburtstag*, München, 1979.

⁴⁵⁶ Vid. BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios... Op. Cit.*, pp. 154 y ss. Quienes no obstante advierten de los posibles abusos que podrían producirse a consecuencia de la renuncia del paciente. Por ello proponen introducir reglas que proporcionen un criterio para invalidar la renuncia a la información salvo en los casos en que un organismo consultivo, ya sea un comité institucional de revisión o un comité de ética hospitalaria, aceptasen la renuncia. Sin desconocer las ventajas que comporta esta garantía, entendemos que tampoco puede desconocerse que su exigencia, al menos en la totalidad de los casos, supondría introducir una rémora importante a la funcionalidad de la práctica médica, merma que se incrementaría, por ejemplo en los casos de extrema urgencia donde la mayoría de las veces, el proporcionar la información supone un ítem demasiado complejo.

respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención».

Una vez manifestado lo anterior, queda claro que la información médica desempeña un papel más que importante en la relación médico-paciente. Sin embargo y como hemos dejado de manifiesto no siempre dicha información cumple una labor del todo benéfica; es precisamente en el siguiente epígrafe donde nos dedicaremos a manifestar cual es el contenido que debe formar a esa información, para más adelante, en el apartado correspondiente a los límites del deber de informar, sentenciar de manera puntual, cuales son los pormenores que rodean a este importante pero delicado elemento que integra el ya reiterado binomio consentimiento-informado.

1. Contenido del deber de informar

Prima facie, como se mencionó *supra*, la inicial cuestión lógica que plantea el cumplimiento del derecho del paciente a estar informado es trazar los contornos del mismo por lo que al contenido de la información se refiere. Se trata en definitiva, de encontrar un punto de equilibrio a partir del cual pueda decirse que el paciente emitió su voluntad contando con todo el conglomerado de datos y, con ello, con todos los elementos de juicio para formarla. De hecho, con la referencia al consentimiento del paciente en modo alguno se pretende plasmar la exigencia de que éste tenga que conocer absolutamente todos los pormenores del acto médico al que se va a someter⁴⁵⁷. A pesar de lo dispuesto en distintas leyes nacionales e internacionales, dicha pretensión, además de agotadora e inconveniente –debido a que, como señalaremos más adelante, se sabe en la práctica, que muchas veces un *exceso de información* puede resultar perjudicial para el paciente-, sería prácticamente imposible, puesto que incluso en las costas más altas del deber de informar, siempre sería posible imaginar cuotas adicionales de información que, o bien son irrelevantes para la

⁴⁵⁷ Es aquí donde encuentra fundamento la máxima: «*nihil volitum quem praecognitum*». «*Nada es querido si antes no es conocido*». Esto es, el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que en modo alguno significa que el médico desarrolle una lección magistral, para la que obviamente el enfermo no se encuentra, *a priori*, preparado.

toma de decisión, o bien corresponde a la lista de datos que el paciente ni siquiera estaría en condiciones de asimilar⁴⁵⁸. Por ello, cuando se habla del derecho del enfermo-paciente a estar informado se hace referencia de forma exclusiva a la exigencia de que aquél sea conocedor de los datos esenciales que son imprescindibles para formar su voluntad en condiciones que aseguren la libertad de su decisión⁴⁵⁹. Lo que se pretende, en definitiva, es de identificar que datos el médico no está obligado a comunicar, con la consecuencia de que cuando los omita no pueda decirse que la voluntad del enfermo se encuentre viciada, y cuáles, por el contrario, son primordiales para conformar la voluntad del paciente, de tal modo que si el profesional los omite pueda derivarse responsabilidad por falta de información⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Como señala Galán Cortés, resulta muy desafortunada la redacción del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad española, habiendo generado múltiples discusiones y discrepancias, tanto en el ámbito jurídico como en el médico, sobre el alcance de la información que el facultativo debe suministrar al enfermo, si bien la jurisprudencia ha matizado, con posterioridad tal cuestión. *Vid.*, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 178. En este sentido, podemos hacer alusión a la sentencia de la Sala 3ª del TS, Sección 6ª, de 3 de octubre de 2000 (Ponente; Sr. Xiol Ríos), que afirma que es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica; además, la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo.

⁴⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 27 de octubre de 2001, que si bien argumentando con relación a las exigencias contenidas en la Ley Foral de Salud, afirma que una interpretación rígida de la exigencia de informar «sobre dificultar el desempeño de la función médica con la imposición a los facultativos de exhaustivas indicaciones de todas y cada una de las eventualidades imaginables, por remotas y excepcionales que pudieran resultar, pugnaría con la claridad que la comprensión de la información suministrada requiere y en no pocas ocasiones propiciaría un injustificado alarmismo de incidencia negativa en el paciente. La exigencia de información ha de entenderse, pues, dentro de lo razonable, en los términos requeridos por la necesaria ilustración al paciente sobre su estado de salud y la consiguiente adopción por él de las decisiones que lo conciernen, con ponderación de los riesgos y beneficios que de las alternativas ofrecidas puedan previsiblemente derivarse».

⁴⁶⁰ Como afirma Luis González Morán, «Parece necesario admitir que la omisión de la información y del consentimiento son ya en sí mismos un daño que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar, porque, además, ya forman parte de las actuaciones exigidas por la *lex artis*. La omisión de este deber es ya, en sí misma, un atentado contra la libertad de decisión y elección del paciente: es necesario cuidar las atenciones y cuidados hacia el enfermo, pero no se puede olvidar que éste es una persona, por lo que no deben descuidarse el respeto de su dignidad, libertad y autonomía». *Cfr.* GONZÁLEZ MORÁN, Luis. "La falta de información y consentimiento informado: ¿Genera indemnización?". En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo

En el momento de intentar puntualizar, con carácter general, los perfiles de ese contenido mínimo de la información médica han sido, básicamente, tres los modelos ensayados en la doctrina. El primero de ellos apunta a los baremos que traza lo que se considera *habitual* en la práctica médica. Con él se atiende a la información que pudiera requerir el paciente conforme a los parámetros de lo que suele ser común o usual en el ejercicio de la profesión, relegándose su medida, en última instancia, a la experiencia del profesional en el ejercicio de su arte. Es, en conclusión, lo que se conoce como el estándar del *médico razonable*⁴⁶¹. Las objeciones a este primer criterio, sin embargo no son difíciles de imaginar. Como señalan BEAUCHAMP/CHILDRESS, de convertirse en principio rector con el que decidir el grado de información que deba facilitarse al enfermo, podrán quedar legitimadas por la vía de la reiteración y consolidación actos que, sin embargo, no alcanzan dicho nivel mínimo. Todo ello al margen de las ambigüedades en torno a lo que deba entenderse por la práctica médica habitual, las dificultades de demostrar la actuación incorrecta del médico debido al corporativismo profesional, así como al traslado del centro de decisión desde el enfermo hasta el médico⁴⁶².

El segundo modelo es el que atiende al paradigma de todo lo que ponderaría en su toma de decisión un *hombre sensato* o una *persona razonable*. Desde nuestra óptica, esta situación no resulta nada sencilla; ya

(*Coordinadores*). Pamplona, 2008, p. 668. Hablando de la responsabilidad por falta de información es importante realizar un apunte sobre lo que sucede en el ámbito civil. Al tenor de lo expuesto por la STS, Sala 3ª de 26 de marzo 2002, se desprende que mientras de la actuación no se derive un perjuicio imputable al médico, la falta de información y del consentimiento informado no generan responsabilidad civil. Véanse también, entre otras, la STS de la Sala 3ª, de 9 de noviembre de 2005 F. 6º (RJ 2005, 7531), la STS, Sala 3ª, de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 2198).

⁴⁶¹ En este sentido se pronuncia la declaración de Helsinki que data del año de 1964 «si es posible, y de acuerdo con la psicología del paciente, el médico debe obtener el libre consentimiento del paciente tras proporcionarle una explicación completa». En los casos en los que el suministro de datos al paciente pueda traer como consecuencia emociones tan perturbadoras que alteren la capacidad de decisión del sujeto, o en los que según la *lex artis* dicha información está científicamente contraindicada, se ha reconocido al médico un “privilegio terapéutico” que le permite abstenerse de dar información, pero se previene que debe procurar obtener la autorización informada de algún familiar responsable. Cfr. LEÓN RABAGO, Diego. “El derecho a la información en la bioética”. En, *Memoria II Congreso nacional de bioética. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética*. México, 1998, p. 268.

⁴⁶² BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios... Op. Cit.*, p. 140.

que, por una parte puede decirse que sólo cuando el paciente cuenta con ese cúmulo mínimo de datos que habría demandado una persona razonable está en condiciones de ponderar libremente los *pros* y los *contras* de cada opción y formar una decisión “responsable” o “la más adecuada” al respecto. Del otro lado encontramos que, tampoco resulta difícil descubrir las objeciones que pueden oponerse a este criterio, en cuanto que sus contornos son difíciles de concretar o delimitar, ya que no es simple precisar con pretensiones de validez general cuál es el grado de información que habría demandado un paciente sensato. Esto, creemos, es fácil de entender, si tenemos en cuenta que, simplemente porque los actores que intervienen en esta situación son precisamente personas. Nos lleva a concluir que cada una de ellas proyecta *per se* un grado de subjetividad –por el interés cognitivo de la información- muy específico y distinto.

Teniendo en cuenta lo anterior, un “último” criterio es el que centra su atención exclusivamente en aspectos subjetivos, convirtiendo ahora en centro de gravedad la demanda de información que requiera el paciente concreto. Se trata de adaptar el grado de información a las exigencias de cada paciente, mensurando así el nivel de explicación exigible conforme a aspectos relativos a su demanda informativa. Bajo esta tesitura habrán de tenerse en cuenta, datos objetivos, como el nivel cultural-intelectivo de cada paciente, sin descuidar los requerimientos que este formula. Lógicamente, la dificultad a la que se enfrenta ahora el uso aislado de este criterio es superar la crítica que apunta a lo cuestionable de considerar al enfermo que por primera vez se enfrenta al problema de salud de que se trate como un sujeto suficientemente capacitado para solicitar la información que necesite y, a partir de ahí, convertir su criterio en baremo con el que mensurar el cumplimiento o no del deber de información por parte del médico, puesto que entonces, éste debería de responder cuando no ha informado al paciente timorato –indeciso- e hipocondríaco de un riesgo remoto, que sin embargo, también él habría valorado como significativo. Pero es que incluso dejando al lado estos supuesto de pacientes especialmente “asustadizos”, también en el resto de los casos –de los que apuntaremos a *posteriori*- resulta discutible que sea el enfermo quien marque el grado de

información que desea recibir. Baste pensar que lo normal será, por el contrario, que su desconocimiento sobre los aspectos técnicos alimente su desorientación en torno a cuáles sean los extremos sobre los que deba estar informado⁴⁶³.

A la luz de lo precedente, y, ante la insuficiencia de cualquiera de los modelos expuestos para definir por sí solos los perfiles del deber de información que grava al sanitario⁴⁶⁴, la solución debe pasar por la conjugación de los diversos criterios, de modo que, al combinarse entre sí, limen sus respectivos puntos críticos. Así, por ejemplo, las líneas de actuación que marque el criterio de la habitualidad en la práctica médica habrán de trazarse sobre la base de los datos que se reputen de necesario conocimiento para un paciente medio, esto es, el que se conoce como un paciente sensato. A su vez, la definición de cuándo sea ese el caso, requerirá que los médicos tracen el contenido del deber de información que debe poseer dicho paciente medio, tanto a partir de su experiencia como de los específicos conocimiento técnicos que poseen y que les permiten identificar los puntos más importantes de la enfermedad y del tratamiento que prescriben, fijando a partir de lo anterior los aspectos que serían de interés para cualquier paciente *standard*. Por último; cerrando el círculo, el nivel de información que resulte de los parámetros anteriores habrá de conjugarse, a su vez, con las demandas que ya a título individual formule el paciente, y que de esta forma servirán para modular el nivel de información que se haya acotado conforme a los parámetros anteriores.

Haciendo a un lado los requerimientos particulares que en cada caso formule el paciente, la necesidad de establecer ciertos módulos objetivos que conforme a lo anterior, perfilen las exigencias mínimas del deber de informar, ha dado paso a la consagración de ciertas fórmulas que recientemente han encontrado plasmación legal. Así, en la LRAP se hizo eco de la necesidad de

⁴⁶³ *Ibidem.*, p. 141.

⁴⁶⁴ Respecto de todas estas dificultades así como de las construcciones alternativas que se han subrayado para salvarlos véase SIMÓN LORDA, Pablo. *El consentimiento...* *Op. Cit.*, pp. 230 y ss.

enunciar un contenido mínimo del deber de información al disponer en su artículo 4.1 que:

«Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, añadiendo que «la información comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias».

Esa declaración se complementa en el artículo 10 de la misma Ley, cuando expone que:

«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».

No le falta razón a GÓMEZ RIVERO⁴⁶⁵ cuando expone que, el esfuerzo por trazar los mínimos del deber de informar puede descubrirse, ya antes en la legislación citada, tanto en formulaciones doctrinales⁴⁶⁶ como en pronunciamientos jurisprudenciales⁴⁶⁷ que se han enfrentado con la idea de perfilar los puntos mínimos sobre los que debe recaer la información en las distintas fases de la actividad ,médica –desde el diagnóstico del tratamiento, incluyendo tanto las medidas curativas como paliativas del dolor-, dando paso a la enunciación casi repetitiva de las exigencias mínimas del deber de información.

Bien así, en primer lugar, por lo que al diagnóstico se refiere, suele admitirse sin discusión que el paciente debe conocer tanto la realidad de las pruebas orientadas a identificar la enfermedad como el resultado de las mismas. Y no sólo porque ese contenido puede ser relevante a efectos de la

⁴⁶⁵ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 88.

⁴⁶⁶ *Vid.*, *Ibidem.*, pp. 234 y ss.

⁴⁶⁷ *Vid.*, un estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo en la década de los 90. En, Dirección General del INSALUD. AA.VV. *Información y documentación Clínica. Su tratamiento jurisprudencial*. Carlos María Romeo Casabona. (Coord.) ed., por el Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000, pp. 23 y ss. Véase también PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*. Pamplona, 2002, pp. 67 y ss.

que se ha venido denominando *información terapéutica*, sino porque, por lo que ahora interesa, es un elemento de juicio básico del paciente para ponderar si considera su enfermedad lo suficientemente grave como para someterse a tratamiento. A este dato mínimo debe añadirse el conocimiento de la terapia que demanda su enfermedad; así como los efectos y contradicciones que se pueden esperar de la misma.

En el apartado de los peligros que potencialmente comporte la intervención suelen reconocerse tres clases de riesgos sobre los que el paciente debe estar informado, siempre que los mismos sean previsibles⁴⁶⁸: en primer lugar, los riesgos típicos de la intervención, esto es, los asociados a un determinado tipo de intervenciones según el estado y el conocimiento actual de la ciencia, también denominados riesgos patognómicos. En segundo término, se citan los riesgos generales derivados de posibles complicaciones. Un último lo conforman los riesgos que con frecuencia suelen asociarse a una intervención.

Los primeros son aquellos propios del acto médico de que se trate. Dada su especificidad, normalmente son del todo conocidos. Por ello, tanto la doctrina⁴⁶⁹ como la jurisprudencia⁴⁷⁰ coinciden al señalar que la información

⁴⁶⁸ Como afirma la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 27 de octubre de 2001: «no incurre el profesional de la medicina en responsabilidad por los daños que, a causa de su insólito, atípico o anormal acaecimiento en intervenciones de la naturaleza de la practicada y en las circunstancias concurrentes en ella, escapen a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a ella. Su misma imprevisibilidad, excluyente de la culpa por su falta de previsión, hace disculpable la omisión de su advertencia en la información previa debida del paciente. No reciben sin embargo el mismo tratamiento los daños consecuentes a una intervención que, pese a ser...inevitables... resultan previsibles por constituir su acaecimiento un riesgo típico, inherente o asociado, según la experiencia y el estado actual de la Ciencia Médica, a la actuación diagnóstica o terapéutica en cuestión».

⁴⁶⁹ Vid., GALÁN CORTÉS/MÉJICA/CÁRCABA FERNÁNDEZ. En, *Bioética... Op. Cit.*, p. 83. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 197 y ss., donde ofrece un detallado estudio jurisprudencial.

⁴⁷⁰ Véase la sentencia de 12 de enero de 2001 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la que se enjuiciaba la conducta del médico que no informó a la paciente de una complicación consistente en la lesión permanente en el nervio recurrente a consecuencia de una intervención en el cuello. Si bien se trataba de un riesgo excepcional, cifrado estadísticamente sólo el 0.03 % de los casos, representaba un riesgo típico de esa clase de intervenciones. Por ello, el Alto Tribunal consideró que «poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento de las estadísticas al respecto, si es tan complicación inherente a toda

debe facilitarse con independencia de su especificación estadística. Los segundos son aquellos comunes a cualquier tipo de intervención. Si bien son normalmente conocidos por cualquiera, el médico tiene que asegurarse de que el paciente está en el caso concreto informado de los mismos. En último sitio, el deber de informar alcanzaría a los riesgos que estadísticamente se asocian con frecuencia al acto médico, ya que está fuera de dudas que la alta probabilidad de su aparición es criterio de peso en el proceso de formación de la voluntad del paciente⁴⁷¹.

A pesar de todo, suele existir unanimidad a la hora de afirmar que, aun concurriendo el requisito de la frecuencia y gravedad, el médico no está obligado a informar sobre los riesgos que son inherentes, indisociables a cualquier intervención, pues entran de lo que es lícito suponer que conoce cualquier persona⁴⁷². Mantener en tales casos el deber de informar, se dice, supondría desconocer que esa obligación no responde a una exigencia vacua o meramente formal, sino que se vincula a la necesidad –material- de que el paciente conozca todos los datos preciso para formular su voluntad.

intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma». En el mismo sentido, citaba a la sentencia de 25 de abril de 1994, relativa a una operación de vasectomía en la que el médico debió de informar del riesgo de la recanalización espontánea de la vía seminal pese a que dicha posibilidad oscila entre el 0.4 y el 1 % de los casos. Véase también la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 27 de octubre de 2001: «Lo relevante a estos efectos no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate». En el caso que enjuiciaba absolvió al médico dentista por la falta de información de la posible lesión del nervio dentario con pérdida de sensibilidad, por entender que no constituye un riesgo asociado o vinculado a la extracción de la pieza.

⁴⁷¹ *Vid.*, por ejemplo la Sentencia de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002. En ella se enjuiciaba el caso en el que durante una intervención quirúrgica de vasectomía se produjo una hemorragia que desembocó en un hematoma y posterior orquitis que hizo disminuir progresivamente el testículo del paciente hasta su atrofia. El enfermo no fue informado en ningún momento acerca de las complicaciones de la operación a la que iba a someterse. El TS condenó al médico por infracción del deber de informar: «resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentamiento o conformidad de desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria»

⁴⁷² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 91.

La ponderación de los riesgos que comporta el acto médico se convierte, a su vez, en factor condicionante de otra información que también forma parte de los aspectos mínimos que el paciente debe conocer. Nos estamos refiriendo a la relativa que supone la existencia de otras posibles alternativas entre las que, lógicamente, sólo es posible elegir cuando se conocen los respectivos riesgos y ventajas de cada una de ellas, así como los riesgos que trae consigo la falta de tratamiento. Sólo entonces puede garantizarse que la libertad de decisión del enfermo no se agote en el binomio tratamiento-no tratamiento, sino que igualmente se extienda a la elección de la terapia que estime más adecuada entre las que ofrece el estado de la ciencia⁴⁷³, bien por la mayor confianza que le inspira, bien por su menor agresividad⁴⁷⁴. Para que ello sea así, no puede perderse de vista que la información que debe suministrar el médico sobre cada una de las posibles alternativas debe ser lo más objetiva posible, sin que la opinión del médico condicione, o al menos no de forma

⁴⁷³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *“Libertad de terapia... Op. Cit.*, pp. 115 y ss. Agregamos, por ejemplo la STS de 23 de abril de 1992, en relación con la conducta del médico que operó a una niña de una escoliosis dorsal derecha idiopática, sufriendo a consecuencia de la intervención parálisis de las extremidades inferiores. El TS condenó civilmente al médico por entender que la operación no era ineludible, sino que existían otros tratamientos alternativos de los que no advirtió a la madre; así como tampoco lo hizo sobre las posibles consecuencias de la intervención. En el orden penal resulta interesante la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2006, que condenó por lesiones al médico que realizó una operación de cirugía estética defectuosa que además resultaba desproporcionada en relación con la deformidad que padecía la paciente. El Tribunal consideró que no podía eximir de responsabilidad el consentimiento prestado por ésta «puesto que lo presta una persona sin conocimientos en medicina, que no tiene capacidad para valorar si la operación ofrecida es la adecuada a sus problemas o si los riesgos a los que se expone son superiores al problema que se trataba solucionar». Con relación a esta sentencia, pensamos que si el médico proporciona una correcta y adecuada información y existiendo estos presupuestos, posteriormente se obtiene el consentimiento de la paciente, no habría razón para sancionar al galeno, ya que si bien es cierto que quien demanda la atención médica no es un (a) especialista, bastará que sea una persona sensata, con capacidad de razonamiento y toma de decisión para que de esta manera comprenda el acto en sí de la operación –con sus ventajas y desventajas- y el profesional de la medicina pueda llevar a cabo el servicio requerido (máxime cuando se trata de intervenciones de carácter estético).

⁴⁷⁴ Cuestión distinta es que esa libertad de elección no sea practicable siempre en términos absolutos, sino que encuentre ciertas limitaciones, unas veces motivada por los condicionamientos materiales del sistema de salud. *Vid.*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *“Libertad de terapia... Op. Cit.*, pp. 19 y ss., otras por la negativa a la práctica por parte del médico por considerar la elección del paciente peligrosa para su salud. Sobre este problema podemos citar por ejemplo, las complicaciones que presenta el tratamiento a los Testigos de Jehová cuando solicitan una terapia alternativa a la transfusión sanguínea, medio necesario para preservar su vida o su salud.

poderosa, el sentido de la decisión del paciente. Es verdad que no se trata de que el médico oculte sus preferencias. Al contrario, su recomendación es un dato que el enfermo considera valioso y necesita a efectos de realizar su ponderación a la hora de discernir. De hecho, tampoco se trata de desconocer el peso tan relevante que siempre va tener para éste la opinión del médico en la búsqueda de lo que más le convenga, algo que, por lo demás, permite incluir esta exigencia en el principio de beneficencia. Lo único que se trata de evitar es, simplemente, que aquél, desde el convencimiento de lo que resulte más adecuado para el paciente, entrelace la información en torno a las posibilidades reales de cada terapia y acabe siendo un obstáculo para que el paciente pueda decantarse por la opción que para el profesional no es la óptima⁴⁷⁵.

Por otra parte, hay que tener presente que, además del conocimiento de los respectivos riesgos y ventajas de cada una de las opciones terapéuticas, el contenido del deber de informar suele modularse en función del carácter convencional o no de las alternativas que se ofrecen. Hay algunos autores de la doctrina alemana como JUNG⁴⁷⁶ que afirman que «el paciente tiene que ser informado en mayor o menor medida en tanto menos usual o más moderno sea el método a emplear». En los casos de tratamientos no convencionales, continua el mismo autor, la validez del consentimiento requiere, como regla general, además de la información de las consecuencias asociadas a la falta de tratamiento, que se indique expresamente al enfermo que se trata de un método que se aparta del común o *standard* científico, debiéndose por ello reducir la eficacia del consentimiento presunto a los casos en los que, o consta

⁴⁷⁵ De hecho, esta exigencia hunde ya sus raíces en la ética griega. Conforme al tratado hipocrático titulado “Sobre la decencia”, «el médico debe hacer patente una vivacidad, pues una actitud grave le hace inaccesible tanto a los sanos como a los enfermos. Y debe estar muy pendiente de sí mismo sin exhibir demasiado su persona ni dar a los profanos más explicaciones que la estrictamente necesarias, pues eso suele ser forzosamente una incitación a enjuiciar el tratamiento». Sobre sus orígenes y evolución posterior, véase SIMÓN LORDA, Pablo y COUCEIREO VIDAL, Azucena. “El consentimiento informado y la participación del enfermo”. En, *Bioética para clínicos*. Madrid, 1999, pp. 135 y ss.

⁴⁷⁶ JUNG, Heike. “Außenseitermethodem und strafrechtliche Haftung”. En, *ZStW* 1985, p. 54. Autor citado por GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 93.

que el paciente habría querido ese método especial o no sea posible su curación con los métodos tradicionales o comúnmente utilizados⁴⁷⁷.

De lo expuesto, podemos percatarnos que la situación imperante referida al contenido del deber de información no es nada sencilla de delimitar teniendo en cuenta que, ésta –la información-, por una parte es presupuesto para la obtención de un consentimiento válidamente informado, pero por otro lado encontramos que un exceso de la misma o uso no razonable, más que producir un beneficio en la salud del paciente –que es el objetivo de la práctica médica- por el contrario la deteriora, sobre todo en el aspecto emocional.

Bien así, creemos que más que el paciente –que también cumple su papel-, es el galeno quien deberá desempeñar un rol fundamental de la cuestión en comento. Es éste quien deberá de tener el “tacto”⁴⁷⁸ para tratar a su paciente y determinar en la medida de lo posible -de acuerdo a *criterios apegados a la lex artis, la experiencia de la práctica médica y el caso concreto*- que es lo más conveniente para, subrayamos, mejorar la salud que el enfermo demanda⁴⁷⁹. Pues pensamos que, como señala GARCÍA RAMÍREZ⁴⁸⁰, no se

⁴⁷⁷ Puede hablarse de un supuesto de invalidez del consentimiento por falta de información suficiente en un caso ocurrido en el Reino Unido que hace unos años saltaba a los medios de comunicación: el hospital North Staffordshire no informó a los padres de que la terapia consistía en aplicar a sus bebés prematuros un pulmón artificial en fase experimental. Sólo se les dijo que el ventilador aplicado a la incubadora era «el mejor y más avanzado tratamiento» para ayudar a los bebés a respirar; información recogida del diario *El País*, 9 de mayo de 2000.

⁴⁷⁸ Con dicho término, nos referimos a la capacidad de comunicación que debe poseer el médico, quien, por ejemplo deberá de valorar el nivel cultural e intelectual de cada paciente, lo que presupone el esfuerzo del galeno para adecuar sus explicaciones al grado de capacidad de entendimiento de su receptor. Unas veces eso lo llevará a tener que renunciar en la medida de lo posible al empleo de nociones técnicas y recurrir a términos más accesibles para el paciente; otras veces, como señalan Beauchamp-Childress, ello le obligará a buscar analogías con otros sucesos de la vida cotidiana que pueda comprender; es decir los profesionales pueden exponer los riesgos en forma de probabilidades ya sea numéricas, y ayudar al paciente a comprenderlos comparándolos con otros riesgos más conocidos y con experiencias previas, como por ejemplo los riesgos que existen al conducir un coche o al trabajar con herramientas mecánicas. *Vid. BEAUCHAM L., Tom y CHILDRESS F., James. Principios de ética... Op. Cit., p. 150.* Ante lo expresado, una vez más queda claro que, una buena relación médico-paciente es la clave para garantizar resultados óptimos en el mundo de la atención médica.

⁴⁷⁹ Al respecto Kraut hace notar que, por ejemplo la decisión de ocultar información es una cuestión delicada y debe siempre orientarse al interés del enfermo. Apelar a este privilegio permite a un médico retener la revelación completa del diagnóstico, el tratamiento o los riesgos, si considera que la información puede tener un serio efecto perjudicial en la situación física y psicológica del paciente. Así, cuanto más perturbado este el paciente, es más probable que

trata de brindar al paciente información que se halle fuera del alcance de la Medicina actual, o acerca de asuntos secundarios o escasamente relevantes, que no corresponden a la esencia del tratamiento, de sus riesgos y de sus expectativas, medidos conforme al estado actual de la ciencia y la técnica⁴⁸¹. Se trata, pues, de que el paciente disponga de elementos de juicio suficientes para orientar razonablemente la decisión que adopte⁴⁸².

2. Forma de proporcionar la información

El estudio relacionado con los principales aspectos que giran en torno al deber de informar del médico quedaría incompleto sino se hiciera mención a las cuestiones formales que hay que tomar en cuenta a la hora de transmitir la información.

Cuestión que de inicio se plantea en este sentido es la relativa al sujeto sobre el que recae el deber de informar. En principio, no suelen existir discrepancias para admitir que dicha obligación recae con carácter general

existan razones para no darle información. Se trata de promover la sensatez y el cuidado del enfermo sensibilizado y evitar la crueldad innecesaria (y por ende dañosa). Cfr. KRAUT, Jorge Alberto. *Los derechos... Op. Cit.*, p. 188.

⁴⁸⁰ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 274. Este autor afirma también que, el suministro de datos depende de la materia a la que se refiere la atención médica. Así, por ejemplo, cuando se trata de fecundación *in vitro*, además de la información técnica, deberá señalarse a la pareja las posibilidades de éxito que cabe esperar en su caso, así como la posible implicación de factores emocionales y de problemas religiosos y jurídicos, cuando esto sea pertinente.

⁴⁸¹ En este orden de ideas Guerrero Zaplana expresa que «quizá los únicos riesgos de los que no sería necesario informar serían aquellos que son tanto de entidad insignificante como de escasa posibilidad de acaecimiento, y ello derivado no tanto de la entidad del riesgo sino por la escasa eventualidad de su producción». Cfr. GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia... Op. Cit.*, p. 92.

⁴⁸² De acuerdo con el propio tenor literal del artículo 10. 5 de la Ley General de Sanidad española, la información que se facilite al paciente lo ha de ser en «términos comprensibles». Esta circunstancia, esencial desde el punto de vista de la validez del consentimiento, ha sido matizada, con enorme acierto por la jurisprudencia francesa, que, de forma reiterada, ha sostenido que la información ha de ser «simple, aproximativa, leal e inteligible» (sentencia de la Corte de Casación francesa de 21 de febrero de 1961, de 5 de mayo de 1981 y de 14 de octubre de 1997), sin deformar la realidad, pues en otro caso, podría no ser entendida por el paciente, con lo que se viciaría el consentimiento ulterior, que podría ser prestado por error (artículo 1265 del Código Civil), por lo que no se trataría de un consentimiento libre, ni tampoco consciente. Por otro lado, es evidente que la libertad del paciente para otorgar su consentimiento estará limitada si actúa bajo persuasión, manipulación o coacción, lo que motivaría su nulidad.

sobre el médico responsable del paciente⁴⁸³. Así parecía darlo a entender el artículo 10.7 de la Ley General de Sanidad española al reconocer el derecho del enfermo «a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, en tal forma que en caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad» y así lo consagra ya sin ambages el apartado tercero del artículo 4 de la Ley 41/2002 cuando establece que «el médico responsable⁴⁸⁴ del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información».

Empero, creemos que, por razones lógicas, esta competencia habrá de excluirse allí donde la remita a un especialista más cualificado, por ser éste el “único concededor de todos los riesgos” que pudieran presentarse y, por ello, el obligado a transmitir esa información especializada⁴⁸⁵. En esta línea, el mismo artículo 4.3 de la norma citada establece que «los profesionales que le atienden (al paciente) durante el proceso asistencial o que le aplican una técnica o un procedimiento concreto también son responsables de informarle».

⁴⁸³ Véase por ejemplo el *Documento Final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica (español)*, de 26 de noviembre de 1997.

⁴⁸⁴ Pero a pesar de que la Ley 41/2002 la podemos etiquetar de relevante en la materia, tiene varias inconsistencias en cuanto a la definición de los términos que la misma utiliza en su artículo 3º y que sin duda son pilares importantes para la interpretación de los ulteriores y precedentes preceptos. A propósito de la definición de “médico responsable” podemos percatarnos de ciertas deficiencias. Así, se define al médico responsable, y se alude a él fundamentalmente a la hora de regular el derecho a la información asistencial, pero en los artículos más conflictivos, de mayor enjundia jurídica (como son los relativos a la prestación del consentimiento, información básica, etc.) únicamente se habla de facultativo. Por ejemplo, teniendo presente que aun con la independencia de la intervención de otros profesionales (hablando del trabajo en equipo), el referido “médico responsable” asumirá no sólo esa coordinación de la información y de la asistencia sanitaria, sino lo que es más significativo, la posición de garante en un plus de responsabilidad con respecto a los demás miembros del equipo asistencial. Ello va a traer consigo problemas significativos de exigencia de responsabilidad del mismo por actuaciones efectuados por otro, además de que ese otro cumpla o no con la obligación que éste garantiza al paciente, en su condición de “interlocutor principal”. Y ello sin perjuicio del problema añadido de la dificultad, a veces existente, de determinar dentro del equipo a ese médico responsable, teniendo presente que al regular la historia clínica la Ley no lo menciona, ni tan siquiera dice de él que asuma la responsabilidad de su debida y correcta cumplimentación, pese al ejercicio de su papel de coordinador del proceso asistencial e interlocutor principal del paciente. *Cfr.* LIZARRAGA BONELLI, Emilio. “La información y obtención del consentimiento... *Op. Cit.*, pp. 234-235.

⁴⁸⁵ *Vid.*, GALÁN CORTÉS, Julio César. *El consentimiento informado... Op. Cit.*, pp. 79 y ss., 99 y ss. Dicho autor realiza una crítica de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que hacen recaer siempre el deber de información sobre el médico principal.

De mano de lo anterior, puede decirse que también el consenso se extiende a la hora de admitir que, dado que no se trata de un deber formal, sino ordenado a garantizar la efectiva capacidad de decisión del paciente, no es necesario que sea el profesional quien le atiende quien siempre y en todo caso tenga que facilitar personalmente la información⁴⁸⁶. Por el contrario, como refiere GÓMEZ RIVERO y a la cual nos adherimos, es perfectamente válido que de ella se encargue cualquier otro facultativo que practica la intervención o que participa en cualquiera de sus fases, siempre que concurren dos presupuestos lógicos. El primero, que el profesional que facilite la información esté lo suficientemente cualificado⁴⁸⁷ como para responder con certeza a cada una de las cuestiones que pudiera plantear el paciente; el segundo, que en los casos de delegación el médico delegante se asegure que el delegado facilite toda la información pertinente al enfermo, evitando así la falsa confianza

⁴⁸⁶ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 94.

⁴⁸⁷ Cabe aclarar que con referirnos a que el profesional que facilite la información debe estar *cualificado* es justamente porque la labor no termina en responder a la necesidad de que el paciente reciba la información, sino que esté en condiciones de procesar la misma; así, un aspecto importante a la hora de proporcionarla es igualmente la exigencia de que vaya acompañada en determinados casos de una cierta explicación o incluso de una opinión o consejo por parte del galeno. Para esto, claro está, se necesita cierta preparación ortodoxa – propia de la materia- que garantice tal cometido, ya que, en efecto y dicho lo anterior, hay que tener en cuenta que el paciente no puede considerarse, o al menos no siempre, suficientemente capacitado para decidir por el hecho de que cuente con un cúmulo de datos más o menos extenso, puesto que la mayoría de las veces no le basta con conocer el nombre técnico de la enfermedad o el de las posibles terapias que puedan aplicársele. Nuestro análisis estadístico de la práctica médica apunta a que aquél reclama y necesita casi siempre una orientación por parte del profesional que supla los vicios que de otra forma produciría en su decisión una carencia de conocimientos especializados. Dicha orientación va a resultar necesaria en las dos secuencias en las que se proyecta la razón de ser del deber de informar: la primera, a la hora de alcanzar la comprensión misma de la información, puesto que la necesidad del paciente de hacerse con una idea sobre su estado de salud en absoluto se satisface, o al menos no como regla general, con el contenido del arsenal de datos técnicos. Al contrario, las misma reclama una valoración del profesional tanto sobre la gravedad de la enfermedad como de la conveniencia y eficacia de las distintas terapias. A partir de lo anterior se comprende con facilidad el segundo aspecto que hace necesaria esa orientación por parte del profesional: porque sólo entonces, cuando además de un cierta cantidad de datos el paciente cuenta con una determinada valoración de los mismos, está en condiciones de emitir un consentimiento que, por informado, pueda reputarse válido para justificar la intervención. *Vid.* BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios de ética... Op. Cit.*, p. 139.

recíproca entre los médicos en torno a que sería el otro quien ya habría facilitado la información⁴⁸⁸.

De igual forma, -en principio- no ofrece especiales dificultades la afirmación en relación a quien sea el titular del derecho de estar informado. Como señala de forma expresa el artículo 5 de la LRAP, titular de dicho derecho es el paciente, si bien añade que en los casos en que el paciente no esté en condiciones de recibir información también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (artículo 5.3)⁴⁸⁹.

Señala GÓMEZ RIVERO que con esta previsión se superan las críticas de las que se había hecho acreedora la Ley General de Sanidad española, que disponía en su artículo 5 que la información debe facilitarse al paciente y a sus familiares o allegados. Porque también debe contemplarse como un derecho del paciente el de decidir el momento y grado de información que suministra a sus familiares, derecho que encuentra su respaldo en la obligación de confidencialidad del médico respecto a éstos⁴⁹⁰.

De la lectura y análisis del apartado 2 del mismo artículo 5, se desprende que, el paciente sigue siendo el titular del derecho a la información aun en los casos que tenga mermadas sus facultades de comprensión, en cuyo caso, será informado «de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal». Esta regla resultará aplicable a los pacientes menores de edad que, conforme a los

⁴⁸⁸ *Ídem*.

⁴⁸⁹ En esa misma línea ya se pronunciaba la Ley 2/2000, de 19 de diciembre, de la Generalitat de Cataluña sobre los derechos de la información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, cuyo artículo 3.1 dispone que «el titular del derecho a la información es el paciente. Debe informarse a las personas a él vinculadas en la medida que éste lo permita expresa o tácitamente».

⁴⁹⁰ Véase por todos, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 74. Este autor manifiesta que podría afirmarse que expropiar una decisión tan personalísima equivaldría a la «cosificación» del hombre, lo que resulta de todo punto inadmisibles. A estos efectos, continúa el autor citando algunos ejemplos jurisprudenciales que se han emitido al respecto en España, Colombia y Argentina.

critérios expuestos, no tengan suficientemente capacidad de juicio para prestar un consentimiento válido⁴⁹¹.

3. Criterios moduladores o límites del deber de informar

Hemos tratado hasta ahora los principales aspectos relativos al deber de información del médico que a su vez trazan el correlativo derecho del paciente. Pare ello hemos ido esbozando, en líneas generales, los aspectos sobre los que aquella debe recaer. Empero, como sucede prácticamente con la totalidad de los derechos, el que ahora estudiamos –el de estar informado- tampoco es absoluto. No en pocas ocasiones durante el ejercicio de la práctica médica el profesional se verá inmiscuido en una serie de conflictos que le sitúan ante la tesitura de brindar prioridad a aquel derecho del paciente o, por el contrario, a otros intereses que son igualmente dignos de protección. Unas veces, estos otros intereses tienen un alcance estrictamente individual, como sucede, con el llamado privilegio terapéutico, con el que se trata de proteger al enfermo frente a ese conglomerado de información que en ocasiones le pudiera resultar desfavorable⁴⁹². Otras veces, los intereses a los que se enfrenta el derecho a la información son de corte supraindividual: en ocasiones se trata simplemente de preservar la funcionalidad misma de la práctica médica evitando que una información minuciosa pudiera entorpecerla; otras, se trata de auténticas colisiones con otros derechos que pudieran encontrar mayor jerarquía. Es lo

⁴⁹¹ Cfr. a ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando. *Comentario a 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*. Madrid, 2003, pp. 34-36.

⁴⁹² Sobre este ítem véase con amplitud a MARÍN PALMA, Enrique. “El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, pp. 669-682. La doctrina del privilegio terapéutico se configura como una excepción al principio del consentimiento informado que le otorga al médico la posibilidad (el privilegio) de no decir la verdad, es decir, ocultar información en circunstancias donde, de otra manera, ocasionarían un daño emocional o físico al paciente. Éste es un beneficio de uso exclusivo para personal sanitario y debería ser utilizado de forma restrictiva, p. 674. En esta circunstancia se hace necesario que el médico valore elementos de juicio objetivo, no sirviendo la simple impresión subjetiva. Así pues, a pesar de ser el privilegio terapéutico una excepción al consentimiento informado éste no debe entenderse con la negación total a ofrecer información al paciente, sino como empleo de otro medio que no es el estándar de conseguir el consentimiento del paciente, p. 681.

que acontece, por ejemplo, en los casos en los que se cuestionan, no ya los límites del derecho del paciente a saber, sino ahora, en el vértice opuesto, los límites de su derecho a no estar informado. El ámbito paradigmático de este problema se corresponde, por ejemplo, con el de las enfermedades transmisibles, donde se plantea la necesidad de que el paciente conozca su enfermedad y su carácter contagioso para que adopte las medidas preventivas necesarias de cara a evitar el contagio a terceras personas.

Bien así, son distintos los factores o criterios que deben ser considerados a la hora concreta de determinar-delimitar el contenido del deber de información del médico. Criterios que pueden condicionar e incluso excluir el derecho a la información del paciente⁴⁹³. Unos lo son de carácter *objetivo* y otros, por el contrario focalizan su atención en los aspectos que afectan la vertiente humana de la relación médico-paciente y que por ello adquieren la etiqueta de “*subjetivos*”.

4. Factores o condicionantes objetivos del deber de informar

Según la doctrina dominante, dentro de este primer grupo, pueden a su vez diferenciarse dos supuestos distintos: los primeros corresponden a aquellos en los que la relativización de informar se vincula al cúmulo de posibles circunstancias concurrentes en el caso concreto; los segundos comprenderían aquellos otros en los que el factor que modula tal deber se asocia a razones que apuntan a la necesidad de garantizar la funcionalidad – adecuada operatividad- de la práctica médica⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Al respecto, creemos oportuno citar lo que refiere la sentencia de la Sección 16ª de la AP de Barcelona, de 5 de enero de 1998, con ocasión de la demanda formulada contra un oftalmólogo que había practicado una fotoqueratectomía refractiva con láser de excimer en ambos ojos, que «hoy no se concibe la medicina sin el consentimiento informado del paciente, *si bien el deber de informar tiene excepciones*. Así, no es preciso informar de modo expreso sobre riesgos que deberían ser conocidos por todos o que el paciente en concreto ya conoce o, incluso, cuando una completa información puede ir en perjuicio de los intereses del propio enfermo -piénsese en el caso de personas especialmente aprensivas o con alteraciones emocionales- y, por supuesto, en situaciones de urgencia, incapacidad o riesgo para la salud pública, en que decae la necesidad de obtener el previo consentimiento».

⁴⁹⁴ Vid. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 184 y ss. Dicho autor, engloba dentro de los factores objetivos: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir

En primer término nos encontramos con las *condicionantes vinculadas a las circunstancias concurrentes en el caso concreto*. La razón de ser de este primer límite de tinte objetivo no resulta difícil de entender. Porque aun partiendo de que el elemento indispensable de la legitimidad de cualquier acto médico es la necesidad de que el paciente conozca su realidad y sus elementos esenciales, el contenido de dicha información o si se prefiere, sus exigencias, no pueden ser de ninguna manera las mismas ni predicarse con igual intensidad en todos los supuestos imaginables.

Ab initio, ya en la fase de diagnóstico, porque el más básico sentido común puede deducir que no puede tratarse de la misma manera el grado de información que debe recibir un paciente al que se le diagnostica un resfriado a aquél que se le ha detectado un tumor maligno. De hecho, no ya la información que *motu proprio* ofrece el médico sino la intensidad de los requerimientos que le formula el paciente son evidentemente distintos en uno y otro supuesto. Así, en primer lugar, la intensidad de la información tiene que matizarse por la *urgencia* del acto médico de que se trate, en cuanto que, no cabe duda de que el nivel de detalle exigible guarda una relación de proporción inversa con el grado de urgencia que reclama el tratamiento del paciente⁴⁹⁵. A todas luces no puede ser igual la intensidad de aquélla cuando se trata de alguien que por ejemplo, acaba de sufrir un ataque cardiaco o alguien que tuvo un accidente laboral y hay que intervenirle de inmediato, que en el caso de quien entra en quirófano para solucionar un problema estético⁴⁹⁶.

información. Véase también a GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 98.

⁴⁹⁵ Ha sido la doctrina penal la que con mayor rigor ha desarrollado este factor –nivel de detalle exigible guarde una relación de proporción inversa con el grado de urgencia que reclama el tratamiento del paciente-, lo que equivale a la aplicación del estado de necesidad en las situaciones de urgencia vital, sin que ello sea equivalente a la eliminación del deber del médico de informar, sino que tan sólo conlleva al retraso en su exigibilidad al momento inmediato posterior a la intervención urgente llevada a efecto. *Vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 186.

⁴⁹⁶ En el ámbito jurisprudencial, sobre el diferente contenido del deber de informar dependiendo de la clase de intervención de que se trate, véase la sentencia de la Sala 1ª del TS, de 25 de abril de 1994 en relación con el riesgo de reclamación tras una operación de vasectomía; de forma amplia, sobre el distinto nivel de información exigido en la jurisprudencia. *Vid.*, ROMEO

Desde nuestro particular punto de vista pensamos que cuando entra en función el rubro del deber de informar por parte del médico frente a la situación de urgencia, se representa una escena muy común en la práctica galénica, en donde cada vez más los médicos están optando por evitar el hecho de encontrarse en ese tipo de situaciones, debido a que su proceder puede traer como consecuencia la posible responsabilidad por no acaecer un consentimiento debidamente informado. Es por lo anterior que estimamos de sumo interés –para evitar la cada vez más frecuente medicina defensiva- que el médico tenga pleno conocimiento que su proceder en estas situaciones estará exento de responsabilidad alguna si procede conforme a una situación de peligro para el paciente, donde, obviamente tendrá siempre que perseguir el mayor beneficio para el mismo.

A la luz de lo anterior y en el ámbito internacional, encontramos la famosa sentencia del caso *Canterbury versus Spence* (Columbia, 1972), el Juez ROBINSON declaró que «los Tribunales han reconocido dos excepciones a la norma general de revelar información. La primera excepción se plantea cuando el paciente esta inconsciente o incapaz de consentir por otro motivo, y se puede producir de manera inminente un daño sino se le trata, daño que sobrepasa cualquier otro posible daño potencialmente producido por el tratamiento propuesto. Cuando una emergencia genuina de tal tipo se produce, está establecido que la imposibilidad de consultar con el paciente dispensa de su necesidad. Pero, incluso en tal tipo de situaciones, el médico debería, como requiere la Ley, intentar obtener, si es posible, un “relativo” consentimiento. Pero si el tiempo es demasiado escaso para realizar la discusión, obviamente, el médico deberá llevar a cabo el tratamiento».

El propio artículo 10.6. c) de la Ley General de Sanidad española excluye la necesidad de obtener el consentimiento informado previo en los supuestos en que la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Así, en cualquier caso, resulta evidente, desde nuestra óptica, que en supuestos de urgencia vital

puede prescindirse del consentimiento –y por tanto de brindar una información– tanto en incapacidad de hecho, como en la de tipo momentánea, siempre que no exista tiempo material para su obtención sin peligro notorio para la vida o la función del sujeto⁴⁹⁷.

En esta tesitura se pronuncian los Principios Europeos de ética Médica en su artículo 4, aprobados en la Conferencia Internacional de Órdenes celebradas en París donde se recoge que «*salvo en casos de urgencia*, el médico debe informar al enfermo sobre los efectos y posibles consecuencias del tratamiento. Obtendrá el consentimiento del paciente, sobre todo cuando los actos propuestos presenten un serio peligro».

También la diferente índole de los *riesgos* que puede implicar el acto médico modula el contenido del deber de informar. De hecho, puede decirse que es este uno de los aspectos que con más matices condiciona tal deber, puesto que si el médico está obligado a comunicar los riesgos; ese deber, por sentido común, crece a medida que lo hacen éstos⁴⁹⁸. Pero no sólo en su aspecto cuantitativo, sino también cualitativamente el contenido de la información tiene que graduarse en función de la *entidad del peligro*⁴⁹⁹ que

⁴⁹⁷ Véase la sentencia de la Sección 3ª de la AP de Palma de Mallorca, de 4 de abril de 1995, que consideró, se trataba de una urgencia vital un caso de extrema gravedad, en el que se administró a una paciente, con déficit de factor II o protrombina, un preparado que contenía tal factor deficitario, estimándolo, por ende, excluido de la obtención del consentimiento informado previo. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 3 de abril de 1998, al señalar que «en el conflicto entre el deber de información y la asistencia al paciente, debe primar siempre este último por exigirlo así el principio de proporcionalidad» (histerectomía practicada ante un sangrado puerperal tardío intenso e incontrolable de otra forma).

⁴⁹⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p 99.

⁴⁹⁹ Galán Cortés da tratamiento a esta cuestión, incluyéndola también dentro de los factores objetivos del deber de informar. Señala el autor español que, cuanto más peligrosa sea una intervención, más amplia debe ser la información que se le proporcione al paciente. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...* Op. Cit., p 189. Vid., también el mismo autor en, “Contenido y límites del deber de información del médico”. En, *Salud rural*, número 6. Madrid, 1994, pp. 45-46. Al respecto destaca la sentencia de la Sección 5ª de la AP de Asturias, de 25 de mayo de 1998, que «la versión agravada de una intervención quirúrgica exige un consentimiento informado propio y adaptado a las especificidades del caso -un consentimiento informado *ad hoc*-, en tal forma que no sería suficiente el ofrecimiento a la paciente de un formulario de consentimiento informado que recoja sólo los riesgos propios de la intervención genérica». De la misma forma, la sentencia de la Sección 5ª de la AP de Asturias, de 7 de diciembre de 2000, destaca la ausencia de información sobre el riesgo de

comporta. Así, un riesgo que no sea excesivamente frecuente puede ser más serio y peligroso que otros que, si bien suelen aparecer con una frecuencia relativamente alta, no revisten mayor gravedad. Si como hemos venido afirmando, el objetivo del deber de informar es posibilitar que el paciente forme su voluntad, deberá conocer los riesgos que, por su entidad, pueden ser relevantes en su toma de decisión⁵⁰⁰.

Pero sin duda, el criterio más importante que actúa modulando el contenido de la información es el que atiende las cuestiones constitucionales del paciente, sus circunstancias especiales⁵⁰¹ y, en definitiva, a todos los

lesión ureteral – de los uréteres- en una paciente a la que se practicó una anexectomía, toda vez que la misma había sufrido una serie de intervenciones previas (histerectomía total, ligadura de trompas...) que aumentaban el riesgo de tal menoscabo, al alterar su anatomía abdominal. En la misma línea, la sentencia de la sección 14 de la AP de Barcelona, de 10 de abril de 2000 (Ponente Sr. Martín Villa), con ocasión de la reclamación interpuesta por una paciente intervenida de una espondilolistesis anterior de L5, con artrosis interapofisaria L5-S1 y protusión discal L4-L5 y L5-S1, y que precisó, posteriormente, otras tres intervenciones quirúrgicas, quedando como secuela el alta médica, un pie equino, reprocha al cirujano en su fundamento de derecho segundo, no haber informado a la paciente, en debida forma «de los riesgos que podría representar para ella la primera intervención quirúrgica, a pesar de su complejidad, alto riesgo y, particularmente, de las circunstancias de deterioro físico generalizado en que se hallaba». Como podemos apreciar, la práctica de la Ciencia Médica es una cuestión particularmente delicada, pero sin embargo, y a pesar de lo complejo que puedan parecer los casos citados anteriormente, creemos que no es óbice para que el médico cumpla con el deber de informar -por la peligrosidad que representa *per se* alguna intervención- sobre los posibles riesgos que eventualmente pueden llegar a acaecer. Sobre la amplitud de la información en intervenciones peligrosas y en el mismo sentido que Galán Cortés véase a ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando. *Comentario a la Ley 41/2002... Op. Cit.*, p. 46.

⁵⁰⁰ Así, como refiere Gómez Rivero, no es lo mismo el valor de la información, por ejemplo, cuando lo que está en juego es el riesgo de que a consecuencia de la operación el sujeto refiera trastornos como fiebre, inflamación, dolores o molestias pasajeras, que cuando el peligro sea de sufrir una embolia. *Vid. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 100. No obstante hay que advertir que esta exigencia de atender a la gravedad de los riesgos no siempre se ha seguido en el orden penal. Con independencia de que posteriormente abordemos los supuestos en que la falta de información trae aparejada una responsabilidad en el materia penal, consideramos interesante citar la STS de 3 de octubre de 1997, en la que el Alto Tribunal consideró que la falta de información de un riesgo poco probable aunque grave no genera responsabilidad penal, ya que otra cosa supondría asignar al consentimiento «caracteres de requisito formal inalterable desnaturalizador de la relación de confianza que debe existir entre el facultativo y el paciente». Sobre la jurisprudencia en el orden civil véase. *Información y documentación clínica... Op. Cit.*, pp.76 y ss.

⁵⁰¹ Esto nos hace pensar en lo que bien refiere Gómez Rivero cuando señala que en este panorama –del deber de informar del médico- habrá de tenerse presente el cumulo de aspectos subjetivos que le rodean y que también vendrían a modular el contenido de dicho deber. Continua la autora explicando que no es lo mismo, por ejemplo, la valoración que

extremos personales que pueden actuar determinando un incremento de las complicaciones asociadas en general a la intervención de que se trate. Al respecto es especialmente importante la cita de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de noviembre de 2006, que consideró que los documentos tipo impresos en que no figuraba particularizado el historial del enfermo ni el proceso que va a someterse no cumplen los requisitos del deber de información. En concreto, la Sentencia enjuiciaba la posible responsabilidad del médico por fallecimiento de un paciente sometido a tratamiento de litiasis mediante ondas de choque. Pese a que al enfermo se le proporcionaron los documentos base, folletos informativos, incluso un video relativo al tratamiento, el Tribunal consideró insuficiente esa información. Tras recordar que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y parte del derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad, el alto Tribunal consideró que los documentos impresos que firmó el enfermo son:

«Simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico, que fueron firmados el mismo día de la intervención, y utilizados para la primera como para la segunda (de 13 de enero y 23 de abril de 1992), a pesar de que los tratamientos prestados eran diferentes. Al necesitar el segundo de anestesia. En ninguno se menciona el tratamiento a realizar, identificados posibles aspectos concretos expresados por el paciente. Tampoco se hace mención particularizada de la situación médica del enfermo (esclerodermia), ni concreción de los riesgos y posibles complicaciones de un tratamiento que no tenía carácter de urgencia y al que podría renunciar, sin que el video o folleto proporcionado, a los que no se refiere la sentencia, parezcan tener más valor que el de dar a conocer la técnica utilizada; todo lo cual permite concluir que el consentimiento del fallecido no fue prestado y obtenido contando con la información necesaria, ni con la que exige el artículo 10.5 de la Ley 14/86, al no reunir los requisitos mínimos y razonables para haberle permitido decidir, con suficiente conocimiento, si decidía someterse a la no intervención, siendo este

merece a un tenor profesional el *riesgo* de que su voz sufra un cambio a consecuencia de una intervención de garganta que la valoración que hace de esos mismo riesgo un empleado de banco; de la misma manera, no es igual la relevancia que tiene la pérdida de agilidad en los dedos para un pianista que para cualquier otra persona. Se trata, en definitiva, de aspectos subjetivos que, en cuanto adquieren un papel decisivo en la escala valorativa del enfermo, deben ser igualmente atendidos a la hora de precisar los contenidos mínimos sobre los que debe recaer el deber de informar. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p 100.

necesario “al no darse las circunstancias excepcionales” del artículo 10.6 a), b) y c) de la Ley General de Salud española».

Pero las situaciones objetivas del deber del galeno a informar con especial atención al caso en concreto no se agotan aquí; sino que hay otros factores que se deben tener en cuenta por aquél al momento de transmitir la información relacionada con su proceder y operatividad. Para esto estimamos conveniente detallar parte de la clasificación realizado por GALÁN CORTÉS⁵⁰² al respecto y enunciada *supra*. Así, nos referimos a la *necesidad del tratamiento*. Este autor afirma que cuanto menos necesario sea un tratamiento, más rigurosa ha de ser la información, debiendo ser extrema en las intervenciones estéticas y, en general en la denominada cirugía voluntaria o de satisfacción (vasectomía, ligaduras de trompa, rinoplastias, mamoplastias, dermolipectomías) a diferencia de la cirugía curativa o asistencial, en la que la información puede ser menos rigurosa⁵⁰³.

Distinto aspecto que podemos encontrar en este rubro, es el de la *novedad del tratamiento*, de tal forma que cuanto más novedosa sea un proceder terapéutico o diagnóstico, mayor rigor ha de presidir la información que se dispense al paciente⁵⁰⁴.

Ya a finales del siglo XIX, la jurisprudencia norteamericana tuvo ocasión de abordar la rigurosa necesidad de información ante técnicas o procedimientos novedosos. Así en el caso *Carpenter versus Blake* (1871) evidencia un supuesto típico de ausencia de información, que derivó en la condena del médico. En éste célebre supuesto, el Dr. Blake trato la luxación del hombro de

⁵⁰² GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...* Op. Cit., pp. 188 y ss.

⁵⁰³ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Contenido y límites...* Op. Cit., pp. 45 y 46. Matiza el autor –y como anteriormente nosotros habíamos referido- que, el que una intervención sea necesaria o indispensable para la curación de un paciente no exime al médico de cumplir con su deber de información. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Corte de Casación francesa, Cámara Civil, de 18 de julio de 2000, al declarar que el carácter indispensable de una intervención quirúrgica no dispensa al médico de su deber de información. En este caso la Corte de Casación francesa condena a un neurocirujano que había operado, con una buena técnica quirúrgica, a una paciente afectada de una ciática paralizante y a la que no había informado de las secuelas que de tal proceder podrían derivarse, no tratándose de una intervención urgente, ni de un supuesto de imposibilidad o rechazo del paciente a ser informado.

⁵⁰⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad...* Op. Cit., p 190.

una paciente mediante un método no ortodoxo para su época y omitió informarle sobre los cuidados necesarios, según el nuevo método utilizado, para que el procedimiento alcanzara el éxito perseguido. La paciente no observó, por no haber sido informada, ningún cuidado especial, por lo que le tratamiento resultó un fracaso. El médico fue declarado culpable de negligencia profesional.

Este mayor caudal informativo que ha de brindarse al paciente cuando resulte muy novedoso el proceder médico, es extensivo a todos los campos del saber médico; así, el anestesiólogo debe siempre comentar, con todo detalle, las posibles complicaciones si va a utilizar una técnica poco común o si emplea un fármaco nuevo⁵⁰⁵. Obvio es mencionar, que resulta necesario obtener el consentimiento para el acto anestésico, con independencia de la autorización que se obtenga para el acto quirúrgico propiamente dicho, por cuanto un consentimiento para la cirugía no implica necesariamente el consentimiento para el uso de los anestésicos, pues si bien podría presumirse el mismo en algunos casos, en tal forma que la conformidad del paciente a ser operado incluyese el acuerdo a ser anestesiado, existen otros casos en los que el paciente podría pensar que la anestesia que se le iba a dispensar era sólo local o regional y no daría su autorización si fuere general, porque no quisiera asumir los riesgos inherentes a la misma. Este consentimiento para el caso anestésico debe obtenerse, creemos, durante la visita preoperatoria.

Respecto de lo anterior, declara la sentencia de la Sección 1ª de la AP de Barcelona, de 6 de abril de 1995, al estudiar la demanda formulada por una paciente contra el médico traumatólogo que le aplicó métodos de medicina alternativa (ingestión de hongos del Tíbet) para intentar curar su dolencia (pinzamiento del nervio ciático), que si el médico decide optar por terapias novedosas y poco conocidas, es evidente que asume la obligación de informar con todo su rigor.

En la misma línea, encontramos la Sentencia de la Sección 7ª de la AP de Valencia, de 24 de febrero de 2000, con ocasión de la implantación

⁵⁰⁵ URRUTIA, César Almícar., *et. al. Responsabilidad médico-legal de los anestésicos*. Buenos Aires, 1996, pp. 34 y ss.

intraocular de una lente de Worts-Fechtner, para la corrección de una severa miopía, y a resultas de la cual se produjo una marcada reducción de la visión, declaró que, «en el caso analizado, se refuerza aún más la obligación del médico de informar a su paciente de todos los riesgos que la intervención suponía, máxime cuando se trata de una técnica no avalada por la mayoría dentro la Ciencia Médica, existiendo una recomendación de ser cautos en la colocación del implante».

Es la *gravedad* del proceso nosológico otro *ítem* a considerar por parte del galeno en el proceso de brindar información para la obtención del consentimiento, en tal forma que cuanto más grande sea una enfermedad, mayor debe ser la información que se le facilite al enfermo⁵⁰⁶. En general, este factor objetivo es ponderado adecuadamente por los médicos, por cuanto en procesos muy graves, como sucede en ciertas enfermedades oncológicas o cardiovasculares, la información que se otorga al enfermo es mucho más rigurosa, aun cuando se utilicen enormes dosis de psicología, habitualmente, a la hora de proporcionarla. Sin que ello implique, en modo alguno, mermar la realidad y el derecho de autodeterminación del paciente (STS, Sala 1ª de 2 de octubre de 1997).

El segundo apartado dentro de las circunstancias que objetivamente modulan el contenido de la información al que nos referíamos al inicio de este epígrafe y en contraste con lo expuesto en líneas previas, es el que apunta a la necesidad de *funcionalizar y optimizar la práctica médica*; en concreto no entorpecerla con una explicación pormenorizada de cada acto al que se va a someter el paciente. En este orden de ideas, como ya se anotaba *supra* no suelen existir inconvenientes a la hora de afirmar que el médico no está obligado a ofrecer al enfermo una información por completo detallada en torno a todos y cada una de las acciones que será objeto. Aquél sólo está obligado a comunicarle los datos que pueden serle de interés para su toma de decisión. Lo contrario, se dice, no sólo sería únicamente posible si el paciente estuviese en posesión de conocimientos médicos suficientes para poder comprender todo el cúmulo de información que se le ofrece y que, en general, escapan a

⁵⁰⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 191.

cualquier persona lega. De hecho informar de más, usando tecnicismos propios de la Ciencia Médica (esto cuando la información se puede brindar en cuestiones normales, no hablando de situaciones especiales, como los casos de urgencia o inconsciencia del paciente que dificultaría o impediría en mayor medida obtener un consentimiento por el autentico titular y, en donde en todo caso se procedería en el mismo sentido –no saturar de información, posiblemente *superflua*- que ahora esgrimimos para con su representante legal o familiares del enfermo), podría incluso conllevar el efecto inverso al que pretende la información; a saber, el riesgo de desorientar más al paciente que informarle, de atemorizar más que responsabilizarle de su decisión, puesto que debido a la falta de conocimientos médicos por parte de éste, lo normal será que distorsione la valoración de todos esos datos, ya sea por sobre valorar unos, ya por infravalorar otros⁵⁰⁷.

5. Factores o condicionantes subjetivos del deber de informar

De mano con las limitaciones objetivas expuestas anteriormente, es frecuente en la doctrina encontrar voces partidas que hacen alusión a un gran segundo límite inherente al deber de informar que centra su atención en la relación médico-paciente. Dicha limitante pone su acento en el *componente humano* que está presente en la puesta del enfermo en manos del médico, y apunta a una posible restricción del derecho a la información con base en **consideraciones subjetivas o humanitarias**⁵⁰⁸.

Esta tendencia, que ya contara entre sus precursores con profesionales de la medicina –entre otras profesiones que poseía este español- como GREGORIO MARAÑÓN⁵⁰⁹, parece haber encontrado eco incluso en algún

⁵⁰⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 102.

⁵⁰⁸ En el marco de esta clasificación Galán Cortés apunta a que deben ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente. GÁLÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...* Op. Cit., p. 184.

⁵⁰⁹ En su obra *Vocación y Ética* escrita en 1935 con el estilo literario que caracterizaba a este médico, científico, historiador, pensador y escritor español enunciaba que: «Mas si la vida, en general, inclina a la mentira, ¡que no será cuando un sentimiento piadoso nos empuja además a ella, como en el caso del médico! El amigo mío que vivió sin otra preocupación que decir siempre la verdad solía fulminar sus más atroces anatemas contra los médicos, disimuladores perpetuos de la realidad. Pero claro, es que sin ese disimulo, legítimo y santo, para nada servirían los sueros más exactos y las operaciones quirúrgicas más perfectas. Algunas noches,

documento internacional⁵¹⁰. Su propuesta consiste en incluir una serie de restricciones al deber de informar con miras a encuadrar la actividad médica en un marco más humano que eleve a primer plano las condiciones personales y la sensibilidad misma del enfermo. Ello les lleva a sostener, a veces de forma encubierta, una función tutelar del médico, fundamentando así el derecho de éste a silenciar la enfermedad diagnosticada, cuando por su gravedad, pudiera repercutir negativamente en la salud psíquica del paciente⁵¹¹. Esto es lo que en el Derecho anglo-americano se denomina **privilegio terapéutico del médico o excepción terapéutica**⁵¹², que encuentra normalmente su ámbito de aplicación

al terminar mi trabajo, he pensado lo que hubiera pasado si a todos los enfermos que habían desfilado por la clínica les hubiera dicho rigurosamente la verdad. No se necesitaría más para componer la pieza más espeluznante del Gran Guiñol. El médico, pues –digámoslo heroicamente- debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio a la salud. ¡Cuántas veces una inexactitud, deliberadamente imbuida en la mente del enfermo, le beneficia más que todas las drogas de la farmacopea! El médico de experiencia sabe incluso diagnosticar a una particular dolencia: la del enfermo sediento de mentira, el que sufre el tormento de la verdad que sabe; y pide, sin saberlo, y a veces deliberadamente, que se le arranque y que se le sustituya por una ficción». Y más adelante añade «¿Cómo va el médico, entonces, a no mentir? Pecado lleno de disculpas magnificas es, por lo tanto, este de mentir al enfermo que lo necesita. Y, en ocasiones, el pecado se convierte en obligación». MARAÑÓN Y POSADILLO, Gregorio. *Vocación y Ética*. Colección Austral 6ª ed. Madrid, 1976, pp. 71 y ss.

⁵¹⁰ De esta forma, el ya citado *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*. Tras consagrar en el artículo 10.2 el derecho del enfermo a estar informado de todas las circunstancias relativas a su estado de salud, dispone en su apartado 3º que «De modo excepcional, la Ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2»; véase también la *Declaración de Helsinki* cuando dispone «Es posible, y de acuerdo con la psicología del paciente, el médico debe obtener el libre consentimiento del sujeto tras proporcionarle una explicación completa», lo que a contrario sensu parece dar a entender que el médico no está obligado a ofrecer dicha información cuando existan razones para sospechar la fragilidad psíquica del enfermo. En el ámbito, véase la *Recomendación 5/97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, que en su artículo 8.2 c) prevé la posibilidad de que el acceso a los datos médicos pueda quedar limitado cuando sea probable que el conocimiento de la información cause un serio daño a la salud del afectado.

⁵¹¹ JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible...* *Op. Cit.*, pp. 94 y ss., para quien, en estos supuesto entra en juego el llamado principio de asistencia, apoyado en el estado de necesidad... se trata de una valoración referida a una situación conflictiva entre el derecho de autodeterminación del paciente, que está conectado a la problemática del deber de información del médico, y el interés de proteger la salud o la vida del enfermo. GALÁN CORTÉS, Julio César. *El consentimiento informado...* *Op. Cit.*, pp. 50 y ss. GRACIA GUILLEN, Diego Miguel. *Fundamentos...* *Op. Cit.*, pp. 104 y ss., 152 y ss. Este último autor, propone un uso limitado del mismo.

⁵¹² No cabe duda de que, en algunas ocasiones, disimular o suavizar la realidad puede ser beneficioso para el enfermo; en otras, silenciar la verdad a los pacientes que mantienen cierto

en los casos en que, más allá de la genérica posibilidad de una depresión o alteración anímica, fuese previsible el riesgo de que el enfermo decidiera suspender la terapia.

Al respecto, y con acierto de nuestra parte, GRACIA GUILLÉN⁵¹³ ha propuesto el empleo de la frase «excepción terapéutica» en lugar de «privilegio terapéutico», con el fin de eliminar las connotaciones paternalistas que conlleva esta última denominación⁵¹⁴. Por su parte, el párrafo 69 del informe explicativo del Convenio de Oviedo, elaborado por Jean Michaud, al analizar esta cuestión habla de «necesidad terapéutica».

El artículo 42 del antiguo Código de Deontología Médica de Francia (Decreto número 79-506, de 28 de junio de 1979; publicado en el Diario Oficial del 30 de junio de 1979) permite al facultativo no revelar toda la verdad al enfermo, si ello le perjudica de forma notable. El tenor literal del meritado precepto es el siguiente: «Por razones legítimas que el médico aprecie en conciencia, un enfermo puede ser dejado en la ignorancia de un diagnóstico o de un pronóstico grave. Un pronóstico fatal no debe ser revelado más que con la mayor circunspección, aunque la familia debe generalmente estar avisada, al menos que el enfermo hubiere prohibido previamente esta revelación o designado a terceras personas a las que debiera hacerse». Actualmente, es el

grado de autonomía y discernimiento, y que son capaces de apreciar la situación que les afecta, les priva de tomar sus propias decisiones. Por eso entendemos que no cabe validar, de forma genérica o sistemática, el denominado «derecho a la mentira» por consideraciones piadosas o humanitarias, salvo en ocasiones muy específicas o ante supuestos de patente renuncia del destinatario de la información, en cuyo caso el médico quedaría dispensado del deber de revelar.

⁵¹³ GRACIA GUILLEN, Diego Miguel. “¿Privilegio terapéutico o excepción terapéutica?” En, *Resúmenes de comunicaciones del I Congreso de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica*. Madrid, 1996, pp. 20-21.

⁵¹⁴ El concepto de privilegio terapéutico –desde la óptica de cualquier fase o momento de la relación médico-paciente- como decisión mediante la cual puede no revelarse la verdad al paciente cuando se tienen fundadas sospechas de que ésta produciría al mismo un grave daño físico o mental, **hace que debemos considerar también la vertiente de este privilegio terapéutico o excepción terapéutica como aquella adaptación de la información a recibir por el paciente a criterios de gradualidad, secuenciación entre el tiempo y coordinación con la familia para alcanzar el máximo equilibrio entre el principio de autonomía y el de beneficencia.**

artículo 35 del nuevo Código de Deontología Médica francés, de 6 de septiembre de 1995⁵¹⁵, el que sostiene tales principios⁵¹⁶.

6. Toma de posición

Desde estas premisas expuestas ya, por Gregorio Marañón y recogidas en distintos documentos nacionales e internacionales como el Convenio de Oviedo y el Código de Deontología Médica de Francia respectivamente, así como por ciertas opiniones dentro de la doctrina⁵¹⁷, sin duda, podemos apreciar

⁵¹⁵ Merece la pena hacer mención de que, otrora, éste código ha servido de inspiración para muchos otros documentos relacionados con la deontología en el ámbito médico. Pero, recientemente y ante los distintos casos que se han venido presentando en Francia sobre la eutanasia el Ministro francés Philippe Douste-Blazy sentenció que dicho código sufrirá algunas modificaciones en lo que atañe al fin de la vida; «cuando actualmente un médico francés decide desconectar un respirador artificial que mantiene con vida a un paciente o le administra una dosis mortal de morfina se ampara en el Código de Deontología Médica que se opone a las terapias de mantenimiento artificial, pero puede ser objeto de acciones judiciales en su contra». Para el responsable francés de salud, ésta es una «hipocresía inaceptable. En Medicina, llega un momento en que la verdad se impone. Hoy en día 150,000 maquinas son desconectadas anualmente por decisión médica sin ningún tipo de garantía legal y hay que aclarar la Ley al respecto». En, *Agencia Europa Press*, 27 de agosto de 2004.

⁵¹⁶ De esta forma nos encontramos que, la sentencia de la Corte de Casación Civil, de 23 de mayo de 2000, con apoyo del precitado artículo 42 del antiguo Código deontológico médico francés, considera que el médico que oculto información al paciente con tal finalidad no cometía falta alguna. Entiende el Tribunal que esta limitación de la información debe estar fundada sobre razones legítimas y en interés del propio paciente. Este interés debe ser apreciado en función de la naturaleza de la patología existente, de su previsible evolución y de la personalidad del enfermo. En el caso enjuiciado en esta resolución, se trataba de un enfermo afectado de una psicosis maniaco-depresiva, cuya evolución debería evaluarse en varios años. Teniendo en cuenta la alternancia de las fases melancólicas y de excitación de esta enfermedad, el interés del enfermo justificaba, a juicio de la Sala, la limitación de la información sobre el diagnóstico de su proceso, que debería efectuarse con suma prudencia. También podemos citar la sentencia de la Sección 6ª de la AP de Asturias, de 11 de marzo de 1998 (Ponente: Sra. Rodríguez-Vigil Rubio) declara al respecto, con ocasión de la posible omisión al paciente de la completa información sobre un cáncer vesical que padecía «que tal información pudiera haber sido ocultada al propio enfermo, en este caso el actor, a petición de sus familiares, debido a las relaciones de conocimiento previo, por amistades comunes, que existían entre estos y el médico codemandado, y cuya ocultación se presenta como humanamente explicable y no incide en violación alguna del citado deber de información». Empero, creemos firmemente que, como señala Galán Cortés «resulta cuando menos discutible tal pronunciamiento, pues *no cabe duda que el enfermo tiene derecho a una información completa*, salvo que estrictas y motivadas razones hicieran aconsejables tal silencio en su propio beneficio, debiendo analizarse tal circunstancias desde un plano restrictivo». GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p 196.

⁵¹⁷ A favor de este modo de actuar –privilegiando al médico de reservarse el derecho a la información asumiendo una función protectora- se alega que de otra forma, esto es como explicábamos, si de considerarse contraria a derecho la conducta del profesional que por

que en cualquier situación y de la manera que se plantee, que lo que se está haciendo es otorgar un poder-privilegio al criterio del galeno, privilegio que pensamos atribuiría al facultativo una función protectora respecto del enfermo, no ya en relación con la enfermedad para la que ha acudido, sino con las secuelas psíquicas que pueda generarle⁵¹⁸.

Como hemos venido haciendo alusión con distintos argumentos a lo largo de esta investigación, pensamos que, quien se dedica a la práctica médica debe contar con un gran tacto⁵¹⁹ dentro de la relación médico paciente, cuestión que puede ser muy fácil o muy complicado dependiendo de la postura que se adopte y la filosofía que se predique. Sobre todo en el ámbito que ahora nos ocupa –el deber de información médica–, es donde el médico tiene que echar mano de la psicología para que pueda alcanzar resultados más óptimos en su ejercicio profesional. La razón es sencilla, son *seres humanos* con los que trata y cada uno representa un mundo totalmente distinto, es por esto que

motivos pietistas omite comunicar al paciente algún aspecto de su enfermedad, se podría acabar potenciando la crueldad del médico como una arista más de lo que se ha dado en llamar la medicina defensiva. Esta, se dice, resultaría una consecuencia lógica, ya que sólo el profesional tendría tranquilidad de que no se le van a plantear reclamaciones cuando desatendiera exigencias que no se dudan en calificar como humanitarias. Véase al respecto las Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica, celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997. ROMEO CASABONA, Carlos María *et. al.* En, *Información y documentación clínica... Op. Cit.*, pp. 202 y ss. A partir de lo anterior, estos autores hablan incluso del riesgo de la mutación del sentido original con el que se concibió la exigencia del consentimiento, de tal forma que de ser instrumento de garantía del enfermo que le protege frente a posibles actuaciones del médico-, devendría en un instrumento de garantía del galeno- protegido ahora frente a eventuales reclamaciones de aquél. *Vid* DE CAPRIO, Lorenzo/PRODOMO, R./DI PALMA, A./BOVE, A. “Consenso informato e decadimento cognitivo”. En, *Rivista italiana di Medicina Legale*. Roma, 1998., pp. 905 y ss.

⁵¹⁸ En este sentido Gómez Rivero se manifiesta señalando que los principios de deontología médica no pueden exacerbarse hasta el punto de asignar al médico una función tutelar extrema sobre aquel, más propia de una trasnochada actitud paternalista que del compromiso que le es propio y que ha asumido sobre la base de la voluntad de ambas partes. GÓMEZ RIVERO. María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 115.

⁵¹⁹ En concordancia con nosotros, se manifiesta HERRERA CAMPOS, Ramón. “La condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemniables”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, p. 518. El Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería expone que «Entre abrumar al paciente y minar su confianza con datos estadísticos, en un extremo, y retacearle la información, en el otro, existe un ancho campo por donde debe transitar el profesional». Así, continua afirmando que «la información al paciente es una labor que debe llevarse a cabo con **prudencia y tino sin caer en extremismos**».

si no conoce medianamente el entorno que gira alrededor de su paciente –de ahí la importancia de la historia clínica, ítem que abordaremos *a posteriori*-, difícilmente podrá tener éxito al momento de optar y aplicar una terapia que palie el problema que aqueja a éste.

Sin embargo, y a pesar de lo aparentemente favorable y plausible que pudiera resultar –teniendo presente que siempre será de manera muy restrictiva- en algunos casos que el profesional sanitario se reserve información de lo que le acontece al paciente en relación con su salud, opinamos que lo anterior no es óbice para que el médico deje de informar y cumplir con ese deber que además es presupuesto necesario para la obtención de un consentimiento válido⁵²⁰. No tan sólo desde el punto de vista jurídico-legal es favorable, sino precisamente desde la propia óptica que reviste el factor psíquico o psicológico. Es decir, por una parte, no dudamos del gran impacto que significa el factor psicosomático como elemento influyente en la mayoría de las enfermedades, pero por otra, es ese efecto –psicosomático y psicológico generado por el conocimiento de la información- precisamente el que pensamos puede fortalecer la voluntad del paciente para luchar contra su enfermedad y alimentar el interés por una terapia que de otra forma pudiera rechazar por considerarla “superflua” o prescindible⁵²¹. Además de que el paciente podrá tener la certeza de que cuando haya acabado la conversación con el médico, éste le habrá dicho la verdad sobre su situación. Aunado a esto, cabría preguntarnos también, ¿qué sucedería que el efecto de que el médico

⁵²⁰ Esto, como hemos expuesto anteriormente, queda de manifiesto en el propio artículo 10 de la Ley General de Sanidad española y actualmente es una exigencia que contempla la LRAP, y que de la misma forma se recoge en leyes sectoriales así como en declaraciones en el ámbito internacional.

⁵²¹ Relacionado con dichos argumentos a favor de que sea una obligación el deber de informar del médico, nos encontramos con lo que manifiesta la Corte de Casación italiana quien esclareciendo la extensión de dicha obligación dispone que «un consentimiento inmune de vicios no puede formarse sino después de haber tenido el paciente plena conciencia de la naturaleza de la intervención médica o quirúrgica, de su alcance de extensión y de sus riesgos, del resultado que espera conseguirse con ella y de las posibles consecuencias negativas –es aquí donde interpretamos que el hecho de informar supone un conocimiento amplio para que el paciente pueda elegir que hacer en torno a su situación de salud-; todo ello presupone una información completa y sin retaceos de parte del médico o del cirujano. Solo entonces el paciente podrá conscientemente decidir si someterse a la intervención u omitirla, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos del acto médico». Corte de Casación italiana, Sección III, en sentencia No. 10014, de 25 de noviembre de 1994.

se “reserve” la información por el posible daño psíquico al enfermo causare un daño de ésta índole posteriormente? Por ejemplo que se enterará por otra vía de su diagnóstico o de la información ocultada. ¿Acaso no podría dañarse mayúsculamente al enfermo?⁵²² Dado lo precedente creemos que, sólo mientras el paciente no emita expresamente su deseo de *no* conocer -por ejemplo y en el caso más extremo- un determinado diagnóstico debido a la posible repercusión emocional que pueda significar en él -y en los casos puntualizados sobre el consentimiento presunto-, es deber del galeno informar cual será su realidad sin tratar de *aventurarse en la labor de lo que podríamos llamar: “leer la mente del paciente sobre lo que se considera mejor para éste”*, quebrantando al mismo tiempo –como hemos venido matizando- su derecho a la libre autodeterminación constitucionalmente reconocido⁵²³.

Argumentos que siguen el rumbo de las ideas que mantenemos *supra* añaden que de no adoptar la filosofía de que el paciente debe recibir toda la información que envuelve su realidad, se le estaría convirtiendo al facultativo en el cliente involuntario de una especie de psiquiatra *sui generis* legitimado para actuar de forma tan generosa como lo sea su intuición⁵²⁴, algo que unas

⁵²² *Vid.*, en relación con lo anotado, a CRESPO MEDINA, Mariano. “¿Que daño se indemniza cuando no hay consentimiento informado?”. En, *Revista sobre Responsabilidad civil y seguro. Responsabilidad médico sanitaria*. Número 1. Septiembre-octubre, 2007, p. 7. El autor concluye exponiendo que, cuando no se cumple con otorgar la información al paciente se produce un atentado a su autodeterminación, atinente a su libertad de decisión que también supone un atentado a su personalidad, llevando todo esto a la generación de un perjuicio personal (moral) que debe resarcirse. Es precisamente por ése perjuicio de *carácter moral* que surgió nuestra idea de poder plantear la posibilidad de que el paciente sufra un daño psíquico de todas formas por enterarse posteriormente a cerca de su pronóstico de salud; matizando que podría ser peor el daño causado por esa noticia.

⁵²³ Tan sólo imaginemos lo que sucedería en caso contrario a los que predicán por otorgar al médico el privilegio terapéutico en todo momento. Supongamos, que un paciente no es informado por el médico de su estado de salud en el que se encuentra y como consecuencia de tal omisión aquél lleva a cabo acciones que producen verdaderamente diversas anomalías en su salud; ya sea por una complicación consecuencia de su enfermedad o la génesis de un nuevo padecimiento. Es por esto que confiamos que las cosas pueden ser muy fáciles o muy complejas dependiendo del lente por donde se quiera mirar. A lo cual, creemos que es preferible elegir el lente del respeto a la libre autodeterminación del paciente para que éste pueda discernir sobre todo lo relacionado que atañe a su salud, decisión que encontrará sustento sólo cuando exista una correcta información.

⁵²⁴ Además hay algunos autores que afirman que transferir al médico la labor de reservarse la información pudiera significar una carga insoportable –por su propia ética- que acabaría por inviabilizar la práctica médica. *Vid.* LÓPEZ MESA, Marcelo J. *et. al.*, “Teoría general de la

veces puede llevar a ocultar al enfermo un información que le pertenece; otras, someterle a pruebas de diagnóstico a sus espaldas⁵²⁵. Con otras palabras y después de analizar el cúmulo de ideas, expuestas principalmente en los dos párrafos anteriores, podríamos equiparar lo esgrimido a la figura manejada por la teoría francesa denominada: de la pérdida de la oportunidad⁵²⁶ (*perte d'une chance*). Dicha teoría habla, por ejemplo, que la suma indemnizatoria no se debería fijar por la totalidad del daño aisladamente considerado, como si hubiera sido causado o provocado directamente por una mala técnica o deficiente actuación médico-quirúrgica, sino que debería hacerse en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente de haberlo conocido, no se hubiera sometido a ese tratamiento (tomando también como parámetro la decisión previsible de un paciente razonable⁵²⁷ ante la misma situación una vez informado), teniendo presente, asimismo, otros factores, como son el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad de su proceso patológico, las

responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado". En, *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires, 2007, p. 338.

⁵²⁵ En el orden civil es interesante la cita de la condena impuesta a un médico por el juzgado de primera instancia de Barcelona. El juzgado le condenó al pago de un millón de pesetas a un paciente por no informarle de que padecía de un cáncer de intestino desde hacía nueve meses. El paciente fue intervenido de urgencia debido a una apendicitis aguda y se le encontró un tumor en el intestino durante la operación. Sin embargo, fue dado de alta sin tener conocimiento de que se había encargado un informe para averiguar la patología del tumor detectado. Según la sentencia, no debe «en ningún caso hurtarse al conocimiento de la persona afectada» los datos sobre su enfermedad, con independencia de que exista o no una solución terapéutica a la misma; información recogida en el Diario *El País*, de 27 de octubre de 1998.

⁵²⁶ Se plantea, en lo que a la responsabilidad médica se refiere, en la jurisdicción civil y especialmente en la contencioso-administrativa, con base a que cuando existen dudas o incertidumbres en la prueba de la relación de causalidad, se condena a indemnizar, no por el resultado final, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiere tenido el paciente si la actuación médica hubiese sido conforme a la diligencia debida. Con un tratamiento doctrinal y jurisprudencial objetivo de esta teoría, véase el artículo de PÉREZ VALLEJO, Ana María. "Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional". En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 573-581.

⁵²⁷ Sobre éste criterio –de la persona del paciente razonable– y el del médico razonable es importante referir a las ideas que sobre dichas figuras realiza Galán Cortés en el apartado dedicado a los criterios valorativos de la información facilitada. *Vid.*, por todos a GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, pp. 212-219.

alternativas terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica, su carácter preferente o no, familiares y profesionales del paciente⁵²⁸.

Es consecuencia de la situación anterior, lo que nos lleva a considerar oportuno que hagamos un paréntesis al tratar este delicado tema referido al deber de informar. La realidad no se puede esconder y es opinión común de la sociedad en general y de abogados y personal sanitario en particular -cito a estos por ser los principales especialistas involucrados en el tema en comentario- que éste último ya no cuenta con la posición social que tenían en antaño. Así, es indudable que la práctica médica ha perdido *credibilidad* y por lo tanto el factor *confianza* hacia el actor principal en esta ciencia –el médico- está situado muy lejos de lo que fue en sus inicios. Si bien es cierto que son muchos los agentes que podríamos enunciar como artificios generadores de esta situación, cabría preguntarnos si, no sería esa falla –traducida en situaciones donde el paciente hubiese preferido saber que era lo que estaba sucediendo con su salud y a partir de ahí tomar una decisión- del uso del privilegio terapéutico, otro elemento más para contribuir al deterioro de la confianza que prevalecía entre médico y paciente. Sin duda creemos que es así, y que en nuestros tiempos se tiene que realizar un trabajo conjunto –Estado, sociedad y especialistas implicados en éste tema- para que la Ciencia Médica, en general, recobre nuevamente esa credibilidad que poseía, y, el médico en particular, vuelva a ser depositario de la confianza del paciente sin que ello signifique privilegiarlo en todo momento –habrá excepciones muy restrictivas atendiendo

⁵²⁸ *Ibidem.*, p. 237. En éste sentido, encontramos la Sentencia de la Sala 3 del TS, Sección 6ª, de 4 de abril de 2000 (Ponente: Sr. Xiol Ríos), con ocasión de la cirugía practicada a un menor por la coartación congénita de aorta, tras la que le quedo como secuela una hemiplejía, la Sala no indemniza por los daños corporales directamente generados por la intervención, al no existir otra alternativa terapéutica y ser notorios los riesgos de no llevarse a efecto la misma, sino por el daño moral irrogado con la violación del derecho de autodeterminación del paciente, por lo que otorga una indemnización menor. Distinto hubiera sido el caso y, por lo tanto, mayor la cuantía de la suma indemnizatoria de haber existido otras alternativas terapéuticas que no hubieran hecho tan necesaria la cirugía. Se indemniza en este caso el daño moral generado por privarle de su derecho de autodeterminación, pero no por la lesión neurológica surgida tras la cirugía, toda vez que la misma fue correcta y era la única opción terapéutica existente, además de haber existido la que hubiera adoptado, en la misma situación, todo paciente razonable.

al caso concreto- de decidir que informar y que no comunicarle en relación con su estado de salud⁵²⁹.

Ante lo que precede, estimamos que, cuestión distinta significa que sea lícito reconocer al médico un margen de libertad al instante de ponderar, no ya el *sí* de la información, sino el *cómo* de la misma de cara a amortiguar los posibles efectos psíquicos que pudiera tener sobre el enfermo, faceta esta en la que, como explica GALÁN CORTÉS, y como hemos apuntados nosotros previamente, cobra especial protagonismo el don de psicología del facultativo⁵³⁰. De esta forma, por ejemplo, puede resultar conveniente, siempre que lo permita la ausencia de urgencia de la intervención o el tratamiento, demorar la comunicación de diagnóstico o pronóstico de la enfermedad o proceder a la misma de forma paulatina tras un diálogo continuado con el paciente para evitar o atenuar así, en la medida de lo posible, las eventuales alteraciones psíquicas que pudieran ocasionarle⁵³¹. Queremos matizar que dicha facultad habrá de limitarse a lo que se refiere a la *forma* de transmitir la información, pero *no a su fondo*. Este panorama nos hace pensar, que los autores que se inclinan por considerar que se debe otorgar al médico el denominado *privilegio terapéutico*⁵³² podrían revalorar su posición y cuestionarse si no sería mejor que, el galeno se concentrara en la *manera* que trasmite una información, que de inicio se podría plantear como dañina para su

⁵²⁹ No podemos dejar de subrayar que las consideraciones que exponemos deben ser tomadas en cuenta en condiciones normales de la relación médico-paciente. Es decir, cuando hay posibilidad de hacerlo – deber de informar- sin que tengan que intervenir terceros y sean sólo el titular del bien jurídico salud y el facultativo de la medicina los protagonistas. Cuestión distinta será, en aquellos casos donde se vea mermado este panorama, como lo son las situaciones de urgencia y cuando, por un tipo de incapacidad el paciente no puede, por así decirlo, formar parte activa en el escenario, en donde nos tendremos que remitir al apartado referente a la representación y lo que disponen las leyes al respecto.

⁵³⁰ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 301. Si bien se debe respetar la libertad del paciente y con ello su derecho a la información, pensamos que el galeno debe moderar ésta en aras de la terapia, subrayando las esperanzas de curación y suavizando los riesgos.

⁵³¹ El Código de Ética y Deontología Médica español, de 10 septiembre de 1999 –comprobado el 18 de febrero de 2003-, enuncia en este sentido que: «Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico *debe de esforzarse en dársela con la delicadeza y de manera que pueda comprenderla*».

⁵³² El cual podríamos decir que incluso, podría ir en contra de la propia ética médica, ya que en la mayoría de los casos puede resultar más ético brindar la información al paciente y abrir una puerta más para que sea éste quien elija que desea hacer con su padecimiento.

paciente, en lugar de los efectos que *per se* pudiera derivar, ya que si analizamos detenidamente las ideas expuestas por Gregorio Marañón –lo enunciamos por ser un claro precursor de otorgar el privilegio terapéutico al galeno- en su obra “*Vocación y Ética*”, lo que en realidad fundamenta su propuesta es precisamente la *forma* en el actuar del médico para con el enfermo. Forma que en la actualidad se ha fracturado por no decir olvidado. De este tenor, y recogiendo la opinión de la práctica profesional médica diaria llegamos a la conclusión de que, el *punto clave que podría dar respuesta al gran debate existente* estacionado –y muchas veces ofuscando el que hacer sanitario- en el punto, de si, en determinados casos, la información médica beneficia o perjudica al enfermo psíquicamente, *recaerá en el arte con que el médico informa y no sólo en la esencia o fondo de la información*⁵³³. Y por complejo que pudiera llegar a parecer esta tarea, creemos que sólo es preciso que en la figura del galeno se reúna también la del psicólogo y la del ser humano que atiende a otro ser humano, que estando debilitado en su salud al momento de interrelacionar con aquél, requiere curar su enfermedad bajo un proceso que durante su desarrollo no descuide su aspecto mental.

Es esta la postura que mantenemos, en principio, desde una óptica muy general, en donde será oportuno puntualizar diversas cuestiones que ubiquen en sus más justos y correctos términos a las afirmaciones dilucidadas *supra*.

En un primer plano, que nos decantemos por considerar que el médico en principio siempre este obligado a informar no es óbice para en el caso específico impulsado por consideraciones pietistas omita esa información y responda efectivamente por esa carencia. Ejemplo puntual que da respaldo a esta particular situación es en el caso de que, el médico este tratando una enfermedad de tipo mental o, se situé en su caso, frente a un paciente hipocondriaco en donde de antemano se sabe que el tema de la información

⁵³³ En esta línea es menester mencionar lo que dispone el Código Deontológico del Consejo de Médicos de Cataluña de 1998, que tras consagrar en su artículo 20 el deber del médico de proporcionar al paciente la máxima información sobre su estado de salud, los pasos diagnósticos, las exploraciones complementarias y los tratamientos, así como el deber de hacerlo de forma entendedora y prudente, dispone en el artículo 23 que esa información ha de procurarse aun cuando se trate de enfermedades graves, planteándose en conciencia del médico cómo conseguir que la información, o la forma de darla, no perjudiquen al paciente.

tiene que ser manejado con mucho cuidado a efecto de “no producir un daño mayor que el que se trata de combatir para paliar con su enfermedad o padecimiento”⁵³⁴. Incluso, relacionado con este conjunto de ideas, se estaría actuado en *pro* del famoso principio ético de *no maleficencia*. Así pues, para saber “cuándo si y cuándo no” proporcionar la información –aparte de una buena comunicación entre el galeno-paciente-, indudablemente, sería la “historia clínica del enfermo”⁵³⁵ el elemento que cobraría suma relevancia en este tipo de circunstancias.

En este sentido es interesante lo que proyecta GÓMEZ RIVERO⁵³⁶ quien afirma que la enunciación del principio que descansa en la obligación de informar por parte del galeno tampoco supone cualquier papel a los argumentos relacionados con la necesidad de no causar daños adicionales al paciente en orden de hacer caer el deber de informar –y no meramente exculpar al médico-. Al contrario, es posible identificar algunos casos en los que excepcionalmente pudieran apreciarse los requisitos de un estado de necesidad que justificase la conducta. Para ello deberán de concurrir todos los presupuestos de un estado de dicha causa de justificación. Así, debe de darse primero una adecuación entre males. Esa relación debe excluirse cuando la falta de información tenga como consecuencia que el enfermo no se someta al

⁵³⁴ Algún autor como Giunta añade un ejemplo en este sentido señala el caso del paciente, que por ejemplo, padeciera de una severa cardiopatía, de tal forma que la tensión emocional que previsiblemente le provocase el conocimiento de su enfermedad pudiera resultarle seriamente perjudicial para su salud. *Vid.* GIUNTA, Fausto. *Il consenso informato... Op. Cit.*, p. 389. En estos casos el deber de informar entraría en colisión con un deber de mayor jerarquía: el de no causar daño al paciente, adhiriéndose de esta forma al conocido principio ético de *no-maleficencia*.

⁵³⁵ A propósito de este elemento importante dentro de la relación médico-paciente y para la profesión sanitaria, sobre todo cuando esta se ejerce en el sector público, es preciso matizar la importancia que conlleva su correcto uso, tanto para efectos técnicos-terapéuticos, como para que el profesional de la Medicina no se vea inmiscuido en problemas de responsabilidad al no respetar los límites al momento de acceder a ella. Con detalle, véase el artículo de OROZCO PARDO, Guillermo. “Problemática jurídica de la información sanitaria”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 592-597.

⁵³⁶ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 116.

tratamiento que necesita y ello le produzca un empeoramiento de su estado de salud⁵³⁷.

Por otra parte y en el orden de ideas apuntados en el párrafo anterior, tenemos que, para dar luz verde a un eventual estado de necesidad sería necesario que el enfermo no haya manifestado su firme voluntad de estar informado. Como bien es sabido, suele ser una máxima indiscutida que cuando se trata de salvaguardar un bien disponible, presupuesto indispensable es que el titular no renuncie a su protección. Aplicado a los casos que ahora nos ocupan, si el paciente rechaza mediante signos inequívocos cualquier protección frente al eventual daño que pudiera causar a su salud psíquica el conocimiento del diagnóstico, la pretensión de seguir protegiéndole frente a su voluntad habría de considerarse ilícita. Lo contrario sólo sería admisible desde un paternalismo exacerbado, incompatible con el obligado reconocimiento de un espacio de autonomía del paciente.

De otro orden, la apreciación del estado de necesidad requerirá también de la concurrencia del requisito de que el mal que amenaza de forma inminente fuese imposible evitarlo por otras vías, por ejemplo, mediante una comunicación cuidada y el ofrecimiento, en caso de ser necesario, de ayuda psicológica al enfermo⁵³⁸. También habrán de incluirse aquí los casos en que, por no tratarse de una intervención urgente, fuera posible referir la información a un momento ulterior en el que el paciente se encuentre mejor preparado

⁵³⁷ La autora española cita un ejemplo que no raramente se presenta en la práctica e ilustra acertadamente lo que estamos tratando. Baste pensar, por ejemplo, en los casos en que el silencio médico impida que el enfermo acuda al centro médico correspondiente para recibir las sesiones de quimioterapia que necesita, lugar en el que se enteraría necesariamente de la enfermedad que padece. La razón por la que en tales casos habría de rechazarse la posibilidad de justificar la conducta del médico acudiendo al expediente de estado de necesidad se vincula con argumentos relacionados con una ponderación de intereses. Téngase en cuenta que en estos casos los bienes jurídicos que entrarían en conflicto no serían ya la libertad y la eventual salud psíquica del paciente, sino ésta y la eminente producción de una consecuencia lesiva. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 117.

⁵³⁸ En este rubro queremos puntualizar que, muchas veces se olvida o pasa a último término la función que realizan los trabajadores sociales y sobre todo los psicólogos dentro de los hospitales de la salud pública. De ahí que los galenos puedan colaborar coordinadamente para dar puntual atención a este tipo de circunstancias relacionadas con el impacto de la información médica.

psicológicamente⁵³⁹. Cuestión que no podemos pasar por alto es que, indistintamente de los casos expuestos, la omisión de la comunicación al enfermo no exime al médico del deber de información a los familiares o personas allegadas al mismo.

En estos términos restringidos debe interpretarse la previsión del apartado 4 del artículo 5 de la LRAP, así como las previsiones contenidas en las respectivas normas regionales⁵⁴⁰. En lo que a la LRAP se refiere, tras consagrar en su artículo 4.2 que la información clínica tiene que ser verdadera dispone:

«El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho».

Con independencia de estos casos en los que excepcionalmente sería posible fundamentar la concurrencia de una causa de justificación, pueden acotarse determinadas premisas bajo las que el galeno puede estar, sino obligado, sí respaldado por la posibilidad de informar. Como señala GÓMEZ RIVERO⁵⁴¹, el contexto que legitime tal opción, no se vincula con las

⁵³⁹ GIUNTA, Fausto. *Il consenso informato... Op. Cit.*, p389.

⁵⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo la Ley 8/2003, de Castilla-León, que dispone en su artículo 20 que «Cuando en los centros, servicios o establecimientos sometidos a la presente Ley, se produzcan casos excepcionales en los que, por razones objetivas, el conocimiento de su situación por parte de una persona pudiera perjudicar de manera grave su salud, el médico asignado podrá actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, debiendo en todo caso informar a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho y dejar constancia en la historia clínica de la necesidad terapéutica existente. En función de la evolución de dicha necesidad terapéutica el médico podrá informar de forma progresiva, debiendo aportar al paciente información completa en la medida en que aquélla necesidad desaparezca».

⁵⁴¹ *Vid.*, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, pp. 119-120. Resulta interesante la clasificación que realiza la autora en relación con estas ideas. En primer lugar menciona aquellos casos en los que al paciente se le oculta la gravedad real del diagnóstico cuando ya se haya decidido el tratamiento y la información que se omite no incida en la ponderación acerca de las ventajas y riesgos del mismo. Inherente a este primer ámbito añade la situación en el que el médico estaría autorizado a ocultar la información al enfermo: los casos en los que, por la gravedad o avance de la enfermedad, resultase vedada cualquier

posibilidades de herir la sensibilidad del paciente y, en definitiva, con la gravedad de la información y la supuesta fragilidad del destinatario; por el contrario, su presupuesto se vincula con la utilidad de aquella, esto es, con su genuino valor como elemento ponderativo a efectos de tomar una decisión y de mensurar los *pros* y los *contras* de la misma.

No podríamos concluir, sin poner evidencia la gran complejidad que representa la relación médico paciente *per se* y en especial el mundo de la información médica y sus límites –si los debe o no tener- dentro del ámbito de la responsabilidad profesional del personal sanitario. Así, las anteriores consideraciones son sólo ideas que pueden llegar a dar respuesta a algunos de los debates, que tanto en la doctrina, jurisprudencia y práctica hoy en día tienen lugar. Clara comprobación de lo que ahora anotamos es el antagonismo que denotan los pronunciamientos del propio Tribunal Supremo. En este sentido, encontramos por ejemplo la sentencia da la Sala 1ª del TS 828/2003, de 8 de septiembre donde concedió una cantidad alzada y prudencial en concepto de indemnización «que responda a la privación de aquél derecho -el de informar- y de las posibilidades que, en otro caso, se tenían; suma que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, ya explicitadas en la motivación de la sentencia, se cifra en seis mil quinientos euros». A *contrario sensu* tenemos la STS Sala 1ª 488/2006 de 10 de mayo que precisa los siguientes «de acuerdo con la sentencia de ésta sala de 27 de septiembre de 2001, que la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)», sin perjuicio de que producido un daño, se

esperanza, no sólo de curación, sino de posible mejoría sintomática del paciente. Otros supuestos que enuncia la Catedrática de la Universidad de Sevilla son aquellos en los que si bien no se trata de una enfermedad terminal, el conocimiento por parte del paciente de su estado sólo puede llevar a un estado de preocupación sin que aquél, sin embargo, sea un elemento relevante de cara a ninguna decisión. Cabe apuntar que todos los supuestos esgrimidos se refieren a los casos en que se descarte cualquier eficacia del tratamiento; ya que valoración distinta habrían de merecer aquellos otros casos en los que, si bien éste no puede asegurar la curación, sí puede aumentar la esperanza de vida del enfermo, en donde claramente se tendrá que conservar intacta la obligación del médico de facilitar toda la información necesaria para garantizar el ya mencionado respecto de la voluntad de aquél.

deba considerar como un factor más a ponderar para la fijación de resarcimiento.

VI. Reflexión personal sobre la posible colisión de normas que dan tratamiento al consentimiento informado

El análisis detallado de las regulaciones incluidas en la LRAP y en las leyes autonómicas nos ha permitido percatarnos cómo en algunos puntos pueden acaecer discrepancias entre una y otra regulación y cómo dichas disparidades pudieran tener efectos en la aplicación futura de normas, siendo necesario tener previamente establecidos los criterios de prevalencia. Ya se ha puesto de manifiesto cómo algunas de las regulaciones autonómicas fueron anteriores en el tiempo a la normativa estatal (la Ley Catalana, Gallega y Navarra) y otras variaciones autonómicas se han publicado inmediatamente después a la promulgación de la Ley 41/2002. Hacemos hincapié en que mantenemos al margen el resto de legislaciones autonómicas que han optado no por dictar una norma sobre información clínica y consentimiento, sino que se han limitado a regular la materia integrada en normas genéricas reguladoras de los sistemas sanitarios de sus respectivas Comunidades Autónomas.

En el momento de promulgar la Ley Básica 41/2002 se planteó la posibilidad de que fuera exigible que la regulación se realizaría mediante una norma con rango de Ley Orgánica y ello por imperativo del artículo 8.1 de la Constitución española, que obliga a que se regulen mediante la Ley Orgánica las normas relativas al desarrollo de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas⁵⁴². La justificación de esta opción estaba en considerar que con esta Ley se afectaba a la dignidad de la persona que se contempla en el artículo 10 de la Constitución (dentro del Título I que lleva la rúbrica: «De los Derechos y Deberes Fundamentales»). No obstante los redactores de la Ley optaron por que el rango normativo más adecuado era simplemente el de Ley Ordinaria y ello por entender que los Derechos Fundamentales a los que se refiere el artículo 8.1 de la Constitución son los recogidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I y que se rúbrica «De los Derechos Fundamentales y

⁵⁴² Por todos, véase GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 163.

Libertades Públicas». La opción contraria como señala GUERREO ZAPLANA suponía realizar una interpretación extensiva de la exigencia de la Ley Orgánica (considerando que algunos preceptos de la Ley 41/2002 afectan a la libertad ideológica, por ejemplo en materias como las voluntades anticipadas o en la materia relativa a las fecundaciones) y se habría infringido la jurisprudencia constitucional (STC 67/1985) que interpreta que la exigencia de la Ley Orgánica sólo es aplicable a los supuestos en que se afecta directamente a los derechos en cuestión, cosa que no acontece en la materia que ahora nos ocupa⁵⁴³.

En lo que atañe al reparto de competencias en materia sanitaria, la Constitución española sólo reserva al Estado competencias exclusivas relativas a «Bases y coordinación general de la sanidad» (artículo 149.1 16ª de la Constitución); por lo tanto, y en aplicación de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 149.3, las Comunidades Autónomas podrán asumir el resto que no afecten directamente a estas -bases y coordinación general de la sanidad; así resulta de la jurisprudencia constitucional más estable, que reconoce con generalidad a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir en exclusiva las competencias no atribuidas específicamente al Estado (STC 202/1992 de 23 de noviembre).

El citado artículo 149.3 de la Constitución establece, también, un principio de especial trascendencia y que hace referencia a la aplicación prevalente de la normativa estatal sobre la autonómica cuando señala que: «La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía correspondiente al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

La manifestación jurisprudencial –fundamentalmente del Tribunal Constitucional- es amplia en la aplicación de éste precepto, aunque suele referirse a la mayoría de los casos, a la cuestión relativa al carácter supletorio

⁵⁴³ *Ibidem.*, *supra.*, p.164.

de la normativa estatal; de entre las diversas sentencias dictadas sobre la materia se resaltan un par de ellas para la materia de nuestro interés:

La sentencia 225/1993, de fecha 8 de julio, reconoce la prevalencia de la normativa estatal con preferencia de la normativa autonómica (estaba relacionada con un caso entre normativa de horarios comerciales): «Máxime si se tiene en cuenta que el artículo 149.3 CE establece que las normas del Estado prevalecen, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

También, encontramos la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1998 donde entiende que «la cláusula de prevalencia y subsidiariedad del artículo 149.3 de la Constitución sólo opera en aquellas materias que no sean competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la primera y en tanto la materia no está regulada por una norma autonómica la segunda».

Consecuencia de lo anterior y aplicando dichos principios a la materia que abordamos, resulta que en los casos que las leyes autonómicas contradigan los términos de la legislación básica estatal (representada por la Ley 41/2002) resultará que será aplicable lo dispuesto por la Ley Estatal en virtud del principio de prevalencia que mencionamos *supra*, en su vertiente legal y jurisprudencial.

Reconociendo la aplicación de dichos principios al caso que nos ocupa, la única Ley Autonómica que ha sido objeto de rectificación –al menos que nos haga constar- ha sido la Ley Foral 11/2002 en relación a la que se ha dictado la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, que, sin embargo ha efectuado algunas modificaciones que afectan, exclusivamente, a determinados aspectos sobre elaboración y conservación de la historia clínica. No ha efectuado, sin embargo, modificación alguna de la materia de la edad para formular declaración de voluntades anticipadas, y ello porque la Ley Básica exige mayoría de edad y la Ley Foral admite que la otorgue «un menor al que se reconoce capacidad conforme a la propia Ley Foral».

En realidad los problemas que se pueden llegar a plantear no son muchos, pues las leyes autonómicas, por regla general, han sido más adelantadas que la propia LRAP estatal reconociendo derechos más allá de lo que hace la Ley 41/2002 o fijando garantías que exceden de las previstas por dicho Ordenamiento; expondremos a continuación, sin carácter exhaustivo, alguno de los problemas que se pueden derivar de la colisión entre las leyes autonómicas y la estatal: a) La Ley Catalana no menciona en su articulado el contenido material de la información que se debe facilitar al paciente que, sin embargo, la Ley 41/2002 recoge con detalle en su artículo 10.1. Sin duda, será aplicable la LRAP en virtud del *principio de supletoriedad*. La Ley Catalana, tampoco regula el estado de necesidad terapéutica que, sin embargo será aplicable en Cataluña en virtud del mismo principio; b) La Ley Gallega plantea un problema fundamental, como es el relacionado a que su artículo 6, si bien reconoce la necesidad de intervención de los menores en la toma de decisiones de modo conveniente a sus condiciones de madurez, por otra parte, no reconoce -como lo hace la LRAP- el derecho a consentir sin intervención de sus representantes legales a los mayores de 16 años o emancipados. En este punto, obviamente aplicando el principio de prevalencia, será preferente la regulación de la normativa estatal sobre la autonómica. En materia de forma, la Ley Gallega sólo exige la forma escrita (artículo 8.2) en los casos de actos que entrañen riesgo considerable para el paciente; la LRAP lo exige también para el caso de intervención quirúrgica y procedimientos invasivos, por lo que, también en éstos, será necesaria la forma escrita aunque nos encontremos ante una asistencia prestada en Galicia; c) El artículo 17 de la Ley Valenciana permite otorgar el documento de voluntades anticipadas -que el artículo 11 de la LRAP denomina de instrucciones previas- a quienes se encuentren emancipados; sin embargo, en atención a que la Ley 41/2002 sólo lo permite para los mayores de 18 años, deberá entenderse inaplicable este extremo del artículo 17 de la Ley Valenciana. El artículo 10 de esta Ley, al regular las excepciones a la exigencia del consentimiento, no hace mención específica del estado de necesidad terapéutica, pero debe entenderse que esta excepción también deberá poderse aplicar en los casos de asistencia prestada en esta Comunidad Autónoma.

La colisión entre la regulación estatal y la autonómica de la materia del consentimiento-informado podía haber venido, también, por la vía de los ámbitos respectivos de aplicación de cada norma, tanto estatal como autonómica. Las leyes autonómicas que venimos comentando reconocen con generalidad que su ámbito de aplicación se extiende a toda clase de asistencia que se presta dentro de los límites geográficos de la respectiva Comunidad Autónoma (artículo 2 de la Ley Gallega; artículo 1 de la Ley Navarra; artículo 2 de la Ley Valenciana y artículo 2 de la Ley Castellano-Leonesa).

Es prudente puntualizar que, teniendo en cuenta éste panorama, resulta evidente que cada ciudadano, residente en la Comunidad Autónoma en la que reside (*sic*), no podrá reclamar la aplicación individualizada de la específica ley de su comunidad de origen, sino que se someterá, en todo caso, a la normativa de la Comunidad en la que recibe asistencia. Esto tendrá especial trascendencia a los efectos de la tranquilidad y comodidad de los médicos y profesionales sanitarios que deberán adecuarse, en exclusiva, a las normas de la Comunidad en la que presten sus servicios, sin que deban aplicar normativas diferentes según el paciente de que se trate⁵⁴⁴.

VII. El consentimiento presunto

Analizada la figura del consentimiento del paciente en la actividad médica; así como su garante, en cuanto a eficacia se refiere y su inseparable presupuesto, como lo es el de la información al enfermo, examinaremos ahora una particularidad más, relacionada con el acto de asentir sobre el ejercicio del facultativo de la Ciencia Médica. Dicha peculiaridad relacionada con la *presunción-suposición*, es justamente la que podemos decir que sirve de génesis a innumerables debates producidos en el campo de la Ciencia Jurídica.

De esta manera es indudable que, el consentimiento presunto desempeña un papel concreto y de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal, mereciendo destacar las situaciones que tienen lugar dentro del ámbito médico -por ejemplo, en los casos de eutanasia pasiva o activa, estados de urgencia, coma e inconsciencia temporal o permanente, etcétera; y, que ahora,

⁵⁴⁴ *Ibidem.*, *supra.*, p. 167.

son objeto de nuestra investigación-, esto, sin dejar de observar que, la aplicación jurídica del asentimiento presunto es muy amplia y frecuente en distintos escenarios de las relaciones humanas, donde por obvias razones, el Derecho, en general, y el Derecho Penal, en particular, tampoco pueden dejar de cumplir su labor específica, reguladora y garante de las normas que disciplinan la vida en sociedad⁵⁴⁵.

1. Delimitación conceptual

El consentimiento presunto, significa la suposición o figuración por parte del autor, acerca de la manera como “seguramente” decidiría – consintiendo- el titular del bien protegido -o, en su caso, su representante-, de conformidad a una determinada situación concreta, si la conociera -cuando está ausente- y si a su respecto pudiera manifestarse -cuando está

⁵⁴⁵ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 417. Estos autores recuerdan más directamente la importancia del consentimiento presunto en el contexto de las intervenciones médicas. No obstante, el ámbito de actuación de la forma presente de consentimiento, como hemos apuntado, incluye varios contextos jurídico-penales de lo cual consideramos oportuno reproducir los criterios para la determinación del consentimiento presunto con notable perspectiva por: ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 772-777 y siendo resumidos con interesante metodología por CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 742 quien tampoco olvida breve y justa referencia a Jescheck (p. 56): a) Cuando se actúa en interés del titular del bien jurídico que se destruye: 1) y, se trata de una decisión predominante material (disponibilidad sobre cosas) tendrá preferencia lo que mejor satisfaga los intereses del titular, salvo que conste su voluntad en contrario (ejemplo: el vecino, presume el consentimiento del titular de la morada ausente, en que guarde los muebles del jardín cuando ha comenzado a llover, salvo que supiese que quería dejarlos allí para comprobar su resistencia a la lluvia); en cambio: 2) si se trata de decisiones altamente personales, la conclusión es presumir justamente la contraria: presumir la ausencia del consentimiento salvo evidencia en contrario (ejemplo: el vecino debe partir de la voluntad de que nadie requiere que le abran la correspondencia recibida urgentemente, salvo que conste lo contrario, por ejemplo, que el ausente le ha dicho que le abra la correspondencia urgente); lo que, a su vez, vuelve a cambiar b) Cuando se trata de decisiones personales decisivamente existenciales, como por ejemplo, un operación de vida a muerte, en cuyo caso debe presumirse el consentimiento (salvo que previamente, conste en contra, la voluntad expresa y concreta) a favor de la intervención, aún en casos en que anteriormente, en otras ocasiones o coloquialmente (como sería el caso de pertenecer a una secta determinada) haya expresado lo contrario. Con ello no sólo se garantiza lo que es una decisión que únicamente puede evaluarse cuando se produce de *facto*, como dice ROXIN, sino que, además, se garantiza el respeto en los casos que sí medió una voluntad expresa y concreta en contra. c) Cuando se actúa en interés propio debe partirse de la premisa de que no existe un consentimiento presunto, salvo que concurren evidencias de lo contrario. (ejemplo: nadie puede partir de la premisa de que, el dueño de un fundo está regalando la fruta caída en su ausencia a cualquiera que pase por allí).

inconsciente o, aunque la conozca, se encuentra ausente de modo que no se le puede localizar para manifestarse en el tiempo adecuado⁵⁴⁶.

Es siempre una actividad del autor bajo determinada suposición -juicio o convicción hipotética-, aunque el contexto sugestivo del asentimiento se pueda demostrar concretamente, es decir, todavía sin la libre expresión de la voluntad del afectado⁵⁴⁷. Pero, si analizamos, lo anterior aleja dicho mecanismo jurídico por completo del verdadero, real, efectivo consentimiento, más aún según está planteado en esta investigación, que considera la expresión absolutamente libre y directa de la voluntad del titular del derecho imprescindible para el desarrollo de su personalidad. Por tanto, y aún porque técnicamente implica de manera básica una ponderación de valores y/o intereses -normalmente en beneficio del afectado, pero no menos frecuentes son los casos que puede hacerse en favor del autor o incluso de un tercero-, sus efectos -del consentimiento presunto- son mayormente aceptados por la doctrina como una causa de justificación –sobre lo cual realizaremos ciertos matices en el desarrollo de este tema- y no de un consentimiento auténtico, éste último con la amplitud jurídica y política criminal de sus efectos atípicos matizados en el desarrollo del presente trabajo.

Según ROXIN, es oportuno recordar que todo consentimiento presunto, aunque actúe el autor en defensa patente de uno o más intereses directos del afectado o a él vinculado, es lógicamente irrelevante, siempre y cuando sea posible obtener en su lugar el consentimiento auténtico⁵⁴⁸ del titular del

⁵⁴⁶ A diferencia del consentimiento expreso, manifestado con signos inequívocos que denotan su existencia y reproducen la decisión del titular; en el consentimiento presunto se realiza lo que se supone que expresaría el titular del bien jurídico.

⁵⁴⁷ Lo más significativo y distintivo en esta modalidad de consentimiento –consentimiento presunto- radica en la manera de comprenderla, es decir, como elaboración normativa sin la mediación directa de la voluntad auto-determinada del titular del bien jurídico-penalmente disponible, lo que implica que hay casos indubitables que el autor actúa contra la voluntad del afectado –lo que no acontece estructuralmente con el consentimiento auténtico-. Sobre el tratamiento de esta figura en el ámbito doctrinal y restrictiva aplicación jurisprudencial italiana véase a FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Diritto Penale... Op. Cit.*, p. 260.

⁵⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 769. Es puntual, dado que «el consentimiento presunto, sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real y, no facilitar ponderaciones de intereses independientes de ello), sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real». Añadiendo que, «no hay ningún motivo para permitir el riesgo de que se

derecho, y elija el sujeto activo no hacerlo, o bien cuando conoce dicho autor que la víctima no consentiría en tales circunstancias. Es simple: no se puede dar validez al incierto, y tampoco al errado, cuando es posible lograr el cierto jurídicamente. Ello hace recordar a CUELLO CONTRERAS⁵⁴⁹ el carácter subsidiario del consentimiento presunto, al escribir que «aún predominando el interés al que se sirve, no cabe acogerse al consentimiento presunto si pudo recabarse el consentimiento expreso o consta de alguna manera que el titular del bien no hubiera consentido expresamente».

Para SÁINZ CANTERO⁵⁵⁰, con algún extremismo, el consentimiento presunto está tan en desacuerdo con la forma expresa que le parece arriesgada la atribución de relevancia jurídico-penal a esta clase de consentimiento.

COBO/VIVES⁵⁵¹, muy concretamente recuerdan al consentimiento presunto como el que supone la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación⁵⁵².

El entendimiento de MIR PUIG⁵⁵³ acerca de éste tipo de consentimiento, sigue la comprensión general, escribiendo el autor español, que hay situaciones en las que «el titular de un bien jurídico determinado no puede manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que lo prestaría si pudiera, lo que es común que acontezca cuando el titular se halla ausente o inconsciente.

interprete equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico, cuando sea posible preguntar a la persona en cuya esfera jurídica se va a intervenir».

⁵⁴⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 740-741.

⁵⁵⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho... Op. Cit.*, p. 345.

⁵⁵¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 499. En el mismo sentido, véase a COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.*, p.160.

⁵⁵² En el orden de ideas expresado por Cobo/Vives y reflexionando sobre el juicio hipotético que realiza el sujeto activo, ante la situación que le impide recabar de alguna forma el asentimiento a el verdadero titular, nos encontramos con los dispuesto por el artículo 9 del 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 que expresa lo siguiente: «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad».

⁵⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 521.

Y ahí, la tercera persona –en el tema que estudiamos, sería el profesional sanitario- que interviene en los derechos del afectado en la seguridad de que aquél lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado consentimiento presunto».

Señalan JESCHECK/WEIGEND⁵⁵⁴ que, «ese es un tipo de consentimiento en el que las circunstancias pueden indicar que sería prestado eficazmente, siempre y cuando el titular del derecho o, en su caso, su representante legal, no está localizable o está inconsciente, como, verbigracia, ante la *emergencia* en un tratamiento médico».

El consentimiento presunto, como recuerda ROXIN⁵⁵⁵, además de una justificante -contrariamente al consentimiento auténtico, que despliega efectos atípicos (según la postura que mantenemos)-, «es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad y añadido que, sobre todo, fundamentalmente constitucional». En la forma hipotética de consentimiento –prosigue y subraya el Catedrático de Múnich –, coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el Ordenamiento Jurídico, conforme a criterios diferenciados, fija una voluntad presunta, que justifica la intromisión aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico.

Lo que antecede, lo podemos ilustrar con un puntual ejemplo, en donde una persona que, después de ser adecuadamente informada, va a decidir sobre si y cuándo consentirá que su hermano incapaz civilmente, sea sometido a una intervención quirúrgica de cierta urgencia para quitarle una hemorragia interna en el estómago, causada por un carcinoma. No obstante, debido a la creciente pérdida de sangre, el paciente queda sin consciencia y por otra parte,

⁵⁵⁴ JESCHECK, H.H y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho... Op. Cit.*, pp. 413-414. Además, estos autores, aseveran que, aparte de la cuestión obvia de que el consentimiento presunto constituye una justificante en la que median conflictos de bienes e intereses internos y renuncia a intereses, de lo que resulta su ponderación hacia la resolución más probable y sin alejar casos puntuales donde considerar la posibilidad del riesgo permitido, por lo demás, en el consentimiento presunto deben cumplirse los mismos requisitos que serían exigidos para la eficacia del consentimiento real. *Ídem.*, 415-117.

⁵⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 765.

no se consigue localizar al familiar y sus médicos operan al incapaz, presumiendo cómo decidiría tanto dicho representante como el propio paciente si poseyera discernimiento⁵⁵⁶.

2. Naturaleza jurídica

No podemos negar que, la naturaleza jurídica es causa de conflictos sistemáticos en el ámbito del consentimiento, especialmente en el de su forma presunta. Esencialmente, porque como hemos venido refiriendo, la falta de mediación de la voluntad libremente expresada –y de manera directa– por parte del titular del bien protegido jurídico-penalmente sirve de motivo para añadir especial atención a dicha clase de consentimiento. En una síntesis muy puntual, en el marco del consentimiento presumido interviene una ponderación de intereses y/o valores por parte del autor -comúnmente en beneficio del afectado, aunque cada vez más frecuente, en el suyo propio-, en el sentido de cómo decidiría el afectado si conociera y/o si pudiera decidir en aquél contexto, lo que ya caracteriza sus efectos en el ámbito de la teoría del delito no dentro del primero de sus elementos conceptuales –la tipicidad- sino del segundo de ellos, como una causa supralegal o legal de justificación⁵⁵⁷, por supuesto

⁵⁵⁶ A la luz de este ejemplo tenemos que el artículo 8 del 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 dispone que: «Se autoriza la intervención médica sin consentimiento en el caso de urgencia, cuando sea “indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada” –en donde consideramos que esta disposición valora en gran medida el principio de beneficencia-. La *urgencia se define como todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, la pérdida de un órgano o una función y requiera atención inmediata* (punto 4.10 de la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico). Asimismo, suele reconocerse legitimidad a la intervención sin consentimiento en los casos de urgencia extrema, estado de inconsciencia, estado jurídico de incapacidad y renuncia voluntaria del paciente». PACHECO CASTRO, Oralia Leticia. “Importancia del consentimiento informado en pediatría”. *Memoria III Congreso nacional, latinoamericano y del Caribe. La bioética de fin de siglo y hacia el nuevo milenio*. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética-Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética. México, 2000, p. 657. Estos casos se resumen en pacientes que presenten estado de inconsciencia o con pérdida permanente de la autonomía, o bien con una capacidad mermada para prestar su consentimiento. KRAUT, Jorge Alberto. *Los derechos... Op. Cit.*, p. 173.

⁵⁵⁷ Véase *infra*, el pensamiento que sostenemos en cuanto a la posibilidad de que el consentimiento presunto denote efectos atípicos en aquellos casos de extrema urgencia donde el galeno no puede obtener un consentimiento expreso por parte del titular del bien jurídico, pero que si pueda tener conocimiento puntual de la historia clínica del paciente y actué conforme a las reglas de la *lex artis* o *lex artis ad hoc* en su caso, además de que sea el

dependiendo del modo como lo acoja cada Ordenamiento jurídico-penal, aunque hoy día no esté ubicado formalmente en la mayoría de los Códigos penales.

Principalmente existen tres perspectivas distintas sobre la naturaleza jurídico-dogmática del consentimiento presunto: una, que sugiere incluso negarle efectos justificantes -por ejemplo, COBO/QUINTANAR-; otra, que lo enseña como una causa de exclusión del injusto penal –verbigracia, el pensamiento de CUELLO CONTRERAS-; y una tercera, que lo apunta como causa de atipicidad, a similitud de la eficacia del consentimiento auténtico –es el caso de POLAINO-ORTS-.

COBO/QUINTANAR⁵⁵⁸, bajo ciertos argumentos, escriben que, en su opinión, el consentimiento presunto es algo tan sin caracterización en términos de expresión de la voluntad auténtica del titular del derecho, que ni siquiera puede operar como fundamento justificativo de una acción. Ello, porque tratándose de una *presunción de consentimiento*, significa un “juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación, por ello mismo no es un real consentimiento”. Además, bajo la perspectiva de COBO/VIVES⁵⁵⁹ en el caso de la presunción la falta de consentimiento hace problemático el fundamento de la justificación por consentimiento presunto, pues, ciertamente, no puede hallarse tal fundamento en la transferencia de derechos operada por la voluntad del titular. Así que, dichos autores⁵⁶⁰ parecen sugerir la posibilidad de un análisis de la presunción de consentimiento no “como causa de justificación, sino como causa de inculpabilidad.

principio de beneficencia el eje rector que fundamente su decisión y por lo tanto su actuar profesional sobre la persona del paciente.

⁵⁵⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.*, p. 160. Previamente puede atenderse a COBO/VIVES. En, *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit.*, p. 498, donde afirman que la forma presunta de consentimiento «es, más bien una ficción, que opera sin que exista un autentico consentimiento del ofendido». Creemos que esta afirmación, aplicada a los casos singulares de la práctica médica, niega excepción o justificación de responsabilidad al galeno en caso de que, incluso, su actuación fuera conforme a las reglas de la *lex artis* y el resultado haya sido positivo para el paciente que, aunque sin saberlo –posiblemente por su estado de inconsciencia- demandaba atención a su salud.

⁵⁵⁹ *Ibidem.*, p. 499.

⁵⁶⁰ *Ibidem.*, p. 500.

CUELLO CONTRERAS⁵⁶¹, de modo muy claro y diligente, asegura que distinto del verdadero consentimiento –el expreso–, que significa una causa de atipicidad -y en este sentido recuerda también aquí a BACIGALUPO, ROXIN, ESER/BURKHARDT, JAKOBS⁵⁶²-, la modalidad presunta *se trata de una causa de justificación*. En ella, no solamente actúa el autor de conformidad a una voluntad –presunta- del titular del bien, sino que también el sujeto ha de ponderar el fin con el que destruye el bien jurídico, además del interés a que ello sirve, citando el ejemplo ya clásico de las consideraciones del que allana la morada del vecino ausente para evitar su inundación.

POLAINO-ORTS⁵⁶³, de modo contrario a la perspectiva de los autores citados, considera de manera más amplia los efectos dogmáticos del consentimiento, en forma de conjunto atípico, incluyendo en él la modalidad presunta: «a nuestro juicio, el consentimiento presunto constituye un supuesto especial de representación necesaria y tiene, como toda figura de consentimiento jurídico-penalmente válido y eficaz, el efecto de causa de atipicidad».

Enfocando el consentimiento presunto, al tratar de casos médicos de extrema urgencia, MORILLAS CUEVA⁵⁶⁴ afirma su convicción sobre la naturaleza justificante con respecto a, por lo menos, “la mayoría de los supuestos”. Y añade recordando también a ROXIN, que “a diferencia del consentimiento, que en su concepción excluye el tipo, el consentimiento presunto es una causa de justificación pues quien lo invoca se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo en los bienes jurídicos de otro, y sólo está justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo”. Complementa el primero de los autores citados que de la objetividad del hecho sobre la que ha actuado el autor “se fija en consecuencia

⁵⁶¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 740.

⁵⁶² *Ibidem.*, *supra.*, p. 50.

⁵⁶³ POLAINO ORTS, Miguel. *¿Volenti in non fit iniuria?... Op. Cit.*, p. 237.

⁵⁶⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Aspectos penales... Op. Cit.*, p. 797.

una voluntad presunta que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico⁵⁶⁵.

Señalan JESCHECK/WEIGEND⁵⁶⁶ que el consentimiento presunto constituye una “causa *sui generis* de justificación”. Ello, bajo el fundamento de que “conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico”. JESCHECK-/EIGEND⁵⁶⁷, se refieren a dos grupos de casos: “conflictos internos de intereses y bienes” y “renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero”. De ello sobresale muy efectivamente la cuestión de la ponderación de intereses respecto al titular del bien, lo que desde luego afecta de manera directa e indudable al ámbito de las causas de justificación. Y en cuanto a ello, añaden dichos autores alemanes que a la ponderación de intereses debe acrecentarse la “resolución más probable” que adoptaría el afectado a ese respecto y, en su caso, incluso la idea del “riesgo permitido”, implicando estas condiciones en la necesidad de “realizar un examen minucioso”.

Se presenta obvio e incuestionable que la exclusión de la tipicidad sólo se produce en la medida que la acción se mantenga estrictamente dentro del marco señalado por el consentimiento”, enfocan MAURACH/ZIPF. Y complementariamente recordamos que los límites del consentimiento, en este caso para fines de atipicidad, no pueden ser impuestos con una seguridad mínimamente razonable a través de una sola presunción, por más concreta que pueda presentarse su base contextual, sino que por la expresión de la voluntad auténtica del titular del bien, reconocible al mundo exterior. El consentimiento presunto no expresa una certeza, como característica imprescindible para que pueda desplegar efectos en el ámbito importante de la tipicidad, y todavía menos una **certeza absoluta**. Esto incluso recuerda a CUELLO CONTRERAS, al criticar muy convincentemente la perspectiva teórica y variante de LA MATA, “según la cual en los delitos contra la propiedad el consentimiento presunto debería excluir la tipicidad”. Pero, ello “no tiene

⁵⁶⁵ *Ídem., supra.*

⁵⁶⁶ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho...* Op. Cit., pp. 413-414.

⁵⁶⁷ *Ibidem.*, p. 415.

suficientemente en cuenta que quien se ampara en el consentimiento presunto no lo hace con la certeza absoluta, habiendo debido ponderar muy bien la voluntad presunta del titular, es decir, con criterios (ponderación) propios de la justificación”. Como una inequívoca reiteración, este planteamiento del Catedrático de Extremadura es válido para los casos de presunción de consentimiento en general.

En cuanto a los supuestos del consentimiento presumido, contrarios a la voluntad de del titular del bien jurídicamente protegido (por ejemplo, el caso de la inundación pretendida por el propio titular del bien, que dejó los grifos de su morada abiertos para que esto pasara, sin expresar su intención), aunque no hubiese la autorización del titular si estuviese allí para decidir, el contexto puede hacerla presumida de por sí y como tal asegurarle efectos justificantes. En el caso de la presunción, el autor se mantiene en el marco de una situación y de la ponderación de sus elementos concretos deduce como normalmente decidiría el afectado, resultando la plena responsabilidad de éste si las conclusiones del autor están en desacuerdo con lo que efectivamente pretendía dicho titular del bien; el autor concluye su presunción de conformidad al contexto real.

No obstante, en el mismo supuesto del párrafo anterior, sí resultaría un patente equívoco del autor si el titular del bien hubiera dejado alguna señal externamente comprensible sobre su voluntad en mantener abiertos los grifos de su casa. Sin embargo, no percibiéndolo de ninguna manera dicho autor, sólo entonces se podría considerar la posibilidad de tratar el tema jurídicamente como error -vencible o invencible- en el ámbito de la exculpabilidad o de la imprudencia.

Otro aspecto que merece atención es el caso de cuando el autor puede esperar la presencia del titular del derecho para que éste consienta o no y no lo hace, asumiendo aquél la total responsabilidad por su comportamiento inseguro e inadecuado jurídicamente, lo que desde luego pone en jaque la relevancia de la presunción por motivos de lógica muy elemental –el autor desestima la certeza en cuanto a la auténtica *expresión de la voluntad del*

titular del bien por elección consciente y personal-. Ello, no obstante el escenario haga presumible que dicho titular del bien consentiría, aunque ya no importe cómo lo haría a causa del vicio insanable del desprecio de la certeza (uno que deja su coche con el motor en funcionamiento para hacer un *test* de resistencia y se marcha hacia la casa de un vecino, mientras el autor entra en la cochera y apaga el motor, creyendo que se trataba de un olvido, pues de proseguir así el coche podría quedar roto, aunque pudiera llamar el propietario que se encontraba cerca y hacerle saber lo ocurrido). Además, la prestación *post facto* de la autorización es irrelevante en cualquier caso.

3. Relevancia del consentimiento presunto en la actividad médica

Expuestas ciertas generalidades del tema en comentario así como las principales consideraciones que realiza la doctrina al respecto y a efecto de tener una panorama más claro que nos permita comprender los casos suscitados en la práctica, procederemos a centrarnos en la labor protagónica que asume aquél, dentro de la actividad médica⁵⁶⁸, siendo, como ya hemos aludido, el *escenario donde se requiere una atención de urgencias y el paciente se sitúa en un estado de inconsciencia que impide conocer su voluntad*, donde encuentra su nivel más alto.

Dicho lo precedente, tenemos que, con frecuencia sucede el escenario donde el facultativo se encuentre con situaciones límite en las que es imposible esperar recabar el consentimiento del paciente, de sus familiares o en su caso –por ejemplo, menores de edad o incapaces-, el de sus representantes legales, ya que de hacerlo podría ponerse en peligro su vida. Se refieren en este sentido, como ejemplos, los casos de la persona que llega inconsciente a un

⁵⁶⁸ Anticipamos que, si bien es cierto que, respecto a este rubro estamos de acuerdo con ciertos argumentos sostenidos por la doctrina mayoritaria –considerar el consentimiento presunto como una causa de justificación-, así como con los ejemplos que brindan sus autores para ilustrar las diferentes situaciones en donde se actúa bajo éste tipo de asentimiento, dicha adherencia es sólo de manera parcial, ya que consideramos firmemente que cuando se aterriza en el campo de la práctica médica hay que dedicar especial atención y tratamiento, simplemente por la jerarquía de los bienes jurídicos que están en juego, tal es el caso de la vida y la salud, sin añadir que la medicina es una ciencia muy compleja que ve incrementada dicha dificultad cuando hablamos en su modalidad urgente, que, como hemos venido haciendo alusión, es aquí donde generalmente el consentimiento presumido adquiere relevancia.

hospital víctima de un accidente y que para salvarle la vida es necesario realizar *urgentemente* una operación quirúrgica, o de la intervención consentida que demuestra la incorrección del diagnóstico previo y requiere *en ese preciso momento* la necesidad de llevar a cabo una operación diferente a la inicialmente consentida, estando el paciente bajo los efectos de la anestesia e inconsciente y sus familiares ilocalizables⁵⁶⁹. También se incluyen, sobre todo en la doctrina penal alemana, los supuestos en los que no puede ser recabado el consentimiento del paciente basado en un completo conocimiento de los hechos, debido a que la explicación íntegra relativa a la naturaleza y alcance del padecimiento vendría a menoscabar previsible y considerablemente el resultado del tratamiento por el efecto del choque que supondría el relato de toda la verdad⁵⁷⁰. Todos estos casos y otros que se pueden plantear ponen de manifiesto una situación que, “*en la mayoría* –no en la totalidad- de los supuestos hay que justificar”.

Como criterios para la determinación del consentimiento presunto se citan: a) respecto de las decisiones vinculadas a la situación objetiva, la regla de que puede actuar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante objetivamente del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular de dicho bien; b) respecto a las decisiones vinculadas a la personalidad, el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión. En todo caso, la situación se expande más cuando se trata de lo que ROXIN denomina decisiones existenciales que son, fundamentalmente, las que tienen nuestra atención y que *son determinaciones sobre la vida y la muerte*, como las que se pueden presentar en el caso ya propuesto de operación de personas que están inconscientes, y no se puede esperar a que recuperen la conciencia, aquí no se debe negar el derecho a

⁵⁶⁹ Vid., JORGE BARREIRO, Agustín. “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”. En, *Cuadernos de política Criminal*, número 16, 1982, p. 20.

⁵⁷⁰ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., p. 417.

efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo, desde el punto de vista de otras iniciativas vinculadas a la personalidad; pues la muerte del paciente es irreversible y *únicamente coincidiría con su voluntad en los casos más raros o infrecuentes*. Tan allá lleva esta apreciación al penalista de la Universidad de Múnich que se sitúa en una posición minoritaria en la doctrina alemana al asegurar que no es correcto atender a, si se puede obtener un indicio cualquiera –por ejemplo, consultando a los allegados- que permita deducir la posición general del paciente al respecto, incluso conociendo que el enfermo es miembro de una secta, o que con anterioridad haya manifestado en una ocasión que prefería morir a seguir viviendo, pues *nunca se puede saber cómo decidiría realmente ante la perspectiva de la muerte*; por ello «la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se salve la vida -o se mejore la salud-, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior – incluso morir-»⁵⁷¹. Bastante más restrictivo es JAKOBS en sus planteamientos al estimar punible la conducta del médico con consentimiento presunto, pero contra la voluntad real, cuando, por ejemplo, amplía el alcance de la intervención, a partir de lo que halla en una operación, como lo hallado era de esperar, habría debido hablar sobre ello con el paciente antes de la operación; el paciente no habría consentido; si se conocieron todas las circunstancias, lesiones dolosas; sino imprudentes⁵⁷². En la afirmación de éste caso puntual, discrepamos con el pensamiento de JAKOBS, ya que, a pesar de los avances científicos y tecnológicos que, por supuesto, también encuentran aplicación en la Ciencia Médica, en no muy pocos casos de intervenciones quirúrgicas en la práctica galénica es posible encontrarse con un escenario distinto al que *ab initio* se había diagnosticado; otra cosa es que *a posteriori* se analice la posible responsabilidad del galeno por no haber realizado un diagnóstico certero –en donde se podrá sancionar por negligencia en el error del pronóstico-, pero de inicio la ética médica, el principio de beneficencia bajo el cual son formados los médicos y lo que llamaríamos la propia *inercia del facultativo médico* –es decir, éste actúa en base a las dos premisas anteriores y la realidad es que en momentos de urgencia difícilmente se plantea el hecho de sí, violará al

⁵⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 775-776.

⁵⁷² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 543.

paciente su libre autodeterminación, por consecuencia, procede a favor de preservar la salud o en su defecto de salvar la vida- exigen -y de hecho comúnmente así responde el pensamiento y actuación de los facultativos- atender el problema que por su complejidad no puede postergarse.

Ciertamente, como afirma MORILLAS CUEVA⁵⁷³; la compleja elaboración teórica del consentimiento presunto al que sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad, como una causa de justificación autónoma y peculiar dentro de la estructura delictiva, los problemas que plantea en su aplicación práctica sobre los presupuestos teóricos analizados, la necesidad de acudir a la realización de un juicio hipotético del paciente para concretar la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría que, a veces, es una mera ficción, como hemos apreciado en la narración de ROXIN, han hecho que, como tal y en la actividad médico quirúrgica, sea cuestionado por la doctrina española que ha preferido, y con razón, responder a estos supuesto de exención de la responsabilidad criminal mediante la figura, mucho más concreta y perfectamente definida legalmente, del estado de necesidad justificante del número 5º del artículo 20⁵⁷⁴, en el que la cuestión deriva a la ponderación de los bienes enfrentados; todo ello referido, lógicamente y según la posición que mantenemos, al delito de coacciones.

4. Toma de posición

De ninguna forma es objeto de este epígrafe, concluir sobre los supuestos en los que el enfermo entra en estado de inconsciencia tras haber manifestado su voluntad en un documento que refleja sin equívocos los términos de la misma para el caso de que no pudiera manifestarla. Ya que, estos supuestos no plantearían problema alguno en tanto que la declaración *ex*

⁵⁷³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Aspectos penales... Op. Cit.*, p. 799; el mismo en, *Relevancia penal del consentimiento... Op. Cit.*, p. 119.

⁵⁷⁴ Véase, entre otros, a JORGE BARREIRO, Agustín. *La relevancia... Op. Cit.*, pp. 21-22. COBO DEL ROSAL, Manuel y CARBONELL MATEU, Juan Carlos. En, AA.VV. *Derecho Penal. Parte Especial* 3ª ed., Madrid, 1990, p. 597. Dichos autores, distinguen en estas intervenciones quirúrgicas necesarias en las que no es posible recabar el consentimiento entre si termina con éxito, atipicidad de la conducta, o en fracaso, estado de necesidad. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 524. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 384.

ante facto se proyecte al momento en que ya no puede expresarla, casos en los que no cabe más que ultimar que el galeno estaría obligado a su respeto. De hecho una de las novedades más relevantes introducida por la Ley 41/2002 fue la fijación de los requisitos para el reconocimiento de la validez de las manifestaciones anticipadas de voluntad, denominadas como “documentos de instrucciones previas”⁵⁷⁵. Con ella, la Ley vino a incorporar al ámbito nacional español una previsión que ya se contemplaba en el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo)⁵⁷⁶, y que en el ámbito autonómico ya contaba con precedentes de las Comunidades Autónomas de Cataluña,

⁵⁷⁵ De acuerdo al artículo 11 de la Ley: «1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas; 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito; 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al Ordenamiento Jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia de las anotaciones relacionadas con estas previsiones; 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento, dejando constancia por escrito; 5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud». En definitiva, creemos que el concepto de instrucciones previas va más allá de las connotaciones meramente jurídicas, para alcanzar, de lleno, las teorías más avanzadas respecto a la autonomía de la voluntad de la persona y su libertad manifestada a través de la capacidad de elección y decisión. En un estudio específico y comparativo con otros países del entorno español, así como con las distintas leyes autonómicas que abordan el *ítem* ahora estudiado, véase a VILLAR ABAD, Gloria. “La regulación de las instrucciones previas en la Ley 41/2002”. En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004, pp. 321-364.

⁵⁷⁶ Conforme a dicho artículo, cuando, en el momento de la intervención médica el paciente no pueda expresar su voluntad habrá de atenderse a los deseos que previamente haya manifestado en relación con el tipo de intervención de que se trate.

Madrid, Galicia, Aragón, Navarra, Extremadura y La Rioja, y a la que desde el año 2003 se ha sumado la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵⁷⁷.

Así por citar un ejemplo; tenemos que, el dato de que el enfermo sea Testigo de Jehová no podría justificar, por sí sólo, que no se le practique el tratamiento indicado. Porque del hecho de que esa persona profese una religión que incluye entre sus dogmas la negativa a las transfusiones sanguíneas no puede deducirse que cuando en el caso concreto se vea en una situación de urgencia que demanda dicho tratamiento, esté decidido a renunciar al mismo para así respetar estrictamente a los mandatos de su confesión. Distintas deben valorarse las cosas cuando el Testigo de Jehová porta un documento o, como sucede frecuentemente en la práctica, una medalla inscrita en la que consta que no quiere ser sometido a transfusión sanguínea aun en el supuesto de urgencia vital. Sin prejuicio de cuanto más adelante estos casos los consideremos como un estado de necesidad, será suficiente decir por ahora que en tal situación sí puede considerarse que existe una declaración de voluntad actualizada, que como tal el médico debe respetar.

De esta forma tenemos que, contrario a las anteriores situaciones, en donde las cosas están medianamente más claras -ya que el médico puede conocer cuál era la decisión del paciente a través de la figura de las instrucciones previas y actuar en base a ellas- y sin que esto sea obstáculo para hacer una pequeña referencia dentro de la investigación que ahora nos ocupa este grupo de casos; por ser los que en la práctica causan mayores dificultades, *nos concentraremos en aquellos presupuestos en donde el enfermo se encuentra inconsciente en el momento que se plantea la necesidad de la intervención y aunado a que él mismo no ha manifestado su voluntad para tal caso, no existe manera alguna de conocer su decisión ni la de sus*

⁵⁷⁷ Véase la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. Conforme a su artículo 2 «se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad». Puede verse un comentario a la misma en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. "La Ley Andaluza de Declaración de Voluntad Vital Anticipada". En, *Revista electrónica de geriatría*. Volumen 6, número 1, 2004, pp. 1-18.

familiares, allegados o la de su representante legal, es decir, el enfermo está ante el médico como un perfecto anónimo sin que éste pueda en ese preciso instante de la urgencia –es decir no hay tiempo para prorrogar la atención, como podría ser el hecho de recurrir a la autoridad judicial- poder conocer más acerca de la voluntad de aquél, ni de quien pudiera legalmente decidir por él.

De esta forma, pensando en estos escenarios; en el marco internacional, acertadamente el artículo 8 del 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, dispone que: «Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada».

En el panorama nacional español, ante la ausencia de cualquier previsión específica del problema en el Código Penal, la única referencia que existía en la legislación ordinaria hasta el año 2002 era la Ley General de Sanidad, que más que ofrecer un punto de apoyo con el que solucionar su problemática contribuía a enturbiarla, dificultando aún más la labor del intérprete. En efecto, el artículo 10.6 de dicha Ley, derogado por la Ley 41/2002, exceptuaba la regla general de que el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento en los casos señalados en el apartado 6 del mismo artículo: «a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no esté –el paciente- capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas: c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».

En el mes de octubre del año 2002 se aprobó la Ley 41/2002 o LRAP, en la que se incluye una referencia expresa al problema, que, si bien con modificaciones, se inserta básicamente en la línea de lo que ya recogía la Ley General de Sanidad. Conforme al apartado 2 del artículo 9 de dicha norma:

«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:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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

Por otra parte, conforme al apartado a) de artículo 9.3, el consentimiento se otorgará por representación:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho⁵⁷⁸.

Sin embargo, como apunta GÓMEZ RIVERO⁵⁷⁹ pese a la incorporación de dichas previsiones, lo cierto es que ni antes la Ley General de Sanidad, ni actualmente la Ley 41/2002, establecen de forma inequívoca la forma en que

⁵⁷⁸ Merece la pena que nos detengamos en la expresión “las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho” por la relevancia que esta tiene, pues dichas personas a través de la potestad que les otorga la Ley, serán destinatarias de derechos que en principio son personalísimos y que operaran de manera determinante en la persona del enfermo. La Ley 41/2002 no sólo no concreta el concepto, sino que tampoco nos ofrece pauta alguna de actuación o gradación en los casos en los que concurren más de uno de estos familiares o personas de hecho vinculadas al paciente. Con más amplitud sobre esta indeterminación véase a ATELA BILBAO, Alfonso y GARAY ISASI, Josu. “Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática”. En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004, pp. 48-50.

⁵⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 178.

haya de actuarse en tal caso o, si se quiere, los criterios con los que configurar el sentido de la voluntad que el enfermo no puede expresar. No es por ello de extrañar que en la doctrina española como en la de aquellos países en los que la Ley no precisa con claridad la forma de integrar en tales casos aquélla, existan posiciones encontradas al respecto.

Así, mientras una parte de los autores entienden, que habrá de recurrirse para legitimar la intervención sobre el enfermo inconsciente, a un *estado de necesidad justificante*⁵⁸⁰, derivado de la ficción propia de un juicio hipotético en torno a, si de estar consciente, asentiría en el tratamiento, *otra parte de la doctrina denota la necesidad de creación de un tipo específico que de puntual regulación al tratamiento curativo arbitrario como lo contempla el Código austriaco y portugués*⁵⁸¹. Aunado a estas dos opciones, es posible encontrar una tercera, defendida, por ejemplo, en la doctrina italiana por DEL CORSO, que a partir del entendimiento de que en la relación médico-paciente aquél ostenta siempre una posición de garantía, tal autor italiano sostiene que en tal caso el médico está obligado a intervenir, si bien las condiciones en que se produce tal intervención (situación excepcional de urgencia, estado de inconsciencia del paciente), determina que su obligación de actuar se ciña exclusivamente a realizar los actos mínimos y necesarios para mantenerle con

⁵⁸⁰ Vid. a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 413-414., CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Ob. Cit.*, p., entre otros autores. Y es un estado de necesidad justificante debido a que lo que plantea la defensa para eximir de responsabilidad criminal del galeno, es precisamente la ponderación de los bienes jurídicos: vida frente a la libre autodeterminación del paciente.

⁵⁸¹ JORGE BARREIRO, Agustín. *Imprudencia penal del médico en diversos tipos delictivos. La responsabilidad civil y penal del médico. Horizontes de futuro*, jornada profesional organizada por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid con ocasión de su centenario, Madrid, 3 de noviembre de 1998. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Aspectos penales... Op. Cit.", p. 800 *in fine*. Del análisis de las ideas expuestas en esa importante investigación realizada en recuerdo al Profesor Ruíz Antón, se desprende que, el catedrático granadino acepta de manera parcial esta postura donde expresa textualmente lo siguiente: «Lleva en parte razón la autora citada, – se refiere a ASÚA BATARRITA en donde está última, niega la necesidad de la creación de un tipo específico sobre el tratamiento curativo arbitrario, por existir otros mecanismos menos represivos que el Derecho Penal, como los civiles y administrativos, para prevenir la realización de dichas prácticas médicas arbitrarias- Sin embargo, a pesar de compartir con ella esa razón, no cree innecesaria la posibilidad de crear un tipo específico que aclare la ambigua situación actual, que delimite los contornos entre los atentados a la vida o a la salud y a la libertad personal, que fije con todas las cautelas y también la experiencia doctrinal y comparada, los requisitos y excepciones del consentimiento».

vida en espera de que pueda prestar su consentimiento⁵⁸². Con esta tercera opción, en definitiva, lo que se defiende no es otra cosa que un estado de necesidad cuyos límites se definen de forma singularmente restrictiva.

Teniendo en cuenta las anteriores opciones que maneja la doctrina en relación con la figura del consentimiento presunto y específicamente en el caso puntual al que hicimos alusión *supra* (relacionado con el escenario donde, por una parte tenemos la situación de urgencia –*siendo improrrogable su atención*– donde el paciente sólo se encuentra separado entre la vida y la muerte por la actuación o no del médico y por otra, que claramente empeora el escenario, tenemos que el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia⁵⁸³ en el cual obviamente, le es imposible expresar su voluntad, ni tampoco se está en posibilidad de contactar con quien pueda legitimar⁵⁸⁴ –personas vinculadas a él

⁵⁸² DEL CORSO, "Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica". En, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, Milán, 1987, pp. 567 y ss.

⁵⁸³ En la misma línea y orden de ideas, se nos ocurre un acertado ejemplo que también se presenta en la práctica médica. Tal es el caso del bebe de 4 meses de nacido que fue encontrado abandonado en la calle en un estado crítico de salud, a lo cual es trasladado a un hospital y el médico tiene que intervenir de urgencia para mejorar su salud o en su defecto y atendiendo a las situaciones que nos ocupa, salvarle la vida. Es verdad que el menor aunque no se encuentra inconsciente, es evidente que por su corta edad no puede hablar ni escribir y por ende no tiene forma alguna de manifestar su consentimiento y tampoco existen representantes legales que determinen el proceder del galeno.

⁵⁸⁴ *Vid.*, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 185. En este tenor la autora española señala que, teniendo en cuenta lo complicado que resulta advertir que en los supuestos en que el paciente no haya designado un representante legal, conferir sin más poder decisorio al médico o, como hace el artículo 9.3 a) de la LRAP, a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, puede dar lugar a decisiones poco respetuosas con aquella voluntad. (Todo ello sin desconocer, además, que dicho precepto no establece un orden entre esas personas para los casos en que no exista acuerdo, lo que puede generar la incertidumbre adicional acerca del modo en que haya de procederse en tales casos. Véase al respecto DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho Sanitario... Op. Cit.*, p. 308.) Ciertamente estamos de acuerdo con esta afirmación, pero estimamos que en el caso que estamos estudiando no encontraría aplicación, ya que, como hemos matizado claramente en el escenario que suponemos –y porque comúnmente se presenta en la práctica médica– no tan sólo no se cuenta con la designación de un representante legal previamente hecha por quien requiere atención sanitaria, sino que, tampoco se cuenta con personas vinculadas al enfermo por razones familiares o de hecho, cuestión que nos lleva a concluir que si no existen en ese momento tales personas o no es posible saber su decisión –a pesar de los problemas que puede representar la existencia de los mismos, por no haber un orden establecido en la propia LRAP–, no se violaría dicha facultad que legalmente se les reconoce. Con el objeto de dar una posible respuesta a la situación planteada *ab initio* por María del Carmen Gómez Rivero y sobre la cual nos adherimos, no hace falta quien haya propuesto que para dar algún tipo de cauce procedimental a la situación que legitimara dicha opción sería factible instaurar comités

por razones familiares o de hecho, representante legal, etcétera); es decir, *no considerando aquellos supuestos en donde de alguna forma –cualquiera que sea*⁵⁸⁵, *el médico pueda, directa*⁵⁸⁶ *o conjuntamente*⁵⁸⁷, realizar una valoración objetiva sobre cuál sería la decisión del paciente, ***manifestamos que nos adherimos, a la posición doctrinal que sugiere la creación de la figura de un tipo específico que dedique atención al tratamiento curativo arbitrario, en los términos que dispone el artículo 156, 2. a) del Código Penal portugués***⁵⁸⁸, *que una vez suscitado los casos que venimos estudiando y, atendiendo a la exégesis del mencionado precepto se desprende que, el médico quedaría exento de responsabilidad criminal y por lo tanto **su actuación la consideraríamos atípica***⁵⁸⁹ no siendo necesario siquiera

éticos que, oídos los familiares y el facultativo, deban decidir sobre la terapia más indicada. *Vid.*, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “*Libertad de terapia...* *Op. Cit.*, p.131.

⁵⁸⁵ Como podría ser incluso la historia clínica del paciente, documento que por las circunstancias del caso no existe en ese momento, *de tal modo que el médico se tiene que ceñir a lo que denominaríamos: la voluntad que manifiesta su estado de salud en ese momento.*

⁵⁸⁶ Mediante algún medio que denote de manera indubitable la existencia de la voluntad del paciente, como puede ser, el documento al que la Ley 41/2002 denomina “instrucciones previas” –ya referidas sus particularidades-, con la excepción de que si se tratará de un menor de edad el que requiriese de atención médica de urgencia en la situación descrita *supra*, no se le podría ubicar dentro de este supuesto, ya que la mencionada Ley dispone -para la elaboración de dicho documento- que la persona tiene que ser mayor de edad y gozar de capacidad legal.

⁵⁸⁷ Por ejemplo, cuando pide permiso a la autoridad judicial para su proceder profesional o integrando parte de los comités de ética donde los familiares y el facultativo deciden sobre el destino de la salud del enfermo.

⁵⁸⁸ Promulgado por la Ley 35/1994, de 15 de septiembre, lo regula de manera parecida en el artículo 156, como intervenciones y tratamientos médico-quirúrgicos arbitrarios, dentro del capítulo IV –De los crímenes contra la libertad personal- Parte Especial «Las personas indicadas en el artículo 150 que, en vista de las finalidades en el apuntadas, realizaren intervenciones o tratamientos sin el consentimiento del paciente serán castigadas con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa. 2. **El hecho no es punible cuando el consentimiento: a) sólo puede ser obtenido con aplazamientos que impliquen peligro para la vida o peligro grave para el cuerpo o la salud;** o b) haya sido dado para cierta intervención o tratamiento teniéndose que realizar otro diferente por haberse revelado impuesto por el estado de conocimientos y de experiencia de la Medicina como mejor para evitar un peligro para la vida, el cuerpo o la salud, y no se verifiquen circunstancias que permitan concluir con seguridad que el consentimiento sería denegado. 3. Si, por negligencia grosera, el agente se representará falsamente los presupuestos del consentimiento, será castigado con la pena de prisión hasta seis meses o con multa de hasta 60 días. El procedimiento criminal depende de queja».

⁵⁸⁹ En el orden de ideas que forman nuestra postura hay quien piensa bajo la misma concepción, como DE LA MATA quien considera que: «El texto penal exige una intervención

someter su proceder, en estos casos puntuales, a la evaluación de una posible, siempre virtual, y compleja, ponderación de intereses –voluntad *versus* bienestar- o bienes jurídicos –vida y salud frente al de la libertad (según la postura que adoptamos ya referida *supra*: sería el delito de coacciones)- que supondría recurrir a la figura del estado de necesidad justificante establecida en el artículo 20.5 del Código Penal español. Estimamos, que la conducta realizada por el galeno es atípica, debido a que, estando de por medio una situación de **urgencia e incomunicación total** que permita conocer la voluntad del titular, familiares o personas de hecho vinculadas a él, atribuimos la misma efectividad a esta forma de asentimiento presumida que la que posee el consentimiento efectivo –es decir, el recabado por quien legalmente puede disponer del bien jurídico, donde, como hicimos alusión en el desarrollo de ésta investigación, despliega sus efectos en la atipicidad de la conducta-. Esto se debe, a que el médico, independientemente de lo “injusto” que sería -jurídicamente hablando- atribuirle responsabilidad criminal en una situación en donde no hace más que tratar de realizar lo que este a su alcance para preservar la salud o la vida del enfermo, claro está, que actúa –casi como acto reflejo- en función de un consentimiento presumido y emanado de su propia ética médica, que en casos análogos como los que ahora estudiamos, en donde está de por medio la salud y la vida de un ser humano, siempre será preferible actuar en *pro* de estos dos bienes de gran relevancia jurídica-penal⁵⁹⁰. Es más, y ante el debate doctrinal existente relacionado con

violenta o intimidatoria, difícilmente comprensible con la actividad médica, estimando que, en estos supuestos, puede jugar un papel importante para **excluir la responsabilidad penal del personal sanitario el consentimiento presunto, determinado a partir de estándares médicos**». Vid. DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y DE LA MATA BARRANCO, Isabel. “Tratamiento médico y consentimiento presunto. Idoneidad del consentimiento presunto para excluir la responsabilidad penal del personal sanitario en casos de intervención médica sin consentimiento expreso”. En, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, número 60, 1994., pp. 45-57.

⁵⁹⁰ En este sentido, ROXIN denomina a este tipo de cuestiones “decisiones existenciales” y que son determinantes entre la vida y la muerte. El Catedrático de Múnich afirma que «no se debe negar el derecho a efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo, desde el punto de vista de otras iniciativas vinculadas a la personalidad; pues la muerte del paciente es irreversible y únicamente coincidiría con su voluntad en los casos más raros o infrecuentes». Continúa ROXIN puntualizando que «la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que salve la vida, lo que deja abierta al mismo la decisión posterior –incluso morir-». ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 775-776.

considerar –que en principio sería lo más oportuno- que, lo que en estos supuestos se vulnera es la voluntad del paciente y por ende el facultativo sólo podría llegar a ser responsable por quebrantar la libertad de aquél a su autodeterminación (coacciones⁵⁹¹), pensamos que el galeno ni siquiera se plantea la posibilidad de fracturar esa voluntad; es decir, la única intención que aflora en ese instante es la de preservar la vida y la salud que quien en ese momento se adolece.

Por otra parte, creemos que existe algo implícito dentro de la letra del propio artículo 156 del Código Penal portugués y que por supuesto consideramos oportuno manifestar con el objeto de brindar mayor sustento a nuestra propuesta e incluso, cuestionar los argumentos de quienes, **en estos casos**, son un tanto conservadores y se cierran a esta otra posibilidad⁵⁹² –dar eficacia atípica al consentimiento presunto- recogida de la verdadera realidad de la práctica médica, manifestando que, la conducta del galeno en este escenario se adecuaría al delito de coacciones por prevalecer una vulneración a la libre autodeterminación del paciente. Así, lo que se puede deducir del análisis del precepto legal portugués es que, ante la decisión “arbitraria” que realice el profesional sanitario ni siquiera se plantea la exigencia de que éste actúe bajo las reglas de la *lex artis o lex artis ad hoc*. Pensamos que esto obedece a una razón muy sencilla y que la mayoría de las veces, cuando es menester que el Derecho intervenga en la regulación de las conductas -como los casos que ahora nos ocupan- es pasada por alto. En principio, tenemos que

⁵⁹¹ Respecto a la consideración de esta figura delictiva y con relación a algunos supuestos de consentimiento ineficaz, por información insuficiente, de consentimiento incompleto, de falta de consentimiento por olvido del facultativo, de consentimiento conseguido mediante engaño de conductas de escasa firmeza frente al bien jurídico protegido, resulta de interés el matiz que realiza Lorenzo Morillas Cueva, quien contrario a lo que piensa Agustín Jorge Barreiro (“*La relevancia jurídico-penal...* Op. Cit., p. 18.) afirma que «difícilmente se pueden contemplar como compatibles con el delito de coacciones y tendrán se mejor ubicación en vía civil o administrativa. Aquellas, las coacciones, han de quedar para los supuestos de mayor intensidad, en razón al principio de intervención mínima del Derecho Penal, y serán los que se impongan contra la voluntad del paciente y con un cierto riesgo de resultado negativo». MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “*Relevancia penal del consentimiento...* Op. Cit., p. 113 *in fine*.”

⁵⁹² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 185. Señala la autora: «En efecto, fuera de los casos señalados –se refiere a otro grupo de casos relacionados con el consentimiento presunto-, resulta “imposible” –las comillas son mías- fundamentar en términos estrictamente objetivos la solución al conflicto de intereses que impregna el binomio respeto de la voluntad del paciente-preservación de su salud».

tener claro que la Medicina no es una Ciencia exacta⁵⁹³ y que si bien es cierto que se tienen que seguir ciertos estándares de actuación –como las reglas de la *lex artis*- a efecto de dar su lugar pertinente al proceder “aconsejado” frente a la “sintomatología general”, la verdad –y la experiencia médica puede constatar esta afirmación- es que en no pocos casos lo que disponen dichos estándares no es lo más conveniente en ese preciso momento. Prueba de esto es que en múltiples ocasiones el galeno procede a su real saber y entender derivado de su experiencia profesional, haciendo un lado lo que enuncian las mencionadas reglas y el resultado es favorable, incluso mejor que si se hubiera procedido como los patrones de conducta médica lo establecen.

Dicho lo anterior, y complementando nuestra posición, tenemos que, no quiere decir que se le otorgue plena y libre disposición al médico para decidir de la manera que él quiera sobre el paciente como si éste fuera algo de su propiedad, sino que al galeno, ante la inexactitud de la Ciencia Médica⁵⁹⁴ -y la complejidad que representan estos casos donde podemos decir que éste, sin referencia alguna que fundamente su proceder, “atendiendo únicamente a la voluntad que el cuerpo del paciente manifiesta y demanda en ese preciso instante”⁵⁹⁵ -sólo se le puede exigir que: su actuar este tutelado por el principio de beneficencia-no maleficencia⁵⁹⁶- y que de su proceder no se desprenda una

⁵⁹³ Simplemente por esto es que las reglas de la *lex artis* son meras guías enunciativas de lo que puede ser mejor, más no limitativas, y por consecuencia lleguen a prohibir lo que la experiencia del galeno pueda considerar más preciso en el caso concreto; siempre y cuando –y por establecer un límite- su actuar no sea claramente manifiesto de negligencia, imprudencia o impericia.

⁵⁹⁴ Está claro que la Medicina no es como la física o las matemáticas, en donde siempre que tengas unos datos –que sería el paciente con las características de su estado de salud en el momento de requerir atención- apliques una fórmula –que en medicina correspondería a las reglas de la *lex artis*-correctamente el resultado será cien por ciento certero y sin margen de error –cuestión que en el ser humano, es muy complicada, simplemente por los múltiples factores que hacen único y distinto a cada ser vivo-.

⁵⁹⁵ Por lo tanto y como afirma María del Carmen Gómez Rivero, «conviene precisar que la prevalencia de la voluntad del enfermo contraria a lo que médicamente resulta indicado **no puede basarse exclusivamente en cualquier tipo de indicios, sino sólo en los que de forma sólida** –que por supuesto en el consentimiento presunto, de inicio, no existen los mencionados indicios- reflejen de manera inequívoca el contenido de la voluntad de aquél». GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 182 *in fine*.

⁵⁹⁶ Estamos de acuerdo con Galán Cortés cuando apunta que, en todo análisis y estudio del consentimiento informado, aunque sea en su vertiente jurídica, resulta obligada, cuando menos, una reflexión bioética inicial, pues no debemos olvidar que la obligación que tiene todo

“clara” imprudencia⁵⁹⁷, negligencia o impericia, donde, de lo contrario se estaría a lo dispuesto por las intervenciones con resultado negativo, sin consentimiento y con tratamiento incorrecto⁵⁹⁸. Así bien, las ya mencionas reglas de la *lex artis* cumplirán la finalidad de su esencia por las que fueron creadas: meros

médico de obtener el consentimiento informado de su paciente es una obligación primariamente ética. De esta manera y en lo que respecta al *principio de beneficencia* tenemos que, éste consiste en *buscar la aplicación de los mejores intereses del paciente, exclusivamente desde el punto de vista de la Medicina*, sin tener presente el proyecto vital de cada individuo, ni sus preferencias o decisiones personales. Para este modelo, la Medicina proporciona una visión objetiva sobre los mejores intereses del paciente, lo que equivale a decir que este punto de vista trasciende a los criterios y creencias particulares de cada médico concreto, *para alinearse en el criterio común de la ciencia*, en función del desarrollo y el estado de la vida en cada momento. Por citar un ejemplo de aplicación del principio de beneficencia encontramos que, la actuación del galeno ante un Testigo de Jehová que en su caso, precisara una transfusión de sangre, por un cuadro de anemia importante, sería la de proceder a esa transfusión, con absoluta independencia de que éste se negare a recibirla, y ello de acuerdo con el mencionado principio que preside su actuación, para la búsqueda de los mejores intereses del paciente. Tal actitud sería la adecuada desde una perspectiva médica objetiva si seguimos estrictamente este modelo de conducta. Cfr. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...Op., Cit.*, p. 44. Éste principio –y hacemos referencia a él por adaptarse perfectamente al ejemplo que estudiamos- va de la mano con lo que algún autor denomina el “instinto de la autoconservación”, criterio que de forma objetiva y racional se orienta a presumir la voluntad del paciente de seguir viviendo –o, agregaríamos también: mejorar su salud- en tanto no conste lo contrario. Vid. MANTOVANI, Ferrando. “Aspetti penalistici”. En, *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*. Napoli, 1983, p. 166.

⁵⁹⁷ Par que se considere un hecho imprudente es preciso, por una parte, que el sujeto infrinja (consciente o inconscientemente) una norma o deber de cuidado y, por otra, además, que concurra la previsibilidad de realizar el hecho típico. Con más amplitud sobre todos los factores que permean a la conducta imprudente véase el estudio de DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. “*El médico ante el Derecho Penal... Op. Cit.* pp. 151-168. También, con matices jurisprudenciales sobre los principios generales de la imprudencia médica véase a VENTAS SASTRE, Rosa. “Imprudencias sanitarias con resultado de muerte o lesiones”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 321-330.

⁵⁹⁸ Por todos, véase el relevante análisis que realiza MORILLAS CUEVA al analizar éstos grupos de casos, donde matiza que, en una intervención curativa, con o sin la aprobación del paciente –en el consentimiento presunto obviamente se carece de esa manifestación de voluntad por parte del titular o quien legalmente está autorizado para hacerlo- se produce una actuación imprudente o dolosa eventual, se estará a los preceptos del Código que regulan este tipo de imprudencia o de forma dolosa. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “*Aspectos penales... Op. Cit.*, p. 791. Lo único que modificaríamos a efecto de dar coherencia a nuestra postura, es que se omitiría el requisito relacionado con la necesidad de que el galeno se tenga que adaptar fielmente a los estándares de la *lex artis*, sustituyéndolos por la condicionante de que sea el principio de beneficencia-no maleficencia quien deba amparar su actuación

protocolos de actuación⁵⁹⁹ que “sirven de referencia” en el ámbito y ejercicio de la profesión sanitaria.

Hay quien, aunque no de forma expresa, si implícitamente validan la posibilidad de que el consentimiento presunto en estos casos pueda producir efectos atípicos. Así, GALÁN CORTÉS⁶⁰⁰ se pronuncia en el sentido de pensar que «resulta muy discutible que un tratamiento médico curativo, ajustado a la *lex artis ad hoc* –subrayando que en nuestra postura, dichas reglas cumplirían distinta función a la normalmente exigida-, puede subsumirse en un tipo de lesiones u homicidio, por lo que en todo caso sería el tipo del delito de coacciones el más adecuado». Del análisis textual que sobre el tema realiza el autor español, encontramos que, ni siquiera afirma completamente que el médico pueda responder por el delito de coacciones -donde concordamos que sería más adecuado que el de lesiones u homicidio en su caso-, ya que escribe “por lo que en todo caso sería el delito de coacciones” no concluyendo que necesariamente deba de ser ese delito, sino que representa la mejor opción frente a los otros dos tipos que se le pudieran atribuir al galeno. Esto deja la puerta abierta para pensar –y que respalda nuestra postura- que es muy factible que, incluso, el médico no deba responder criminalmente por delito alguno y por lo tanto sea atípica la conducta de éste, ya que ni siquiera se plantea la opción, ni tampoco es su intención, quebrantar la voluntad del paciente.

⁵⁹⁹ Los protocolos de actuación o protocolos clínicos han sido definidos como una “ayuda” explícita para el médico en el proceso de decisión clínica al reducir el número de alternativas diagnósticas y terapéuticas entre las que se ha de elegir, hasta hacerlas en muchos casos, únicas. Cfr. RODRÍGUEZ ARTALEJO, Fernando y ORTÚN RUBIO, Vicente. “Los protocolos clínicos”. En, *Medicina Clínica*, volumen 95, número 8, 1990, pp. 309 y ss. Sin embargo como *supra* señalamos estos son una mera referencia y su utilización como baremo para tratar de justificar una supuesta mala acción del profesional sanitario tiene más sombras que luces. Al respecto de las objeciones que los citados protocolos reciben y su importancia en la determinación de la *lex artis* véase el interesante artículo de MARTÍN LEÓN, Antonio. “Lex artis y protocolos médicos”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 477-486.

⁶⁰⁰ Por todos, véase, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica... Op. Cit.*, p. 384.

Por otra parte, en el ámbito internacional otros –aparte de los ya citados, como el artículo 8 del 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- de los Ordenamientos que se han manifestado sobre el tema encontramos, el artículo 46, ubicado dentro del capítulo IV, denominado “Derechos Humanos” del Código de Ética Médica brasileño decretado por la resolución 1246 de 8 de enero de 1988, el cual: «prohíbe al médico efectuar cualquier procedimiento sin el consentimiento del paciente o de su representante legal, **salvo en caso de inminente peligro**»⁶⁰¹.

Tenemos también lo dispuesto por el Código Penal austriaco, que data de 1 de enero de 1975, y, con la intención de proteger penalmente el derecho de libre disposición del paciente, contempla un tipo penal autónomo que regula el consentimiento curativo realizado sin el consentimiento del paciente en el párrafo 110 dentro del apartado 3º de la Parte Especial, dedicado a las «Conductas punibles contra la libertad» el tratamiento sin autorización, de la siguiente manera: «1º. El que someta a otro a tratamiento curativo sin el consentimiento de éste, aunque sea de acuerdo con las reglas de la Ciencia Médica, será castigado con pena de privación de libertad de hasta seis meses o con multa de hasta 360 cuotas diarias. 2º. Si el autor ha omitido solicitar el consentimiento de la persona tratada en la suposición de que al aplazar el tratamiento se estaría poniendo gravemente en peligro la vida o la salud de ésta, sólo se le castigará de acuerdo con el apartado 1º, cuando el supuesto peligro no haya existido y el autor hubiera podido ser consciente de ello en caso de haber empleado el cuidado preciso. 3º. El autor sólo será perseguido a petición del que fue tratado sin consentimiento».

En el Derecho finlandés (primer Ordenamiento europeo que protegió por Ley los derechos de los pacientes), *la práctica de una intervención terapéutica sin el consentimiento del paciente no se considera punible como un delito*

⁶⁰¹ Inminente peligro tutelado por el gran riesgo que representaría la no actuación del médico, como por ejemplo, el detrimento a la salud y en los casos no poco frecuentes: la vida del paciente.

contra la vida, la integridad corporal o la libertad, debido a la ausencia de una incriminación específica.

Expuestas las ideas que dan fundamento a nuestra postura, podemos incluir algunos otros pensamientos que emanan del análisis de la realidad de la práctica médica y jurídica y, que sirven para consolidar nuestra forma de pensar.

Esta además decir que los médicos hoy en día actúan bajo ciertas limitaciones por el temor a verse inmiscuidos en un problema de responsabilidad profesional⁶⁰² –entre otras cosas, por la gran etiqueta que le es impuesta por la propia sociedad⁶⁰³-, lo que los ha orillado a hacer uso de la

⁶⁰² A propósito de la conflictiva situación entre médicos y pacientes que se vive actualmente y con el ánimo de mitigar los conflictos inherentes a esa desoladora realidad, hay quienes, como punto de partida sugieren desterrar dos grandes mitos profundamente arraigados en el sistema sanitario: «El primero consistiría en la falsa creencia de que los errores médicos se producen en todos los casos por falta de atención, de conocimientos, de medios, etc., de tal forma que si los profesionales y servicios sanitarios se esforzasen lo suficiente, podrían erradicarse por completo los efectos adversos. El segundo apela al efecto aleccionador del castigo y razona que las medidas correctivas y disciplinarias (sanciones penales o administrativas) conducirían a una notable mejora en la seguridad, al atajar ciertas prácticas y canalizar o aumentar la motivación de los profesionales a través del temor a las consecuencias jurídicas o disciplinarias de sus actuaciones». Estas son falsas premisas que, sin embargo se encuentran profundamente arraigadas en el inconsciente colectivo, y bloquean el camino para poder poner en marcha –y este es el modelo que proponen para hacer frente a los fallos detectados en el ambiente sanitario y evitar que los incidentes se repitan- “un sistema destinado a recoger información de sucesos adversos producidos en el contexto de la práctica asistencial”. Cfr. LARIOS RISCO, David. “La seguridad del paciente y el reconocimiento del error en el ámbito sanitario”. En, AA.VV. *Error sanitario y seguridad de pacientes. Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud*. David Larios Risco (Coordinador). Granada, 2009, pp. 2-3. En la misma línea que predica por la creación de un sistema de notificación de eventos adversos como medida de prevención en *pro* de la seguridad del paciente véase la interesante y acertada propuesta de ROMEO CASABONA, Carlos María. “Seguridad del paciente y sistema de notificación de eventos adversos”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, pp. 1137-1153.

⁶⁰³ En nuestros días, **poner una “etiqueta reprochable” para el profesional de la Medicina es más fácil de lo que se piensa**, en donde, la mayoría de las veces se hace de manera injusta, ya que el paciente frecuentemente motivado por razones infundadas –ya sean hechas por el o recogidas de la influencia familiar- y sin tomar en cuenta los diversos problemas que genera para él galeno, para el sistema judicial –**judicialización de la práctica médica**- y para la familia del profesional sanitario (ya que los efectos de los daños causados al galeno, trascienden en el núcleo familiar, -simplemente, porque la sociedad, sea o no declarado responsable por la autoridad, difícilmente volverá a confiar su salud a la persona de éste),

denominada medicina defensiva, generalmente en los casos de que su intervención sea frente a una situación de peligro, en donde por excelencia, basta el ejemplo que ahora estudiamos –situaciones de extrema urgencia con las particularidades *supra* detalladas-. De esta forma y sin detenernos en precisar los graves problemas que vienen aparejados a la práctica de ese tipo de medicina –que será materia de análisis posterior dentro del desarrollo de la presente investigación-, consideramos de suma importancia que se deben dar respuesta jurídico-penal a este tipo de cuestiones cada vez más frecuentes y así, paliar con esas limitaciones que –respeto a la voluntad del paciente, en donde por obvias razones que se desprenden de los casos que hemos hecho alusión como objeto de estudio, no se puede brindar por su titular o por quien legalmente está autorizado para ello- ciertamente, no hacen más que obstaculizar la eficiente práctica médica y llenar los Tribunales de asuntos *sui generis* muchas veces infundados, al grado incluso de **judicializar**⁶⁰⁴ **la ya compleja y noble profesión de la Medicina.**

Finalmente, creemos que la tipificación expresa de la figura del tratamiento curativo arbitrario es conveniente, si verdaderamente se quiere respetar con absoluta garantía la dignidad del paciente⁶⁰⁵ y la funcionalidad de la práctica médica de un modo real y no ficticio (por las múltiples suposiciones que son inherentes a la idea de determinar con certeza que es lo que desearía el titular del bien jurídico que demanda atención sin demoras –urgente- donde ésta inconsciente, no hay manera alguna de conocer cual hubiese sido su voluntad) y dotarse a este respecto de una protección jurídica.

demanda sin un análisis previo y consensuado de su situación particular. (*A posteriori*, dentro de la presente investigación daremos tratamiento a la importancia que tiene el arbitraje médico en estas situaciones).

⁶⁰⁴ Sobre todo en lo que al Derecho Punitivo se refiere, estaríamos pisando el acelerador que hoy en día lleva el coche del **expansionismo del Derecho Penal**; renunciando a los principios de *intervención mínima* y su característica particular de *última ratio*. Esto, porque al no existir un precepto que tutele y declare atípicas éste tipo de conductas seguirían incrementándose el número de demandas –como ya dijimos, muchas veces infundadas- que derivan de la práctica de la profesión médica.

⁶⁰⁵ Porque en el supuesto de que el médico no pueda saber de forma alguna cual es su pensar, siempre será mejor preservar la salud y máxime salvar la vida, que vulnerar su derecho a la autodeterminación.

Incluso la necesidad de la creación del tipo al que hemos venido haciendo referencia, es tal, que de no hacerlo, pondría en duda incluso, si debería existir el consentimiento en su modalidad presunta. Ya que, atendiendo a la etimología⁶⁰⁶ de la palabra *–presumir*⁶⁰⁷- quebrantaría la propia génesis para la que fue creado el mencionado tipo de asentimiento.

⁶⁰⁶ Razón de su existencia, de su significación y forma. *Diccionario de la Lengua Española...*
Op. Cit.

⁶⁰⁷ Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios –donde el único indicio con el que cuenta el médico sería el hecho de tener claro que, debe hacer lo que está en sus posibilidades para preservar la salud o la vida del paciente- o señales para ello. *Ídem., supra.*

**“CUESTIONES DE ATIPICIDAD, JUSTIFICACIÓN Y
EXCULPACIÓN EN LA ACTIVIDAD MÉDICA”**

**SEGUNDA PARTE: CUESTIONES DE EXCLUSIÓN DE
LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN**

CAPÍTULO III

EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

I. Determinaciones generales sobre la antijuridicidad y el tipo

Ab initio, consideramos oportuno matizar que la figura de la antijuridicidad ha sido una de las que mayor incidencia ha tenido en la teoría jurídica del delito, en sus más diversas vertientes: desde su relación con los demás elementos hasta su ubicación dentro de estos, pasando por su carácter objetivo o subjetivo, material o formal. Basta recordar a los clásicos, y especialmente a CARRARA, cuando distinguían entre esencia y contenido del delito, para situar la primera en el ámbito de la antijuridicidad, como contradicción al Derecho; con posterioridad la sistemática analítica de BELING, la estima como un elemento más del tipo perdiendo su carácter de esencia, idea que va a tener, desde diversas perspectivas y planteamientos, continuidad en la actualidad⁶⁰⁸. No obstante lo anterior, MEZGER invierte la relación entre los elementos más objetivos del delito en un puente conceptual que muestra a la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad, para delimitar el delito como la acción típicamente antijurídica –y culpable-; opción que igualmente es asumida por sobresalientes seguidores, bajo diferentes comprensiones, en la doctrina actual. Con el desarrollo de la teoría finalista se propicia una concepción subjetiva de la antijuridicidad que abre las puertas a la segunda gran alternativa en relación a este nivel de la teoría general del delito⁶⁰⁹.

En definitiva, al margen de la ubicación sistemática con que se quiera tildar a la antijuridicidad, su evolución, como bien señala MORILLAS CUEVA, «presenta una tendencia clara en la dicotomía objetivo-subjetiva: inicialmente la doctrina se decanta por una apreciación estrictamente objetiva –juicio hecho sobre la acción realizada por el sujeto ajeno a que éste sea o no culpable-, para pasar, con la aceptación pacífica de los elementos subjetivos, a una idea

⁶⁰⁸ Vid., MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 62.

⁶⁰⁹ Vid., con mayor amplitud a HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid, 1984, pp. 17 y ss. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona, 2001, pp. 17 y ss.

predominantemente objetiva y llegar, como contrapeso de lo anterior, a los planteamientos subjetivos –conciencia de obrar contra el deber que impone la norma jurídica de actuar de un modo determinado, voluntad contraria a derecho-»⁶¹⁰. Pero ninguna de ellas triunfa plenamente en la mayoría de los autores en las modernas concepciones del delito: los que se inclinan por la prioridad de los contenidos objetivos, cada vez se mueven más hacia aceptaciones subjetivistas; y los que lo hacen desde esta última perspectiva no dejan de reconocer los elementos objetivos.

El debate no se enmarca en el superado enconamiento entre el causalismo y finalismo sino, fundamentalmente, en la concepción que se siga sobre la esencia de las proposiciones jurídicas como normas de valoración o normas de determinación. Las primeras abocan a una comprensión objetivizada de la antijuridicidad; las segundas, como imperativos, a una subjetivizada. Pero, la tendencia actual se manifiesta por una línea dualista que admite que el injusto esté integrado por elementos objetivos y subjetivos, que entiende la norma en una cierta convivencia entre juicio de valor y función de determinación y que asume la integración conjunta del desvalor de la acción y del desvalor del resultado en la estructura de la antijuridicidad.

Esbozado lo anterior y para efectos de matizar cual es la postura que adoptaremos dentro de la presente investigación, podemos decir que asumimos la doble variable de carácter objetivo-subjetiva; es decir, con situaciones subjetivas en el injusto, acompañadas, de los relevantes aspectos objetivos de valoración del hecho en concreto. Todo esto consideramos que es político-criminalmente más efectivo⁶¹¹.

⁶¹⁰ Vid., MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 63. Teniendo presente el título del epígrafe expuesto *supra* -antijuridicidad e injusto-, creemos oportuno matizar una diferencia importante -que existe entre ambos- para efectos sistemáticos y que ya realizara Jescheck. La antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal; mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad con su predicado de valor. Sin embargo, los conceptos de antijuridicidad e injusto, que siguen la concepción actual deben separarse; en el uso lingüístico antiguo se empleaban como equivalentes. Vid., con amplitud a JESCHECK, H.H y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 557 y 558. También véase lo expuesto por WELZEL sobre la necesidad de esta diferenciación; quien apuntaba que: “La **antijuridicidad** es una mera relación (una

II. Antijuridicidad: Aceptación y tipos

Desde que FRANZ LISZT señalara la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material conseguir un concepto unitario de dicha peculiar institución jurídica no es labor sencilla. Tradicionalmente la antijuridicidad ha sido considerada como contradicción al Derecho⁶¹². Con semejante inicial perspectiva y al margen del debate objetivismo-subjetivismo, la idea esencial de tal aseveración se ve situada en la susodicha relación de contradicción entre el hecho y el Ordenamiento Jurídico, es decir, desde una óptica **formal** que descansa en ese juicio de valoración sobre la conducta contraria a las prescripciones legales ya sean de carácter activo u omisivo⁶¹³. Sin embargo, esta primera apreciación puede ser incompleta y presentar algunas limitaciones que es necesario matizar, sobre todo en relación al por qué un comportamiento humano es contrario al Derecho⁶¹⁴. Surge de esta manera la propuesta de considerar una segunda concepción de la antijuridicidad, **la material**⁶¹⁵, desde la perspectiva de la dañosidad social de la conducta o, lo que es lo mismo pero más concretado, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

contradicción entre dos miembros de una relación), el **injusto** un sustantivo, éste es la forma de conducta antijurídica misma". *Vid.*, WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. de Bustos Ramírez-Yañez Pérez. 12ª ed., alemana y 3ª castellana. Chile, 1967, p. 78.

⁶¹² Al respecto y con el objeto de abundar en el entendimiento sobre la referida institución, véase con amplitud a MIR PUIG quien elabora un repaso histórico y analítico de aquella con la tipicidad, el bien jurídico y la inexistencia de causas de justificación para su efectividad. *Vid.*, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp.151-173.

⁶¹³ Se afirma de un acto que es formalmente antijurídico, cuando a su condición de típico une la de no estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de las eximentes de tal naturaleza que la Ley contempla en el artículo 20 CPE. Por lo tanto la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el Ordenamiento Jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto. *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 266.

⁶¹⁴ MORILLAS VUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 63.

⁶¹⁵ En sentido material se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que impone el principio de legalidad), lesione o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho quería proteger. De este modo, el concepto de antijuridicidad material se vincula directamente con la función y fin de la norma y no sólo con su pura realidad positiva. La norma persigue un fin social y político criminal: la protección de bienes jurídicos. Gracias a la idea de antijuridicidad material, el delito deja de ser un mero *malum quia prohibitum* y adquiere carácter de comportamiento intolerable para la convivencia. Véase con amplitud a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 268 y ss.

De esta última reflexión, a la realidad positiva que supone la primera de las descripciones se une, en clave de antijuridicidad, el objeto prioritario de la norma, es cuanto a función y fin: la protección de bienes jurídicos, cuya determinación juega un papel relevante en la teoría jurídica del delito.

Las bondades de este último enfoque han sido expuestas con frecuencia por un sector de la doctrina científica que se muestra partidario de la distinción. En tal sentido, resulta interesante la clasificación que realiza MORILLAS CUEVA⁶¹⁶ en relación con las ventajas prácticas que de la antijuridicidad material se derivan y que las estructura de la siguiente manera: a) Supone una referencia de orientación al legislador en la elaboración de los tipos penales; b) Posibilita establecer graduaciones del injusto y utilizarlas dogmáticamente, lo que no es sencillo hacer desde la dimensión puramente formal que no aporta distinciones cualitativas ni cuantitativas –por ejemplo, la sustracción de un vehículo a motor sin la debida autorización y sin ánimo de apropiárselo es contraria a derecho y manifiesta, inicialmente, una antijuridicidad formal sea cual sea el valor del vehículo; sin embargo, desde el punto de vista material la lesión que supone al bien jurídico protegido (patrimonio) es graduable, como lo hace el Código Penal español para el que si el valor excediere de 400 euros es considerado delito del artículo 244 y si, por el contrario fuere menor de esas cantidades, falta del artículo 623.3; c) Señala una función de orientación interpretativa de los tipos penales de acuerdo a los objetivos y los valores que los sustentan, es decir, a los bienes jurídicos seleccionados por el legislador – en el Derecho Positivo español, a diferencia del alemán, expresamente tasadas por el Texto Punitivo-⁶¹⁷.

No podría ser de otra manera en un tema tan añejo y práctico, que ante el debate mostrado en escena existan discrepancias doctrinales. Existe asimismo un amplio sector de especialistas que se muestra renuente a admitir tal separación en clave de dos especies distintas de antijuridicidad. Así COBO/VIVES mantiene que únicamente es posible hablar de antijuridicidad sin

⁶¹⁶ *Ibidem., supra.*, p. 64.

⁶¹⁷ *Vid.*, en este sentido, entre otros autores a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 559-560. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 250-251. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 268-270.

ulteriores calificativos, pues ésta es una sola: toda conducta materialmente antijurídica lo será también formalmente y viceversa, por lo que ambos aspectos son inseparables. Desde tal perspectiva, para calificar a una conducta de antijurídica es necesario que reúna los caracteres ónticos –referente a los entes- descritos en el precepto que le haya de ser aplicable y que realice, a la vez, el injusto tipificado en él⁶¹⁸. Por el contrario, en su obra de Derecho Penal, Parte General, el eminente Catedrático de Derecho Penal alemán: ROXIN, declara tales planteamientos como no convincentes desde el momento que, con la postura de que no se afirma que a una conducta formalmente antijurídica le puede faltar la antijuridicidad material sino que la antijuridicidad material debe proporcionar un criterio para cuantificar el injusto y para la interpretación en el ámbito del tipo y la antijuridicidad y que desde esa perspectiva desde la que tiene una considerable importancia político criminal, que la hace pieza fundamental en el alcance de esta institución jurídica⁶¹⁹.

Ambas hipótesis tienen atractivas premisas⁶²⁰. Verdad es que la teoría de la unidad se le ha criticado falta de amplitud y cierta confusión conceptual, y que a la diferenciadora se le ha acusado, con excesiva rotundidad, de estar asentada en un incierto y proteico entendimiento de las fuentes del Derecho Penal abiertamente contrario al principio de seguridad jurídica⁶²¹, pues se

⁶¹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 296.

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 560-562.

⁶²⁰ Nos adherimos al pensamiento de Lorenzo Morillas Cueva, cuando señala que no se encuentra la necesidad de una confrontación, ni tampoco la exclusión de un concepto unitario de antijuridicidad que, sin embargo, ha de asumir las positivas características perfeñadas por los aspectos formales y materiales de esa integral institución que es la antijuridicidad. No parece muy coherente que exista contradicción entre lo formal y lo material, entre lo contrario a derecho y los bienes jurídicos protegidos por éste, pues en ese caso lo que hay es la necesidad de un planteamiento político criminal de modificación futura de la norma que tal situación genera, sobre todo en sistemas penales que como el español, incluso regula expresamente las causas de justificación. El aspecto material de la antijuridicidad ha de servir, como se ha dicho, para la mejor interpretación de los tipos, para las posibles graduaciones del injusto e, incluso, para ponderar los intereses protegidos por el derecho, pero sobre la cobertura garantista del significado que se le otorga a la antijuridicidad formal, ya que las dos son presupuestos de un mismo fenómeno que ha de equilibrarse precisamente con el contenido limitador de ambas que actúan, en esta línea, de maneta recíproca. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 65.

⁶²¹ En este orden de ideas: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 294-295. En dicho texto se crítica, incluso, la postura de los

entiende sustentado por criterios extralegales o, al menos, ajenos al Derecho Penal; pero también lo es que una y otra aportan en niveles equilibrados, ventajas incuestionables⁶²².

III. Causas de justificación

Las causas de justificación, asimismo denominadas causas de exclusión de la antijuridicidad, son normas jurídicas bien fundadas para realizar un comportamiento prohibido por un tipo penal⁶²³. Es oportuno matizar que éstas se distinguen de las causas de atipicidad y de las de inculpabilidad. De las primeras, en que a pesar de que se produce una inicial lesión del bien jurídico protegido, y por eso su tipicidad, son conductas socialmente soportables y no anómalas en el contexto en que se producen. De las segundas, en que mientras en éstas la conducta no puede reprocharse jurídicamente a su autor aunque haya sido desvalorada como antijurídica, en la justificación, el hecho es valorado como jurídicamente correcto.

El Ordenamiento Jurídico general y el penal en particular fijan a modo de regla general, prohibiciones, es decir no hacer determinadas conductas –en el ámbito punitivo, no matar, si lo haces te castigo con la pena de prisión de diez a quince años, no lesionar, no violar, no robar, etcétera-, mas al mismo tiempo

autores que aun negando la existencia de dos especies de antijuridicidad, asumen, sin embargo, su desglose en dos aspectos diferenciadores y separados: la forma y el contenido. *Ibidem.*, p. 295.

⁶²² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 65.

⁶²³ *Ibidem.*, p. 212. Las causas de justificación son situaciones particulares en virtud de las cuales un hecho típico, es decir conforme a la descripción legal, no es ilícito, o sea contrario al Ordenamiento Jurídico, porque la Ley lo autoriza (generando una facultad o derecho subjetivo) o incluso lo impone (generando un deber). *Vid.*, con amplitud a GIANNITI, Francesco. “Justificación, Exculpación y Exención”. En, *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “In Memoriam”*. Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Volumen 1. Salamanca, 2001, p. 1071. En el contexto nacional mexicano, Pavón Vasconcelos expone que las causas de justificación son causas impeditivas de la integración del delito porque la conducta, la acción en sentido lato o el hecho son conforme a derecho, están legitimadas o simplemente toleradas por la Ley. Añade el ex Ministro mexicano, que es válido afirmar que en el caso de las justificantes el hecho no ha encontrado su perfección delictiva por ausencia de la antijuridicidad que debe acompañarlo. *Vid.*, con amplitud a PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal. (Analítico-Sistemático)*. 3ª ed., México, 2003, pp. 162-163. Podemos añadir, diciendo que la expresión causa de justificación resulta aceptable siempre que se entienda como justificación del hecho y no del delito, pues impide la propia existencia de éste.

y como excepciones, presenta, en número reducido, pero con carácter general, autorizaciones que, sobre específicos requisitos, neutralizan a aquellas. Es lo que JESCHECK-WEIGEND denominan proposiciones permisivas que, como tipos de justificación, prevalecen frente a los tipos de injusto⁶²⁴.

1. Fundamento

Una de las cuestiones que más ha obtenido atención de la doctrina penal es la búsqueda de un fundamento para las causas de justificación; ciertamente sin un gran éxito en tal sentido, posiblemente porque, como señala JAKOBS, el contenido de las citadas causas concretas, paralelamente al contenido de las normas específicas, cabe extraerlo teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad concreta y dicho estado suele ser sumamente complejo, aunque no se descarten para la justificación datos previos normativos sin consideración a aquél⁶²⁵.

En todo caso el esfuerzo realizado es notable y de él se detectan dos líneas amplias de propuestas. La primera esta encuadrada por las llamadas teorías monistas, que sobre una vía unidireccional pretenden explicar de manera unitaria y omnicomprendiva la justificación del comportamiento típico. Tradicionalmente se incluyen como tales: a) Teoría del fin justo, para la que una conducta típica estará justificada cuando sea el medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el legislador como correcto o justificado⁶²⁶; b) Teoría de la ponderación en el conflicto de valores, en cuya ponderación se incorporan no sólo los bienes jurídicos sino igualmente ciertas relaciones sociales como, por ejemplo, las ordenanzas del Estado, la administración de justicia, etcétera⁶²⁷; c) Teoría del respeto de la pretensión preferente a un bien

⁶²⁴ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., p. 346. Agrega el autor alemán mencionando que cuando concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto. El tipo de injusto no puede acoger por sí mismo los elementos del tipo de la causa de justificación, pues idóneamente sólo está determinado para dar cabida a un resumen de los elementos típicos del hecho punible. *Ibidem.*, p. 347.

⁶²⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 420.

⁶²⁶ Por todos: GRAF ZU DOHNA, Alexander. *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. 1905, pp. 48 y ss.

⁶²⁷ Vid., NOLL, Peter. "Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung". En, *ZStW*. No. 77, 1965, pp. 1 y ss.

en la situación concreta, supone la verificación, en la causa de justificación, de que lo valioso de respeto al bien es prioritario frente al desvalor de la lesión del bien protegido típicamente⁶²⁸. Tales planteamientos han sido rechazados por los autores alemanes más actuales, al acusarlos de quedarse en un plano abstracto y sin contenido⁶²⁹.

Como necesidad más que como respuesta se manifiesta la segunda, integrada por aquellas opciones que estiman imprescindible una diversidad de variables para fundamentar el contenido y alcance de las concretas causas de justificación. Son las denominadas teorías pluralistas, que se componen sobre muy diferentes perspectivas. Posiblemente quepa atribuir a MEZGER las iniciales tesis estructuradas de variables pluralistas, aunque ROXIN las califica de próximas a las concepciones monistas⁶³⁰, al proyectar la justificación sobre dos principios básicos: el de ausencia de interés, éste desaparece por determinado motivo que en otro caso sería lesionado por el injusto, y el del interés preponderante, surge frente el interés protegido típicamente otro de más valor que transforma una conducta conforme a Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto. En el primero, MEZGER incluye el consentimiento y el consentimiento presunto del ofendido⁶³¹; en el segundo, acciones realizadas en virtud de deberes preponderantes –deberes oficiales y profesionales, órdenes y autorizaciones legítimas, derecho de corrección, etcétera-, acciones realizadas en virtud de una especial justificación -legítima defensa, estado de necesidad– y, por último, el fundamento de exclusión del injusto con arreglo al llamado principio general de la valuación de los bienes

⁶²⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. “Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht”. En, *LacknerFS.*, 1987, pp. 77 y ss.

⁶²⁹ Como muestra de esta tendencia crítica: ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 573. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 348-349. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 573.

⁶³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 573. De todas formas los mismo Jescheck-Weingend estiman que la mayoría de los propios defensores de las teorías monitas aceptan que las concretas causas de justificación muestran estructuras diferenciadas. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 349.

⁶³¹ Sobre estas dos figuras, ya nos hemos pronunciado en epígrafes anteriores dentro de esta investigación; en lo general, y particularmente enfocado al ámbito de algunas circunstancias médico-sanitarias.

jurídicos⁶³². En similar sentido se manifiestan JESCHECK/WEINGEND para los cuales la base de los tipos de justificación radica en dos ideas claves: la de ponderación de bienes jurídicos y la idea del fin⁶³³.

Por otra parte, y en conexión con las teorías pluralistas JAKOBS reconduce las causas de justificación en tres grupos, en razón a su fundamento: a) Principio de responsabilidad o, de manera, a veces, atenuada principio del ocasionamiento por medio de la víctima de la intervención – legítima defensa, estado de necesidad defensivo, derecho de resistencia contra agresores, supuestos de ejercicio de cargo-; b) Principio de la diferenciación de intereses por parte de la propia víctima de la intervención, la víctima administra sus intereses modificando la ordenación de éstos –consentimiento justificante y presunto, autorización oficial justificante-; c) Principio de solidaridad, se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo de la generalidad –estado de necesidad agresivo, numerosos supuestos de ejercicio de cargo-⁶³⁴.

Del mismo modo el Catedrático alemán: ROXIN, considera que únicamente un enfoque pluralista abierto puede estructurar y fundamentar las causas de justificación. En este sentido propone cinco principios ordenadores sociales que pueden ser aumentados: la legítima defensa, se explica mediante el principio de protección y de prevailecimiento del Derecho; estado de necesidad defensivo, combinación del principio de protección con el de proporcionalidad; estado de necesidad agresivo, el principio de ponderación de bienes es atenuado por el de autonomía del titular del bien jurídico⁶³⁵.

Como bien expone el Catedrático de la UGR: MORILLAS CUEVA, la sistematización y fundamento de las diversas causas de justificación no se puede hacer de forma unitaria sino con pretensiones de apertura plural⁶³⁶. En realidad no es tarea sencilla, a pesar de la más adecuada regulación tasada

⁶³² MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 410-411. Posición seguida con posterioridad por Blei, Dreher, Lenckner, entre otros.

⁶³³ JESCHECK, H.H. y WEIGEND. T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 349.

⁶³⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 421.

⁶³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p., 575.

⁶³⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 215.

que de ellas hace el Código Penal español a diferencia del germano, señalar criterios que aunque variados han de ser necesariamente individualizados para cada una de ellas; pero como adelanto general, aunque únicamente sea con reconocimiento supletorio de criterios sistemáticos comunes, es adecuado establecer el punto de arranque en las ideas de ponderación de intereses, predominio del Derecho y solidaridad.

2. Elementos subjetivos de justificación

Dentro de la justificación surge otro tema que reviste particular importancia y aunque sea de manera genérica, merece la pena abordar dentro de la presente investigación. Nos referimos al debate que se genera sobre la existencia de elementos subjetivos en aquella institución.

La cuestión se determina sobre los parámetros de si junto a la estructura objetiva de la situación justificante y del transcurrir objetivo del comportamiento dentro del entorno establecido por la propia justificación es preciso además un elemento subjetivo de justificación. Para ROXIN supone en lo esencial una inversión de la situación de error de tipo permisivo⁶³⁷. La complejidad en todo caso se presenta cuando el sujeto que actúa objetivamente con una causa de justificación desconoce la existencia objetiva de dicha causa, por lo que no actúa impulsado por ese motivo para la consecución del tipo penal.

La doctrina generada fundamentalmente en torno al causalismo niega la exigencia de dichos elementos subjetivos para el amparo justificativo, dado el carácter normativo objetivo de la norma con que diseñan la antijuridicidad. Sin embargo, y especialmente en España, a ese planteamiento general le surgen relevantes excepciones dentro de los mismos seguidores de semejante concepción alrededor de la antijuridicidad y de sus causas de exclusión, al aceptar la presencia de causas de justificación que reclaman para la real justificación de la conducta la existencia de una concreta voluntad del sujeto que dirija su comportamiento. Así, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ rechazan los ataques a sus sistemática objetivista de la antijuridicidad por la admisibilidad en ella de elementos subjetivos en el

⁶³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 575.

seno de la justificación que aceptan⁶³⁸. En su presentación más pura será suficiente para que se admita la justificación de la conducta que ésta objetivamente se presente.

En la parte adversa se ubican, generalmente de la mano del finalismo aquellos autores que reclaman, sobre la necesaria presencia para que se cumpla la justificación de los elementos subjetivos, una específica intención o tendencia subjetiva por parte del autor. En tal propuesta ya no es bastante con que se produzca la situación de justificación sino que el sujeto ha de actuar con intención de defender o de necesidad o, en definitiva, de amparar un bien jurídico de jerarquía superior⁶³⁹.

Desde otra perspectiva y como tercera vía, posiblemente la más seguida por la doctrina, ubica el elemento subjetivo en correspondencia con el dolo por lo que, en principio es adecuado para su admisión que el individuo obre

⁶³⁸ La parcial admisión de dichos elementos subjetivos la hacen desde la afirmación de que su presencia no convierte a las causas de justificación en causas de naturaleza subjetiva, pues ello significaría hacer depender la justificación de momentos anímicos más allá del hecho justificante y su virtualidad en orden a la producción de un bien mayor; lo que sucede, para estos autores, es que la Ley requiere, en ocasiones, la presencia de ciertas finalidades en el actuar, que unidas a determinados momentos objetivos proyectan el hecho justificado. COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.*, p. 148. En este orden de ideas: SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho... Op. Cit.*, pp. 573-574. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fines*. Madrid, 1982, pp. 93 y ss. Sobre una evolución de estos planteamientos, *vid.*, MAQUEDA ABREÚ, María Luisa. "Los elementos subjetivos de justificación". En, *La Ley*. No. 935, 1984, pp. 1 y ss. SANZ MORÁN, Ángel. *Elementos subjetivos de justificación*. Barcelona, 1993, pp. 12 y ss. También el amplio y minucioso estudio realizado por TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada, 2000, pp. 27 y ss. En este orden de ideas, resulta interesante lo que ésta autora expone en cuanto a la virtualidad de la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. Señala que la justificación representa sólo una excepción de la fuerza imperativa de la norma que fundamenta la Ley Penal; por tanto, no se mencionan elementos subjetivos. Si el injusto se constituye desde la valoración de una modificación del mundo exterior causada por el autor, entonces debe ser independiente de circunstancias subjetivas situadas en la representación del autor.

⁶³⁹ En dicho orden de ideas véase a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 353. SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho... Op. Cit.*, p. 574 –a pesar de su vinculación con la corriente neokantiana, el autor sobre la regulación expresa de las causas de justificación en el CPE afirma que "para que una conducta típica resulte justificada, es preciso que su autor tenga voluntad de actuar conforme a lo que manda el Ordenamiento Jurídico". Asimismo, entre otros: CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 196-199. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 310-311.

objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de dicha situación justificativa. Es decir, que los parámetros de la justificación sean conocidos y queridos por el autor –que es lo que se exige, generalmente, en los tipos positivos-prohibitivos-, sin que sea imprescindible que actúe, además, bajo la finalidad de la justificación⁶⁴⁰.

Nosotros comulgamos con el pensamiento de MORILLAS CUEVA al pensar que, sobre la teoría general del delito y la realidad punitiva española hay que confirmar la necesaria existencia de elementos subjetivos de justificación para su real y práctica verificación, cuyo alcance está situado esencialmente en el conocimiento de la concurrencia de la posición de justificación, que lleva, como derivación un cierto componente volitivo que no ha de llegar a precisar en un determinado momento intencional⁶⁴¹. Ello está avalado por la propia regulación de las causantes de justificación en el Código Penal español. Sucede, no obstante, que esta última dispone en alguna de ellas ciertas tendencias subjetivas especiales, como puede ser en la legítima defensa la expresión “el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”, en el estado de necesidad la de “para evitar un mal propio o ajeno”, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo precisamente la utilización de la preposición “en”, que, sin embargo, no creemos que rompan los fundamentos dogmáticos de la teoría defendida del conocer y querer los presupuestos objetivos de la casusa de justificación sino que precisamente la avalan⁶⁴².

A efectos de justificar nuestra postura señalamos que, es cierto que una norma penal persigue la protección de bienes jurídicos; por lo tanto, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, objeto sustancial de la norma, es por ello antinormativa. Tal afirmación comporta indudablemente un juicio objetivo de

⁶⁴⁰ En este sentido, véase, a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 397 y ss. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 433 y ss. HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid, 1984, p. 89. GIMBERBAT ORDEIG, Enrique. *Introducción... Op. Cit.*, pp. 51-52. SANZ MORÁN, Ángel. *Los elementos... Op. Cit.*, pp. 93 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones... Op. Cit.*, p.116. TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos... Op. Cit.*, pp. 287-288.

⁶⁴¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General Tomo II... Op. Cit.*, pp. 217-218.

⁶⁴² *Ibidem.*, p. 218.

valoración. Debido a eso podemos decir, por ejemplo, que, en principio, la causación de una lesión física o la destrucción de un bien material son objetivamente contrarias a la norma. Pero, **la realidad** es que, **en múltiples casos**, la calificación de una conducta como injusta **no puede decidirse con arreglo a ese mero juicio objetivo**, y **no sólo porque habrá excepciones** – que estudiaremos *a posteriori*- a la regla, sino porque ese juicio objetivo no puede ser regla. **La regla es otra: todas las conductas humanas ofensivas de bienes penalmente tutelados merecerán esa calificación por razones a la vez, objetivas y subjetivas.**

Posiblemente la incidencia de una u otra posición no sea especialmente trascendente en cuanto a su definición, sobre todo por los diversos entrecruzamientos que se dan entre unas y otras, sino en relación a la aplicación práctica de su realidad cuando se produce la ausencia de dicho elemento subjetivo. Las respuestas corren paralelas a las distintas apreciaciones antes señaladas y pueden resumirse de la siguiente manera: **Tesis de la impunidad**, camina de la mano del sector doctrinal que no estima necesaria la presencia de los elementos subjetivos de justificación, y, en coherencia, semejante obra justifica la conducta aunque no se den los susodichos elementos.

Tesis de la consumación, contrariamente a la anterior se defiende la apreciación de delitos dolosos consumados desde el momento en que se asume que la antijuridicidad subsiste al identificar el presupuesto objetivo de justificación con el contenido volitivo; es decir, con la voluntad de actuar conforme a la causa de justificación respectiva. Diversos son los fundamentos en que se apoyan los partidarios o seguidores de esta posición, conectada con los más coherentes fieles de la teoría personal del injusto, y que han sido resumidos de la siguiente forma: hipótesis de la congruencia⁶⁴³ (MAURACH),

⁶⁴³ La teoría de la congruencia ha sido defendida principalmente por los autores partidarios de la teoría final de la acción. Como se expuso *supra*, su principal partidario es Maurach, quien expone que la justificación requiere siempre la presencia conjunta del presupuesto objetivo y del presupuesto subjetivo, y que en caso contrario se dará un hecho antijurídico consumado. La presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación por sí solo, sin ir acompañado del correspondiente contenido volitivo, carece de relevancia. La presencia objetiva de la justificación no puede alterar el hecho de que se dé el resultado típico, situación

opción monista subjetiva⁶⁴⁴ (ZIELINSKI), concepciones que separan completamente la exclusión del injusto de su fundamentación (ALWART)⁶⁴⁵. Se llega, en cualquier caso, a esta solución bien desde una estimación subjetivo-monista del injusto o, sobre planteamientos dualistas, desde una sobrevaloración del desvalor de acción frente al de resultado. En España GÓMEZ BENÍTEZ, muestra su opinión de que si el sujeto desconoce que se encuentra en una situación que justifica su hecho típico, entonces pierde todo su significado, a efectos de exclusión del injusto, el hecho de que objetivamente concurrese la situación justificante: el sujeto quiso lesionar y

estructuralmente contraria a la de tentativa, donde por definición el resultado típico es inexistente. Para el finalismo el desvalor de resultado subsiste aun cuando existan los presupuestos objetivos de las causas de justificación, ya que no viene definido ni condicionado por ellos, sino por la lesión típica del bien jurídico. El Derecho prohíbe acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado debidamente objetivo y no puede valorar positivamente la producción de resultados que están sólo amparados de un modo objetivo y causal por una causa de justificación. El desvalor de resultado no puede fundamentarse o quedar excluido con independencia del desvalor o valor de acción. *Vid.* TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos... Op. Cit.*, pp. 290-291.

⁶⁴⁴ Desde la concepción monista subjetiva de la antijuridicidad la solución de la consumación en el caso de la falta de presupuesto subjetivo de justificación es la única coherente con su forma de concebir la antijuridicidad como categoría del delito. Si para esta tesis sólo el desvalor de la acción es el fundamento del injusto, desvalor de la acción entendido en el sentido de desvalor de la intención, entonces sólo el valor de acción podrá excluir el injusto. El resultado sólo produce la necesidad de pena por delito consumado, se convierte en una condición objetiva de punibilidad, en la medida en que este resultado esté conectado a la finalidad; por tanto la mera presencia objetiva de los presupuestos justificantes carece de la relevancia final precisa para desvirtuar la pena por el delito consumado. El resultado permanece en el ámbito de la manifestación del ilícito cometido; aunque existan los presupuestos objetivos de justificación y el autor los desconozca, no llega a realizarse la conexión final entre el resultado de lesión y el de salvamento decisivo para la aprobación jurídica de la lesión del bien jurídico. En este caso siguen existiendo todas las funciones del resultado como criterio de la necesidad de pena que destaca la punibilidad de la consumación sobre la de tentativa. *Vid., Ibídem supra.*, pp. 292-293.

⁶⁴⁵ *Vid.*, con mayor amplitud descriptiva a GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría... Op. Cit.*, pp. 290 y ss. SANZ MORÁN, Ángel. *Elementos... Op. Cit.*, pp. 64 y ss. Para Alwart, en el caso de la justificación objetiva de la acción pero con desconocimiento por parte de este de tal justificación, se produce la solución de la consumación; la exclusión del injusto se une a un objeto que muestra otra estructura diferente a la de fundamentación del injusto y las correspondientes cualidades de la acción son totalmente diferentes en atención a la forma y el contenido. Por esta autonomía de la fundamentación, según Trapero Barreales señala que Alwart considera que es irrelevante la concurrencia de los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación; por tal motivo considera acertada la solución de la consumación en el caso de ausencia del presupuesto subjetivo de justificación. TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos... Op. Cit.*, p. 295.

lesionó, desconociendo que objetivamente su hecho podía haber quedado amparado por una causa de justificación, consecuentemente la pena será la del delito consumado⁶⁴⁶.

Tesis de la tentativa, es la opción que se decanta, en estos momentos, como mayoritaria, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal germano. Sus postulados sostienen que al faltar el elemento subjetivo de justificación y, por tanto, obrar objetivamente de manera correcta pero sin conocer la situación de justificación, se entiende que se estaría ante los mismos presupuestos de la tentativa, en este caso inidónea. Esta solución que también se diversifica en varias corrientes⁶⁴⁷, tiene dos apoyos esenciales: a) el de los que opinan que es directamente aplicable la regulación legal de la tentativa; b) los que estiman, por el contrario, que se ha de actuar sobre la aplicación analógica de las reglas y penas previstas por aquélla. Entre los primeros cabe situar a los partidarios de los elementos negativos del tipo, aunque no en exclusiva –así, por ejemplo, FRISCH sostiene en abono de este planteamiento que no solo no hay desvalor de resultado sino que, teleológicamente, no puede considerarse siquiera un resultado típico⁶⁴⁸-; entre los segundos, a la mayoría de los autores alemanes

⁶⁴⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría... Op. Cit.*, p. 294. En semejante línea, al menos en el fondo: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “La estructura de la acción punible en el Código Penal español”. En, *CPC*. Número 12, 1980, pp. 5 y ss. CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 204. MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Los elementos... Op. Cit.*, p. 8. Estos dos últimos autores relativizan el impacto de su propuesta punitiva con la posible aplicación de la atenuante por analogía 6ª del artículo 21. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber”. En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Número 13, Tomo II. Homenaje al Profesor José Antonio Sáinz Cantero. 1987. p. 151. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”. En, *ADPCP*, 1991, p. 749, nota 16.

⁶⁴⁷ Trapero Barreales enumera los siguientes: Derivación de la inversión del error de tipo permisivo, defensa de la teoría de los elementos negativos del tipo, teoría de la justificación separada, orientación a las consecuencias, apoyo legislativo en la solución de la tentativa, propuesta desde una concepción objetiva del injusto. TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos... Op. Cit.*, p. 394.

⁶⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. “Grund-und Grenzprobleme des sog. Subjetiven Rechtfertigungselements”. En, *FS Lackner*. Berlín, 1987, pp. 138 y ss. También véase a LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso...Op. Cit.*, pp. 580-581. SANZ MORÁN, Ángel. *Elementos... Op. Cit.*, p. 97. TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos... Op. Cit.*, pp. 353-354.

que se decantan por la tentativa⁶⁴⁹. Así, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND reconocen que lo correcto es aplicar adecuadamente a estos supuestos las reglas de la tentativa, en cuanto que se ha realizado el tipo previsto en la disposición penal con inclusión del resultado, éste no resulta desaprobado por el Ordenamiento Jurídico precisamente por la situación objetiva justificante que se da y, por ello, ha de ser negado el acaecimiento del injusto del resultado, de aquí su paralelismo con la tentativa⁶⁵⁰. Para JAKOBS que asume que el suceso que estamos analizando no se asemeja enteramente a la tentativa, sin embargo, acepta de inmediato que al querer el autor sacrificar en vano un bien sugiere la aplicación de las reglas de aquélla: al autor de la tentativa le sale mal ya el sacrificio, y por ello nada se hace en vano, en la justificación de este modo planteada se consigue el sacrificio pero no es en vano⁶⁵¹.

Teoría de la atenuación que es propia, fundamentalmente, de la doctrina española como derivación de su sistema de atenuantes. Presenta dos variables: elección de la eximente incompleta 1ª del artículo 21 o de la atenuante analógica 6ª del mismo artículo. Aquélla, defendida sobre todo por MIR PUIG, que, a pesar de valorar la aplicación analógica como materialmente aceptable, se decanta, en atención al Derecho español, como solución plenamente satisfactoria que no requiere acudir a la analogía, por la estimación de la eximente incompleta, al asumir que el hecho no está justificado en cuanto concurre el desvalor de la acción propio de su peligrosidad pero deberá atenuarse la pena por ser menos grave el desvalor del resultado⁶⁵² y más recientemente por JIMÉNEZ DÍAZ que sobre su alejamiento de la concepción

⁶⁴⁹ Sin dejar de mencionar que también en España se encuentran algunos partidarios que comulgan la misma ideología. Véase a HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido...* Op. Cit., pp. 121 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 426-427.

⁶⁵⁰ JESCHECK, H.H y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., pp. 353-354.

⁶⁵¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 434-435.

⁶⁵² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 425. En tal línea: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona, 1994, pp. 119 y ss. La tesis de Mir Puig ha sido objetada fundamentalmente por estimarse que la eximente incompleta citada requiere para su posible apreciación que se den los requisitos esenciales de la correspondiente eximente, pudiendo faltar alguno de los no esenciales y, en este caso, el elemento subjetivo, conocimiento y voluntad, difícilmente puede valorarse como no esencial por lo que impide su aplicación. En este sentido véase a SANZ MORÁN, Ángel. *Elementos...* Op. Cit., p. 88. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La categoría...* Op. Cit., p. 748, nota 116. MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Los elementos...* Op. Cit., pp. 7-8.

personal del injusto y su proximidad a una sistemática predominantemente objetiva, le permite entender que el elemento subjetivo de justificación puede gozar de un carácter no esencial, cuya ausencia, por tanto admite una coherente aplicación de la eximente incompleta⁶⁵³; la segunda propugnada por algunos de los críticos a la anterior, niegan la posibilidad de la justificación completa o incompleta cuando faltan los elementos subjetivos pero aceptan aplicar la analógica citada, CEREZO MIR admite lo que se denomina una causa de justificación incompleta por analogía⁶⁵⁴; DÍEZ RIPOLLÉS se refiere a que dicha circunstancia resuelve adecuadamente la ausencia del elemento subjetivo correspondiente⁶⁵⁵.

Una vez que expusimos las distintas tesis o teorías relacionadas con el elemento subjetivo dentro de las causas de justificación –así como nuestra inclinación por la necesidad de considerarlo- y que se encuentran en constante debate por la doctrina jurídico-penal, nos atrevemos a decir que cada una de ellas tiene luces y sombras, ventajas y desventajas; algunas desde la elaboración sistemática y otras, en lo que realmente debería interesar: la aplicación práctica para la resolución de los múltiples problemas que se presentan día a día y que es menester hacer uso de las distintas causas que excluyen la antijuridicidad⁶⁵⁶.

⁶⁵³ JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada, 2007, pp. 32-34. Muñoz Conde/García Arán parecen situarse en premisas parecidas pero que no llegan a culminar. Al analizar los elementos subjetivos de justificación afirman que su ausencia podría valorarse como una eximente incompleta, para después señalar, sobre el estudio de la justificación incompleta y atenuación de la pena, que la exención incompleta queda reservada para los casos en que falle algún elemento no esencial; en los que falte un elemento subjetivo del injusto optan por la tentativa, con su correspondiente régimen de atenuación de pena. *Vid.*, ampliamente a MUÑOZ CONDE, Francisco y GRACÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 311 *in fine* y ss.

⁶⁵⁴ CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 204.

⁶⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La categoría... Op. Cit.*, p. 748, nota 16.

⁶⁵⁶ Como conclusión de las distintas teorías expuestas relacionadas con el debate doctrinal de la apreciación o no de un elemento subjetivo en las causas de justificación, Morillas Cueva puntualiza al respecto exponiendo que “como fórmula de escape a las deficiencias de esas tesis, hay que dirigirse al Derecho Positivo español para encontrar lo que, en todo caso, será una solución coyuntural. Aunque se pueden mantener en tales supuestos, todos los parámetros de desvalor propio de la antijuridicidad dicho juicio, aparece desde mi punto de vista (*sic*), con una menor intensidad, menor gravedad, que ha de llevar a un planteamiento atenuatorio que conduce a la aplicación de los resortes de minoración de pena que posibilita el artículo 21 del

3. Suposición errónea. Reenvío

Se ha estudiado en el epígrafe precedente lo que ROXIN denomina una inversión del error de tipo permisivo. Ocurre que junto a ello, de manera contraria y posiblemente más frecuente, se da la situación en la que el sujeto se representa equivocadamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Mientras que en el primero la conducta se produce en una situación justificante que el sujeto desconoce –cazador que dispara y lesiona a otro que le está apuntando para matarlo, sin conocer esta circunstancia-, en el segundo el actor personaliza una situación justificante que realmente no se da –individuo que camina de noche por una calle solitaria y al que se le acerca otra persona con gran rapidez y, al creer que es un atracador, le dispara hiriéndolo de gravedad, cuando realmente se trataba de un extranjero que pretendía preguntarle la dirección de un hotel⁶⁵⁷.

En este -supuesto de legítima defensa putativa- y otros casos en relación a las demás causas de justificación lo que se produce es la no existencia de una situación objetiva de justificación, pero que subjetivamente el autor cree que existe. En definitiva, no se dan los elementos objetivos que configuran la justificación, como tal normativamente regulada, pero coexiste el elemento subjetivo figurado por el sujeto.

Las respuestas dogmáticas a esta hipótesis de error son muy variadas y complejas. Desde las que lo integran de manera uniforme dentro del error de prohibición hasta las que, de manera mayoritaria, lo invocan como un error de tipo al distinguir entre el error de tipo permisivo excluyente del dolo, para la

CPE y que posiblemente lleguen a la circunstancia 6ª, en su variedad de causas de justificación incompletas por análoga significación a las contenidas en la 1ª, sin renunciar totalmente a la aplicación directa de las propias eximentes incompletas de la indicada circunstancia 1ª. Continúa diciendo que la diferencia entre una y otra se relaciona con la intensidad de la atenuación de la pena a imponer. Así, según doctrina del Tribunal Supremo, en el caso de la atenuante análoga se aplicarán las distintas disposiciones del artículo 66, que únicamente cuando sea entendida como muy cualificada y no concurra con agravantes se aplicará la pena inferior en uno o dos grados; mientras que a la eximente incompleta, como circunstancia 1ª y según el artículo 68 CPE, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. Es evidente que dada la naturaleza de la eximente incompleta por analogía ha de requerir un tratamiento igual al previsto en el mencionado artículo 68. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 221.

⁶⁵⁷ Vid., con más amplitud a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 579.

cuestión referida, y error de permisión, suposición errónea de una causa de justificación absolutamente inexistente, que sí se asume como un error de prohibición⁶⁵⁸. En todo caso cualquier solución estará supeditada a la concepción del error que se mantenga.

4. Consecuencias que se desprenden de las causas de justificación

El efecto esencial que resulta de la presencia de alguna de las causas de justificación es precisamente la exclusión de la antijuridicidad. La acción típica realizada continúa siendo típica pero está permitida. No se concluye el juicio de antijuridicidad pues si bien es cierto que se produce el tipo de injusto no se completa, por la justificación de tal conducta⁶⁵⁹.

Como derivación del efecto básico anterior se producen otros de indudable importancia práctica: a) frente a las acciones justificadas no es posible, a su vez, legítima defensa por faltar la agresión ilegítima; b) sobre la base de la accesoriedad de la participación en el hecho justificado no cabe cooperación necesaria o complicidad delictivas, tampoco inducción, pues dichas actividades se producen sobre un comportamiento que es conforme a Derecho –se acepta la antijuridicidad de la autoría mediata cuando sea el instrumento el que actúa justificadamente-; c) igualmente no son aplicables las medidas de seguridad al sujeto que realiza una conducta típica justificada porque no ejecuta un injusto antijurídico en el que basar una prognosis de peligrosidad criminal-; d) tampoco, y en principio, se puede exigir la responsabilidad civil derivada del delito –el artículo 118 es claro al no incluir dentro de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal pero no civil -1ª, 2ª, 3ª, 5ª, y 6ª- a la legítima defensa -4ª- y al cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo -7ª-. Ciertamente es que directos a las personas en cuyo favor se haya precavido el mal; e) además del referido impacto de exención de responsabilidad criminal al que se ha aludido y que

⁶⁵⁸ *Ibidem.*, pp. 589 y ss.

⁶⁵⁹ A hiere a B con un cuchillo cuando B se acerca a él con una navaja para robarle el dinero existente en la caja del restaurante que regenta. Existe una conducta típica que es la de lesionar, artículo 147.1, que, sin embargo, no es antijurídica por estar amparada bajo la cobertura de la legítima defensa, circunstancia 4ª del artículo 21 CPE. Aquí se rompe el juicio de antijuridicidad y la responsabilidad criminal del sujeto.

genera las consecuencias atendidas, puede, en determinados casos y de manera subsidiaria, tener un efecto de atenuación especial que no de exención cuando falte alguno de los requisitos esenciales de la concreta causa de justificación –está regulado en el ya citado artículo 21 circunstancia 1ª, como atenuante, “cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal”. En esta peculiar hipótesis, a diferencia de la completa, existe una acción típica y antijurídica, también ha de ser culpable, que, no obstante, disminuye la pena a imponer, por la presencia incompleta de la causa de justificación correspondiente, en uno o dos grados según el artículo 68-.

Así pues, por una parte, teniendo claro el efecto que en principio producen las causas de justificación y por otra, centrándonos en el objeto del presente estudio –cuestiones relacionadas con la actividad médica-, nos resulta de particular interés por su aplicación eminentemente frecuente en la práctica, las situaciones de causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien (por ejemplo un profesional médico-sanitario) posea un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho que prive de su fundamento a la actuación justificada. Ante esto, ROXIN cita el ejemplo de “quien por casualidad sepa que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido son sólo simulados, podrá impedir con moderada energía que se avise al servicio de urgencias, sin incurrir por ello en responsabilidad penal por coacciones”. Lo anterior, porque el estado de necesidad no supone una agresión antijurídica, sino un peligro que no se pueda contrarrestar de otro modo⁶⁶⁰. Situaciones similares pueden producirse por ejemplo en el consentimiento presunto⁶⁶¹, si por casualidad llega alguien que conoce la verdadera voluntad contraria del titular del bien jurídico.

⁶⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 602.

⁶⁶¹ Esta será una cuestión que trataremos con más amplitud durante el desarrollo de los siguientes apartados; sin dejar de advertir que en el epígrafe relacionado con el consentimiento presunto ya hemos manifestado claramente nuestra postura en determinados casos concretos relacionados con esta particular figura.

5. Tipos y estructura

Es frecuente en la doctrina española estimar como causas de justificación aquellas que vienen tasadas por el propio legislador. Incluso sobre esta opción no hay identidad de criterio para asumir una enumeración pacífica. En el Derecho Positivo español son las siguientes⁶⁶²: la legítima defensa (artículo 20.4), **el estado de necesidad justificante** (artículo 20.5) y el cumplimiento de un deber o **el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo** (artículo 20.7) –de esta forma se apuesta por las específicamente relacionadas en el Texto Punitivo, al mismo tiempo que se diferencian de las causas de inculpabilidad, por inimputabilidad, anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio (artículo 20.1), intoxicación plena (20.2), alteraciones en la percepción (artículo 20.3), o por “no exigibilidad”, **estado de necesidad excusante** (artículo 20.5, para el caso de igualdad de males), **miedo insuperable**⁶⁶³ (20.6)-. Como puede comprobarse, el consentimiento, que no está regulado como eximente específica, siguiendo en el orden de ideas que fundamentamos *ab initio* de esta investigación no lo estimamos como causa de justificación sino como una causa de atipicidad.

No se puede decir que todos los autores están de acuerdo con tal planteamiento restrictivo. Por ejemplo, ROXIN en Alemania, donde se acepta con frecuencia la existencia de causas supralegales de justificación, estima que son tan numerosas y proceden de campos tan diversos que en una exposición de las teorías generales del Derecho Penal es totalmente imposible tratarlas a todas. Con semejante perspectiva defiere dos clases: las detalladas por el propio StGB, las más importantes en la práctica –legítima defensa y estado de necesidad, en relación con los derechos de necesidad, ejercicio del cargo y las facultades coactivas, la autorización oficial, y las de justificación por riesgo permitido⁶⁶⁴, consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos

⁶⁶² Vid., MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 223.

⁶⁶³ Las **negritas** son consecuencia de resaltar que estas serán las eximentes que fundamentalmente nos dedicaremos a estudiar en epígrafes posteriores.

⁶⁶⁴ Por la importancia que tiene esta figura dentro del presente trabajo de investigación, como referencia para determinar la posible responsabilidad por *mala praxis* en el ejercicio de la profesión médica, es menester mencionar que dicha figura –riesgo permitido- es considerado

por algunos como un tópico novedoso de la teoría de la argumentación jurídico-penal (del proceso de valoración de la conducta) que viene a relativizar el alcance de las pretensiones de protección que el Derecho Penal ha venido desplegando sobre sus bienes jurídicos. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Madrid, 1995, p. 535. No obstante lo anterior, son de interés las reflexiones en relación con al riesgo permitido y resulta *ad hoc* la propuesta terminológica elaborada por Paredes Castañón, dividiendo dicha concepción en tres sentidos: «En el primero de ellos –concepto extensivo de riesgo permitido-sería riesgo permitido toda conducta peligrosa o lesiva para el bien jurídico-penalmente protegido y, sin embargo, no contraria al contenido de determinación de la norma (desde una perspectiva no causalista, no antijurídica), con independencia del fundamento de este hecho. Así, serían “riesgos permitidos” los supuestos de exclusión de la imputación objetiva del resultado (cuando, como es el caso de los delitos imprudentes, la mera tentativa es impune) y los casos fortuitos (incapacidad para controlar el curso fáctico). Si, por el contrario, se opta por el segundo de los sentidos -sentido intermedio-, serían supuestos de riesgo permitido todos aquellos en los que la conducta (peligrosa o lesiva) no es contraria al mandato jurídico-penal por merecer una valoración jurídica no negativa en virtud de la concurrencia de intereses que limitan el alcance normativo de dicho mandato: así, serían riesgos permitidos los casos de justificación y de “atipicidad”. Finalmente, en el tercero de los sentidos -sentido restrictivo y preferido por el autor-, solamente constituirán supuestos de riesgo permitido aquellos que lo son por no merecer una valoración jurídico-penal negativa, por concurrir otros intereses; pero únicamente cuando dicha concurrencia se produzca en todos los casos, de forma general, y no solamente, de modo excepcional, en un muy contado número de ellos. En este sentido, tan sólo algunos de los casos tradicionalmente considerados como de “atipicidad” (adecuación social, comportamiento adecuado al tráfico, no infracción del deber de cuidado) y de justificación (cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, obediencia debida) serían auténticos casos de riesgo permitido. Naturalmente, cuando, como aquí, nos enfrentamos a una cuestión terminológica, cualquier solución es en principio posible, puesto que la terminología es convencional. Sin embargo, el principio de economía conceptual, reiteradamente alegado a lo largo de este trabajo, nos obliga en mi opinión también aquí a intentar hallar una solución que sea suficientemente clarificadora (y no al contrario). Así, para empezar, ya he indicado en otro lugar que en la primera de las interpretaciones posibles el término “riesgo permitido” es esencialmente superfluo, e incluso confusionista: en efecto, si riesgo permitido equivale a conducta no antijurídica (o no culpable, para quien sostenga una concepción causalista de la antijuridicidad), entonces es un concepto prácticamente inútil, puesto que el único matiz que introduce es el de distinguir conductas atípicas por falta de peligrosidad y aquéllas que lo son por otras razones. Y no sólo esto: es que, además, puede ocurrir -y, de hecho, a veces ocurre en las construcciones doctrinales y jurisprudenciales- que el término riesgo permitido se presente como una explicación (y, claro está, en dogmática toda explicación es también argumentación y justificación) material de determinados casos de exclusión de la antijuridicidad, obviando el hecho de que se trata de un tópico eminentemente formal, sin significado propio y necesitado de complementación valorativa; cuando ello sucede, el sentido extensivo de la expresión “riesgo permitido” pasa a ser una mera fórmula, que oculta la necesidad de fundamentar materialmente la pretendida exclusión de la antijuridicidad». *Ibidem.*, pp. 511-513.

(parágrafos 15 a 18)- y las procedentes de otros campos del Derecho, que se discutirán, según su importancia, únicamente en una visión panorámica y de sus puntos centrales⁶⁶⁵.

IV. Especifica atención al estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo como causas de justificación más recurridas en la actividad médica

En este apartado, mediante un análisis minucioso, nos dedicaremos a desmembrar en su conjunto -para su mejor explicación- los tipos penales contenidos dentro de los artículos 20.5 y 20.7 del Texto Punitivo español. Primero de una manera general y después trasladaremos las reflexiones a las que llegamos en ésta sede, al campo de acción de la actividad sanitaria.

1. El estado de necesidad: Aceptación jurídico-penal

El número 5º del artículo 20 acoge una de las circunstancias que se han de estudiar bajo este epígrafe de causas de justificación y que se denomina estado de necesidad. Como sucede con la legítima defensa el legislador penal no llega a definir de manera autentica este relevante institución⁶⁶⁶. No obstante, se ocupa de sus requisitos y de una introducción descriptiva a ellos cuando afirma que “el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”. Siempre que concurren, lógicamente, las exigencias normativas que inmediatamente añade.

Con tal planteamiento, y como reflexión introductoria, el Código Penal español se sitúa como bien destaca la STS de 24 de noviembre de 1997, en una percepción amplia de dicho estado en la que confluyen, por un lado, la idea de no limitar, ni la índole del daño o lesión jurídica causados en evitación de un mal ni tampoco la relación de bienes o derechos cuya protección se pretende, y

⁶⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 604.

⁶⁶⁶ Este artículo no proporciona una definición legal del estado de necesidad, el precepto se limita a establecer los requisitos legales de la eximente. Véase a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 503.

por otro, la aceptación tanto de su vertiente propia como de la denominada auxilio necesario⁶⁶⁷.

Como se manifestó previamente, no existe un desarrollo conceptual auténtico, aunque la doctrina, avalada, en muchos casos, por los propios datos que ofrece el Texto Punitivo español, se ha esforzado en presentar propuestas. Coloquial es la definición que lo concreta en “la amenaza de un mal grave que solo puede ser evitado mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos”⁶⁶⁸. Sin embargo dicha descripción es insuficiente en la regulación actual que camina por senderos más específicos. Así, de su contenido y de las valoraciones dogmáticas que sucesivamente se han producido cabe establecer, como consignas para establecer un concepto adecuado a la realidad, las siguientes: a) una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno, que de no ser evitado produciría un mal; b) que semejante mal únicamente pueda ser evitado con la lesión de un bien jurídico de otra persona o con la infracción de un deber; c) que, como consecuencia de ello, se produzca un conflicto de intereses⁶⁶⁹ sobre el que el legislador asume, conforme a Derecho, o al menos

⁶⁶⁷ A manera de ver de Lorenzo Morillas Cueva, semejante posición que inicialmente le parece adecuada, inyecta, sin embargo, abundantes espigas de discusión o, al menos, de necesaria interpretación, como pueden ser, a título de ejemplo, su propio concepto, el fundamento y naturaleza de la eximente, la distinción con otras figuras afines, como la legítima defensa. Es evidentes para el Catedrático granadino que, el aforismo de que “la necesidad no conoce Ley” debe ser acotado con precisión. Véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. ..Op. Cit.*, p. 248.

⁶⁶⁸ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal. 2ª ed.*, anotada y corregida por Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 293. Sobre este epígrafe, consúltese, entre otros a: BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona, 1994, p. 123. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.5”. En, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999, pp. 333-335. Cobo-Vives lo señalan como “una situación de conflicto de intereses entre bienes, en el cual el Ordenamiento Jurídico estima conforme a Derecho o, cuando menos, tolera la lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de ellos”. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 515. Muy semejante, con carácter general, es la propuesta por Jescheck-Weigend que lo conciben como “una situación actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona” JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 579.

⁶⁶⁹ La utilización de los términos bienes jurídicos y deberes no puede ser antagónica. Algunos autores como Bustos Hormarzabal, conceden sustantividad propia a estos últimos, en la idea de que el conflicto de intereses se diferencia sustancialmente del conflicto de bienes y, por eso no se le pueden aplicar sus reglas. BUSTOR RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones... Op. Cit.*, p. 152. Otros, por el contrario, como es el caso de Cobo del Rosal/Vives Antón, mantienen que la expresión legal “infracción a un deber”

tolera, dicha lesión o infracción siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Así, con estas variables, cabe definirlo, en una primera e incompleta aproximación que se ha de ver agotada con los requisitos que el Código Penal español establece para su concreto desarrollo, como un estado de peligro actual para bienes jurídicos propios o ajenos que solo puede evitarse mediante la lesión, de igual o menor gravedad, de los de otra persona o infringiendo un deber. Sobre tal contenido, en el que la situación de necesidad se decanta como piedra angular de la eximente, es absolutamente imprescindible, para fijar mejor sus contornos iniciales, diferenciarlo de la legítima defensa, con la que tiene, como se ha podido advertir, notables similitudes, pues en ambos casos se está ante una situación de peligro que únicamente cabe obviar mediante la realización de una conducta estimada como típica penalmente.

únicamente supone designar las infracciones que no llegan a lesionar bienes jurídicos ajenos, sino que se limitan a ponerlos en peligro: el deber existe solamente en función de la protección de bienes jurídicos, por lo que no cabe oponer el estado de necesidad fundado en la colisión de bienes al fundado en la colisión de deberes, pues a toda colisión de deberes subyace una correlativa colisión de bienes. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 515. En todo caso, parece más eficaz utilizar el término específico de conflicto de intereses donde cabe incluir las dos hipótesis. Ciertamente es que en parte de la doctrina española, como se ha visto, y de la alemana se mantiene la hipótesis de la colisión de deberes como una manifestación específica del estado de necesidad, lo que también puede pensarse hace el Texto Punitivo español. Para Jescheck/Weigend existe este último cuando encontrándose alguien obligado por un deber jurídico, sólo puede cumplir con él a costa de otro que le obliga igualmente, por lo que la infracción del deber contra el que atenta se muestra como una acción u omisión conminada con pena. Distinguen tres grupos: a) un deber de acción puede entrar en conflicto con un deber de omisión –médico que revela un secreto profesional (deber de omisión) para evitar que otro paciente sea contagiado (deber de acción)-; b) concurrencia de dos deberes de acción –médico que frente a dos pacientes gravemente heridos, al tener una sola máquina de respiración conecta a uno de ellos, produciéndole la muerte al otro-; c) varios deberes de omisión –al autor no le queda ninguna posibilidad de acción permitida, como es al conductor suicida que en una autopista maneja en sentido contrario y no puede pararse, ni volver ni seguir-. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 392-394. En España, en similar sentido, con el empleo del término genérico conflicto de intereses en el que agrupa diferenciadamente el de deberes véase a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 433-447. En semejante perspectiva parece conveniente aludir a criterios diferenciadores en su tratamiento y alcance en relación con el conflicto de deberes pero no enfrentados porque, en cualquier hipótesis, lo que se produce al final del proceso son conculcaciones a bienes jurídicos, que representan el último de los conflictos. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 249.

Sin embargo, las discrepancias conceptuales son suficientemente destacadas para separar ambas causas. Con especial atino sintético SÁINZ CANTERO, las resume -sobre las aportaciones de la doctrina desde antaño, pues ésta ha sido una de las cuestiones que, con asiduidad, la ha ocupado-, de la siguiente manera: la legítima defensa es reacción, mientras que el estado de necesidad es acción; aquélla es contraataque, ésta ataque; en la primera el conflicto se sitúa entre un interés legítimo y un interés ilegítimo, en el segundo, entre intereses legítimos⁶⁷⁰.

Es verdad que el núcleo de la distinción se fundamenta en el alcance y significado de los bienes jurídicos en conflicto y de los sujetos actuantes. Con respecto a estos últimos, en la legítima defensa, como ya ha sido dicho, existen dos sujetos con roles enfrentados, uno que agrede ilegítimamente al otro y ese otro que se defiende, siempre obviamente con cumplimiento del resto de los requisitos establecidos para que se concrete dicha eximente, en una posición de legitimidad frente a aquél; en el estado de necesidad, por el contrario, ambos sujetos están en una coyuntura parecida en relación al derecho pues ninguno de los dos se manifiesta como agresor injusto. Semejante perspectiva, nos deriva hacia el desigual sentido que adquieren los bienes jurídicos en conflicto: la exigencia de agresión ilegítima en la legítima defensa conlleva que dichos bienes tengan una apreciación desigual, los de titularidad del defensor son preponderantes en su defensa sobre los del agresor que con su actitud se ha puesto enfrente del Derecho; en el estado de necesidad, los bienes jurídicos tanto del necesitado como del que se lesionan son igualmente legítimos. Esta ondulación protectora conduce a exigencias también variadas entre una y otro que los delimita conceptualmente: la comprensión de la legítima defensa es más amplia, pues al menos inicialmente, cuando se dan las exigencias previstas en el número 4º del artículo 20. Es legítima cualquier defensa necesaria para repeler la agresión ilegítima; por el contrario, el estado de necesidad demanda, junto a la necesidad, una equilibrada ponderación de los

⁶⁷⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho...* Op. Cit., p. 606.

intereses en juego, soportada legalmente en la idea de que en ningún caso el mal causado sea mayor que el que se trata de evitar⁶⁷¹.

Desde esta perspectiva podría parecer, que el criterio diferencial único es el de la concurrencia o no de agresión ilegítima. Esto es así en términos generales pero presenta algunas variables que unen todavía más el estado de necesidad con la legítima defensa. Son los casos, por ejemplo, en los que se produce dicha agresión ilegítima y el agredido se defiende con el empleo o la destrucción de objetos pertenecientes a otra persona o con la lesión de esa misma persona que es un tercero no agresor. En este último se dan las circunstancias que requiere el estado de necesidad y no las de la legítima defensa, pues sin ser agresor es utilizado por el agredido para evitar la conculcación de un bien jurídico del que es titular por parte de otro. Ambos, agredido y tercero, presentan sus bienes jurídicos afectados como legítimos, con respeto al comportamiento que implica a los dos; otra cosa es la respuesta del agredido sobre el agresor que, si se dan todas las exigencias de la legítima defensa, se podrá aplicar esta eximente al caso directo de la agresión ilegítima⁶⁷².

Lo dicho anteriormente, y, precisamente por su ubicación en el ámbito del estado de necesidad está sometido a los requisitos y fundamento de éste. Queremos decir con ello que en los ejemplos citados, y en otros muchos que se podrían poner, el agredido no puede defenderse situando al tercero ante un mal más grave que con el que es amenazado de manera ilegítima. Sería el caso del que responde ante un hurto en su huerto con un disparo en la pierna del jardinero para que al caer de la escalera donde se encuentra golpee al ladrón y de esta forma evitar el ataque a su patrimonio. Como bien describe la

⁶⁷¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 250.

⁶⁷² Ejemplo: A pretende disparar contra B para matarlo, éste para defenderse toma un jarrón valioso propiedad de C y se lo lanza a A, rompiendo el susodicho jarrón y lesionando a A en la cabeza. Con respecto a las lesiones de A la conducta de B está amparada por la legítima defensa, con relación a la conducta de B y el daño patrimonial que le produce a C lo está en el estado de necesidad. Lo mismo ocurre si en vez del jarrón B utiliza como defensa a C, pensemos en el mismo supuesto que se desarrolla en un restaurante y B al ver que A saca una pistola y le apunta con ella para dispararle empuja a C que se golpea con A, produciéndose lesiones. *Vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 251.

STS de 23 de enero de 2003, la esencia del estado de necesidad, en todos los casos, radica en la inevitabilidad del mal y en que no sea superior al que se trata de evitar tras una ponderación predominantemente objetiva de la situación de conflicto.

Este planteamiento conceptual y diferenciador del estado de necesidad; tratado con carácter general, nos conduce directamente a la exigencia de desarrollar –aunque sea de una manera global- su contenido para fortalecer las premisas ahora simplemente enunciadas, es decir, a su naturaleza y fundamento, sus clases y requisitos, cuyo análisis ha de alumbrar con mayor intensidad lo hasta aquí estampado.

1.2. Fundamento y naturaleza

Son dos las cuestiones previas a dilucidar para el definitivo asiento estructural y sistemático del estado de necesidad, tal es el caso de su fundamento y, sobre él, su naturaleza, ambos en una estrecha relación. Con respecto al primero, es decir al por qué una situación de este tipo se ve eximida de responsabilidad criminal, varias han sido las teorías que, a lo largo, de la evolución científico-doctrinal de esta materia se han presentado: la primera de ellas, las más antigua y desfasada de la actual regulación positiva, es la denominada **teoría de la equidad**, que, basada fundamentalmente en el ideario de KANT, a pesar de admitir que la situación de necesidad contradecía el imperativo categórico y, por tanto e inicialmente, plantearse como no conforme a Derecho no se le podía determinar por parte de la Ley para que actuara con adecuación a la prohibición penal al estar el sujeto que de tal forma obra bajo una situación de coacción psicológica o, incluso, de fuerza irresistible o constreñimiento y de esta manera la conducta necesaria no cabía ser sancionada penalmente precisamente por motivos de equidad; la segunda la **teoría del conflicto**, amparada en respuestas hegelianas, se manifiesta sobre la idea de la ponderación valorativa de los bienes jurídicos en colisión, en la

que prevalece, como fundamento, el mayor valor objetivo de los intereses librados sobre los sacrificados⁶⁷³.

Las hipótesis expuestas, diferentes entre sí, la una, como causa de exculpación acorde con su base de equidad -KANT la pensó sobre la pugna de dos vidas humanas con el famoso supuesto de la “tabla de Carnéades” en el que un náufrago lanza a otro de la balsa donde se encuentran porque el peso de ambos puede hundirla⁶⁷⁴-, la otra, como causa de justificación, en atención a

⁶⁷³ *Ibidem.*, *supra*. p. 252.

⁶⁷⁴ Sobre este ejemplo se puede hablar mucho y las reflexiones a las que se pueden llegar siempre serán sometidas a las críticas, teniendo en cuenta que desde nuestra percepción particular, involucra ampliamente el término justicia, así como su más ilimitado alcance. Así, el caso en comento, introducido por Carnéades -(*Divinae Institutiones*, Libro V, capítulo 16). Cfr. L. Caelius Firmianus Lactantius. *Opera Omnia*, ed., de Samuel Brand y Georg Laubmann, párrafo I. Pragae, Vindobonae Lipsiae, MDCCCXC, p. 451.- ha sido ejemplo clásico en la doctrina europea y que ha tenido una evolución que ha servido en general para impulsar la discusión de los casos de estado de necesidad –concretamente fue Pufendorf quien abrió este debate- y en lo particular para desarrollar de manera más clara los conceptos de justificación y exculpación. A manera de ejemplo tenemos las interpretaciones que de este supuesto –tabla de Carnéades- hacia Gentz discípulo de Kant. Aquél esgrimía que el autor no tiene derecho de empujar fuera de la tabla a otro, que, por consiguiente, en terminología de Pufendorf, no existe un *jus necessitatis*. Sin embargo, sí que hay un *favor necessitatis*, en virtud del cual, y pese a que el hecho sigue siendo antijurídico por ausencia de un derecho de defensa, puede ser disculpado. En el lenguaje de Friedrich Gentz: la situación de necesidad no otorga al autor una causa de justificación, sino una causa de exculpación. Pero nos son más interesantes los argumentos que Kant, -maestro de Gentz- realizó al respecto, cuando se refiere al caso en cuestión, especialmente en su artículo publicado en la *Berlinische Monatsschrift* de 1793 al que viene a responder al trabajo de Gentz, y en el pasaje de la metafísica de las costumbres de 1797 en donde realiza un análisis minucioso sobre el *ius necessitatis*. Kant habla sobre el derecho que encierra la autorización, «siempre que mi propia vida corra peligro, de quitar la vida a alguien que no me ha hecho nada». Es evidente «que aquí existe una contradicción de la doctrina del Derecho consigo misma», puesto que «no se trata de que me defienda frente a un agresor injusto quitándole su vida porque esté atentando contra la mía (*ius inculpatae tutelae*)», sino «de una conducta violenta permitida dirigida contra el que no ha ejercido violencia alguna sobre mí». Por ello es indiscutible que «la afirmación no debe ser entendida de modo objetivo respecto de lo que la Ley prescribe, sino meramente subjetivo, tal y como lo haría una sentencia emitida por un Tribunal». En efecto, «no puede existir una Ley Penal que castigue con la muerte a aquel que, para salvar su propia vida en un naufragio, arroja a otro, que se halla en idéntico peligro de muerte, de la tabla donde se refugia». «Y ello porque la pena con que la Ley puede amenazarle no será mayor que la pérdida de la propia vida». «Una Ley semejante», continúa, «nunca podría obtener el efecto perseguido, puesto que la amenaza con un mal que aún es *incierto* (la muerte en virtud de la condena judicial) no puede de ningún modo ser mayor que el miedo frente a un **mal cierto** (el morir ahogado)». «Por consiguiente, el hecho de conservar la propia vida utilizando un medio violento no debe ser juzgado como no merecedor de pena [*unsträflich*] (*inculpabile*) (*sic*), sino sólo como **no punible** [*unstrafbar*] (*impunibile*) (*sic*). Y esta impunidad **subjetiva** es confundida asombrosamente por la doctrina con una impunidad objetiva (conformidad a la Ley)». «El eslogan del derecho de necesidad

la misma idea de conflicto -HEGEL se implicó en un caso de confrontación del bien jurídico vida sobre el de propiedad privada- pero integradas en las opciones fundamentadoras que caben ser denominadas como teorías unitarias, fuertemente criticadas por un amplio sector doctrinal y a las que JESCHECK/WEIGEND llegan a acusar, siguiendo a GOLDSCHMIDT, de poner a la teoría del estado de necesidad en una situación “de confusión verdaderamente lamentable”⁶⁷⁵ y que para ROLDAN BARBERO, por el contrario, lo importante de retener es el tratamiento que tanto KANT como HEGEL le confirieron a los casos específicos que sitúan el origen moderno del sistema categorial en sede de estado de necesidad⁶⁷⁶.

Como disyuntiva surge la teoría de la diferenciación que proyecta una comprensión dualista del fundamento del estado de necesidad: por un lado, se apoya, para los casos en los que los bienes jurídicos en conflicto sean desiguales, de menor intensidad el que se sacrifica, en la justificación de aquél; por otro, en la idea de exculpación cuando el conflicto es de bienes iguales⁶⁷⁷.

reza así: “La necesidad no conoce prescripción (*necessitas non habet legem*”; pero igualmente no puede existir necesidad que convierta aquello que es injusto en algo conforme a la Ley». Sin embargo, sí puede suceder que algo que «en sí mismo ha de considerarse injusto, logre obtener indulgencia» por parte de un Tribunal. El pasaje establece, en esencia, si bien con otras palabras, una diferenciación entre justificación y exculpación. Además, explica con claridad suficiente que una causa de exculpación no pertenece al «sistema de los derechos», por expresarlo en la terminología de Gentz. Finalmente, ofrece la razón por la cual un Tribunal sería indulgente con el autor del caso de Carnéades. Véase a HRUSCHKA, Joachim. “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVII. Traducido por Ricardo Robles Planas. Madrid, 2004, pp. 13-14. De todo lo expuesto anteriormente, concluimos que la importancia que puede revestir en la práctica este ejemplo para casos análogos y de sus corolarios va tener que ser sujeto al especial caso concreto que se esté examinando, pues el tratar de establecerlo de manera general para todos los supuestos, podría generar más problemas de los que resuelve. En concordancia con este ejemplo y dando una explicación fundamentada en la seguridad personal, véase a PIERRE MATUS ACUÑA, Jean. “La protección de la seguridad personal en el Código Penal”. En, *Revista Jurídica Ius et Praxis*. Volumen 15, número 1, 2009, pp. 387-396.

⁶⁷⁵ JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., p. 380.

⁶⁷⁶ ROLDÁN BARBERO, Horacio. “Estado de necesidad y colisión de intereses”. En, *CPC*, n° 20, 1983, pp. 483-484.

⁶⁷⁷ Esta teoría es la preferida mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia en España. Dicha teoría tiene sus orígenes en la reforma parcial del CPE de 1944, pues hasta entonces era opinión común que el estado de necesidad en todo caso revestía la función de una causa de justificación, por cuanto hasta el indicado momento la regulación legal de la eximente requería que en todo caso el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar. Con la

Para ROXIN, en el primero, en el estado de necesidad justificante, el actor ayuda a que se imponga un interés claramente preponderante, siendo valorada su intervención como socialmente provechosa y legal, con lo que su fundamento es claro y coherente; en el segundo, el tema es más complejo, para el autor alemán, pues si cierto es que la función de semejante perspectiva es la de negar expresamente que la conducta del agente necesitado pueda ser reprochada y declarada socialmente dañina, lo que sucede, sobre todo en relación a los contenidos del Código Penal germano, es que su conducta no es juzgada como necesitada de pena pese a la desaprobación legal⁶⁷⁸.

Sea cual sea la opción seguida, queda pendiente la concreción del verdadero fundamento del estado de necesidad que parece situarse, al menos inicialmente, como ya ha sido expuesto con carácter general, en la ponderación de intereses y en el predominio del Derecho. El matiz entre lo individual y lo colectivo es de vital importancia para la comprensión de esta figura jurídico-penal. SILVA SÁNCHEZ sitúa en buenos términos dicho planteamiento al proponer como fundamento su carácter objetivo y social, no centrado, por tanto, únicamente en la protección de bienes jurídicos individuales sino en el mantenimiento de la paz pública o, más ampliamente, del “*status quo*” ante. Se quiere decir con ello, que concurren dos planos en la base del estado de necesidad: proteger bienes, en la mayoría de los casos de titularidad individual, valorados conforme a las convicciones jurídicas del momento, pero al mismo tiempo se fija la propia trascendencia de la conducta necesaria en comparación con la del proceso que ella pretende impedir. Todo esto lleva al autor en cita, y no le falta razón, a afirmar que, inicialmente, no se trata de salvar al bien más valioso –a lo que también nos adherimos–, sino de solventar el conflicto surgido

ampliación legal del estado de necesidad a los casos de conflicto de intereses equivalentes, la doctrina (Antón Oneca y Rodríguez Muñoz) comenzó a elaborar la susodicha teoría dualista. Véase ampliamente a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 509 y ss.

⁶⁷⁸ ROXIN, Claus. “El estado de necesidad exculpante según el artículo 35 C.P.”. En, *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. de Manuel Artidoro Abanto Vásquez. Lima, 2007, pp. 327-328. Es menester recordar la concepción de la teoría jurídica del delito que presenta Roxin en la que sustituye la culpabilidad como elemento del delito por el más amplio de responsabilidad, integrador, precisamente, de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 792 y ss.

con la menor perturbación posible de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél⁶⁷⁹.

De cualquier forma las diversas propuestas narradas en relación al fundamento del estado de necesidad tienen especial y directa incidencia en su naturaleza. Tres teorías sobresalen en torno a ella: a) La considerada como mayoritaria que se deduce de la citada **tesis de la diferenciación**⁶⁸⁰ y que completa una perspectiva igualmente dual, por un lado adquiere naturaleza de causa de exclusión de la antijuricidad, cuando los intereses en conflicto son desiguales y se sacrifica el de menor estimación para proteger el de mayor – p. ej., el que rompe una cristalera de gran valor para escapar del fuego que se ha producido en el museo donde trabaja- por otro, en su caso, de exclusión de la culpabilidad, cuando el mal causado sea de igual entidad al evitado, se produce en el sujeto una situación en la que no se le puede exigir una conducta distinta de la que realizó; semejante “**inexigibilidad**” de actuación diferente a la que ejecutó, fundamenta, en principio, la **inexistencia de reproche culpable al sujeto** -el clásico supuesto ya citado de los dos naufragos, en el que uno acaba con la vida de otro por su propia supervivencia o el conocido del grupo de personas perdidas y aisladas en los Andes que para poder sobrevivir acaban con la vida de uno para alimentarse con su cuerpo-; b) La derivada de la **teoría de la unidad**, que se concreta, a diferencia de la diversidad de las que se pueden considerar su origen, en una naturaleza exclusivamente de causa de justificación, ya sea el conflicto entre bienes iguales o desiguales⁶⁸¹;

⁶⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español. En, *ADPCP*. Tomo 35, fascículo/mes 3, 1982, p. 665.

⁶⁸⁰ Sobre esta teoría, véase la postura y reflexión que realiza Joaquín Cuello Contreras al respecto. Este autor alumbra un complejo engranaje de los diversos tipos de situaciones de necesidad. A su juicio, el artículo 20.5 CPE es “un modelo de técnica y elegancia legislativa”, cuya amplia regulación permite cobijar las distintas modalidades de estado de necesidad con sus particulares reglas, aunque reconoce que puede ser difícil distinguir sus respectivas naturalezas. *Vid.*, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 841-842

⁶⁸¹ Por parte de los partidarios de la doctrina unitaria se ha esgrimido un argumento que podría dar en la «línea de flotación» de la mayoritaria teoría dualista, la crítica alude a una deficiente fundamentación dogmática de la teoría de la diferenciación. En este sentido, Valle señala: «En el supuesto de colisión de bienes equivalentes, ante la imposibilidad de individualizar uno preponderante, se afirma la naturaleza exculpante de la eximente sobre la base de la inexigibilidad de conducta adecuada a Derecho. Ciertamente, tal posición sólo puede responder a un acto de fe o a una interpretación voluntarista de los términos legales. Pues, lo

c) **Teoría heterodoxa de la diferenciación**, es una variable de la primera, desarrollada con poco éxito por algunos autores alemanes⁶⁸², en la que se parte de la coincidencia de que el estado de necesidad por conflicto de bienes iguales no alcanza el nivel de una causa de justificación, pero coincide con la teoría de la unidad en que es algo más que una mera causa de exculpación porque lo que estiman excluye es el “estar prohibido” del comportamiento, es la responsabilidad por el hecho⁶⁸³.

En la doctrina española es prácticamente unánime el seguimiento que se hace de la primera de las teorías citadas -teoría de la diferenciación o dualista-. La ya mencionada regulación, introducida por la reforma de 1944 que incorpora dentro del estado de necesidad tratado por el Código Penal, las hipótesis donde colisionan bienes iguales y la posible influencia de la doctrina y legislación alemanas que regula en su Texto Punitivo expresamente las dos modalidades -legítimamente en el §34 y eximente por exculpación en el §35- hacen, entre otras razones, que esta opción se presente como mayoritaria⁶⁸⁴. El hecho de que sea la más seguida no quiere decir que no tenga objetores de

cierto es que el criterio de la inexigibilidad debe suponer, de una u otra forma una distorsión en el proceso motivacional o decisorio del sujeto a la hora de realizar la conducta, de tal forma que impida o dificulte considerablemente su capacidad de actuar en consonancia con los mandatos o prescripciones que derivan de la norma penal. Lo que, sin duda no tiene por qué producirse por el simple hecho de que los bienes jurídicos en cuestión sean equivalente (piénsese en supuestos donde los bienes carezcan de una naturaleza personal), ni mucho menos cuando lo que se trata es de salvar un bien jurídico ajeno mediante la destrucción de otro bien perteneciente a un extraño, esto es, en supuesto de auxilio necesario». En definitiva la teoría de la diferenciación vendría a ser refutada por cuanto la existencia de conflicto de males equivalentes no puede fundamentar la exculpación de la conducta adecuada a la norma. *Id.*, ampliamente a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 510 y 511. Además nos resultan de relevante interés por su concreta fundamentación, las críticas que hace éste autor a los comentarios que están en pro de la teoría unitaria. *Ibidem.*, pp. 511-513.

⁶⁸² Entre otros, Hellmuth Mayer, Arthur Kaufman, Reinhart Maurach. Véase con mayor amplitud a GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”. En, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 1990, pp. 157-158.

⁶⁸³ De la interpretación de esta teoría alemana, entendemos que no es muy objetiva prácticamente hablando, es decir, su aplicación en ciertos casos concretos el lugar de ayudar a determinar si estamos frente a una circunstancia capaz de justificar o no una conducta, podría desorientar a la ya compleja y mencionada labor.

⁶⁸⁴ En este orden de ideas, con variados matices en relación a la vía a seguir para llegar a la compartida conclusión final, entre otros véase a CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 261 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARRÉ, Hernán. *Lecciones... Op. Cit.*, pp. 140 y ss. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 519 y ss. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.5... Op. Cit., pp. 345 y ss.

entidad. Así, GIMBERNAT ORDEIG tras mostrar las posibles debilidades de la teoría de la diferenciación, al destacar, por ejemplo, que frente a la conducta cubierta por un estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como causa de inculpación pero antijurídica debe ser posible la legítima defensa, como lo ha de ser la responsabilidad penal del que interviene como partícipe del correspondiente delito amparado para su autor en dicho estado de necesidad exculpante⁶⁸⁵ o el difícil tratamiento del error sobre la existencia de una situación de necesidad, se manifiesta partidario de estimar dicho estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como una causa de justificación “porque el Derecho renuncia ahí a una pena, no porque ésta sea la idónea para combatir el hecho cometido en estado de necesidad, sino porque no quiere combatir ese comportamiento”. De esa conformidad con el Derecho de la acción de estado de necesidad, GIMBERNAT ORDEIG concluye que no puede ser punible la participación en ella, que el error sobre los presupuestos de una situación de estado de necesidad excluye el dolo en la realización de la materia de prohibición y que no es posible contra ella la legítima defensa pero sí el estado de necesidad⁶⁸⁶.

Sobre una severa crítica a la hipótesis de la exculpación para los supuestos de estado de necesidad sobre bienes iguales basada en la no exigibilidad -mantiene que se llega a ella por exclusión de otras posibilidades, “por eliminación hay que recurrir a otro principio para explicar los conflictos entre bienes iguales; y como ese principio no ha sido encontrado en el ámbito de lo que se justifica se pasa al terreno de lo que exculpa, y en ese terreno lo único que se encuentra aprovechable es la idea de no exigibilidad”- ROLDÁN BARBERO llega a parecidas conclusiones, al menos en el final del camino, a las mostradas por GIMBERNAT ORDEIG, desde el momento que considera que con la amplitud del estado de necesidad su naturaleza únicamente puede ubicarse en la justificación del comportamiento sin que quepa recurrir, desde la conceptualización de la figura y de la propia comprensión de la culpabilidad

⁶⁸⁵ Más adelante y con detenimiento analizaremos esta figura. A la cual, con identidad semántica y para –desde ahora- evitar confusiones expositivas en el uso de la terminología, apuntamos que nos podremos referir a ella, como estado de necesidad exculpante, estado de necesidad disculpante o estado de necesidad excusante.

⁶⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “*Estado de necesidad...* Op. Cit., pp. 158 y ss.

dentro de la teoría jurídica del delito que el autor ofrece, a una “discutible idea de no exigibilidad”, cuestión esta última –cuestionamiento de la inexigibilidad como fundamento de la exculpación- en la que “inicial y limitadamente” podemos declararnos a favor⁶⁸⁷.

Más tenues, el menos en su alcance con respecto a la teoría de la diferenciación, pero igual de ilustrativas por su contenido, son las propuestas interpretativas que realizan GÓMEZ BENÍTEZ y MIR PUIG.

El primero de ellos cercano a la teoría unitaria, que declara más compatible con la regulación actual; aboga por esta solución sobre la base de dos argumentaciones, encontradas también en los autores anteriormente estudiados: a) Ausencia de interés político criminal en declarar típico y antijurídico un hecho que, en estado de necesidad, no ha causado un mal mayor que el que se trataba de evitar; b) Indiferencia social y jurídica en el conflicto de intereses planteados porque en este caso no se puede fundamentar en el principio del interés preponderante. La conclusión primera a la que llega es coincidente con la teoría unitaria: el estado de necesidad es, en todo caso, una causa de justificación; la segunda, es más compleja y se aleja de los rígidos cánones de aquella, al excluir del estado de necesidad así aceptado, los bienes personalísimos como la vida y la integridad física, porque para ellos no puede haber “indiferencia jurídica”. La posible ubicación para estos supuestos, en clave de exención de responsabilidad penal, cabe, entonces, situarla en el miedo insuperable, o análogas (eximentes supraleales, allí donde se admitan, o incluso en el trastorno mental transitorio)⁶⁸⁸.

De similar criterio es MIR PUIG, en el que GÓMEZ BENÍTEZ en parte se apoya, aunque no tan distante de la teoría de la diferenciación. Para aquél, autor con el que en parte disentimos, la única manera de evitar los inconvenientes que muestran las dos tendencias señaladas es desistir de cobijar en el artículo 20.5 tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, para limitar el alcance de dicho precepto al estado de necesidad

⁶⁸⁷ ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Estado de necesidad...* Op. Cit., pp. 504 y ss.

⁶⁸⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría...* Op. Cit., pp. 378-380.

justificante, entendido en su sentido más restringido; mientras que el estado de necesidad exculpante debe entenderse integrado en la eximente de miedo insuperable y, en lo que pueda resultar insuficiente, en una eximente analógica. Ello lo mantiene por las siguientes razones: a) El susodicho artículo 20.5 prevé un único tratamiento para todos los supuestos que describe y ese no puede ser otro que el estado de necesidad justificante; b) Es necesario restringir su alcance sobre la comprensión de que el Texto legal se refiere a una ponderación de “males” no de intereses o bienes; c) Tal precepto solo ampara los supuestos en los que el bien salvado posea un valor esencialmente superior al que se sacrifica, salvo cuando el mal que amenaza constituye una conducta penalmente típica⁶⁸⁹.

No es labor sencilla, como puede comprobarse, unificar con parámetros integradores las diversas opiniones en torno a las teorías unitarias o, al menos, a las contestaciones más o menos radicales a la teoría de la diferenciación, pero cabe buscar algunas claves identificadoras, sobre todo de las primeras expuestas: se suelen basar en propuestas novedosas en torno a la culpabilidad y críticas sobre la idea de no exigibilidad; censuran la excesiva amplitud del estado de necesidad; aluden a la mejora que suponen las teorías unitarias para la correcta resolución de algunos aspectos no especialmente aclarados por la teoría de la diferenciación derivados de la aplicación del estado de necesidad exculpante, como los aludidos en relación a la legítima defensa, participación y error⁶⁹⁰.

No obstante lo anterior, las respuestas de los autores que mantienen la reiteradamente señalada opción mayoritaria son igualmente contundentes en la valoración crítica de las argumentaciones unitarias. Así, por ejemplo, ROXIN alude al planteamiento de GIMBERNAT, afirmando que el autor pasa por alto que la renuncia penal en el caso del estado de necesidad no tiene que basarse necesariamente en una justificación, sino que también puede tener sus causas

⁶⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.* pp. 460-465, especialmente ésta última página. Seguido por: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*Sobre el estado de necesidad... Op. Cit.*”, pp. 664 y ss.

⁶⁹⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 256.

en el hecho de que el legislador no considere indispensable la punición de la conducta desaprobada por él⁶⁹¹.

Pero son otras muchas las que se pueden exponer, sobre la base de realizar una síntesis de las más relevantes utilizadas por la doctrina en este sentido. Ciertamente, y en primer lugar, es importante el concepto de culpabilidad del que se parte y, en su derivación, del de exigibilidad de conducta adecuada a la norma, pues si se admite, como hacemos, una conformación de desaprobación normativa de la imputación subjetiva al sujeto por el hecho antijurídico cometido, diferenciado de la comprensión de culpabilidad como motivación del comportamiento del sujeto que requeriría un anómalo proceso de motivación para su exclusión, el criterio de exigibilidad desarrollado sobre cánones normativos es válido para poder explicar el estado de necesidad exculpante tal como se ha planteado, en la idea de que no se precisa en el agente actuante alteración anímica o emotiva sino que se halle en un conflicto normativo individual suficiente para precisar que al sujeto no le es exigible una conducta adecuada a Derecho⁶⁹².

Con otra perspectiva, y en sus consecuencias prácticas, también son contestables las objeciones que se le hacen a la teoría de la diferenciación sobre la posibilidad de legítima defensa, de la responsabilidad del partícipe y del error sobre el estado de necesidad exculpante⁶⁹³. En los tres casos hay datos suficientes para neutralizar las objeciones planteadas. Con respecto a la primera lo que, por ejemplo, GIMBERNAT, en definitiva marca, al asumir, como más justo, la posible reacción basada en el estado de necesidad del que ve su bien atacado por otro que también obra como necesitado sobre bienes iguales, en su versión de causa de exclusión de la antijuricidad, en vez de la legítima defensa, si se estima como causa de exculpación, es la aceptación de la eximente de estado de necesidad frente al que actúa amparado sobre una causa de justificación. A pesar de sus esfuerzos por argumentar que tal

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. *El estado... Op. Cit.*, pp. 329-330.

⁶⁹² En similar sentido véase a MORALES PRATS, Fermín, En, *Parte General del Derecho Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Pamplona, 2009. pp. 522-524.

⁶⁹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 257.

afirmación está referida exclusivamente al estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales que no supone una valoración positiva de la conducta como le ocurre al resto de causas de justificación incluido el estado de necesidad sobre bienes desiguales, no parece especialmente de recibo semejante distinción pues, como indica CEREZO MIR⁶⁹⁴, si una conducta está amparada por una causa de justificación, si es lícita es porque el Derecho la valora positivamente, por tanto no cabe invocar el estado de necesidad frente al estado de necesidad, en los supuestos de conflicto entre bienes iguales, si la eximente tuviera, como cree GIMBERNAT, en esos casos naturaleza de una causa de justificación. Así pues, estamos de acuerdo, en principio, con el razonamiento de MORILLAS CUEVA cuando se inclina por considerar más operativa la hipótesis de la no exigibilidad, y en consecuencia, la de no culpabilidad y la correspondiente admisión de la legítima defensa al tratarse de un hecho antijurídico⁶⁹⁵.

En relación al segundo y tercero de los reparos tampoco alcanzan una dimensión neutralizadora de los contenidos planteados por los partidarios de la idea de la diferencia. Como bien asevera CEREZO MIR nada impide que a los partícipes en el estado de necesidad exculpante pueda asimismo aplicárseles una causa de inculpabilidad, siempre que se den sus requisitos; y en cuanto al error también parece interesante, aunque más discutible, la propuesta de aplicar extensivamente las reglas del error para las causas de justificación a esta especial causa de no culpabilidad, en una especie de analogía *in bonam partem*, que sostendría la aplicación de la regulación del error de prohibición para dichos supuestos⁶⁹⁶; solución ésta que dependerá de la toma de posición sobre la incidencia de este tipo de analogía en el Código Penal español.

⁶⁹⁴ CEREZO MIR, José. *Lecciones... Op. Cit.*, pp. 263-265. De igual forma: BUSTOS RAMÍREZ Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones... Op. Cit.*, pp. 141-142.

⁶⁹⁵ Piénsese en el tan traído ejemplo, a veces mal utilizado, de la tabla de Carnéades, si el naufrago A se abalanza sobre el naufrago B con la intención de arrojarlo al mar para que muera, la defensa de B, se realiza ante una agresión ilegítima, que, sin embargo, en clave de no exigibilidad podrá considerarse no culpable, pero en la actitud de B cabe, sin duda, legítima defensa.

⁶⁹⁶ CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 263-267.

Con respecto a la propuesta de MIR PUIG, y en parte, de la de GÓMEZ BENÍTEZ, nos parece más correcto y convincente lo que puntualiza MORILLAS CUEVA sobre lo inadecuado que resulta pasar los supuestos del estado de necesidad exculpante “directamente y sin mayor análisis”, al miedo insuperable porque se traslada ficticiamente la problemática a otra causa de inexigibilidad⁶⁹⁷, con lo que los presuntos problemas de la utilización de la no exigibilidad siguen siendo los mismos, ya que no en todos los casos donde se produzca esta forma de estado de necesidad se hará bajo los presupuestos del miedo insuperable, cuando así sea no habrá problema, lógicamente, en aplicar este último sobre un posible concurso normativo con coincidencia, en el mismo supuesto, de dos causas de no exigibilidad, y porque con esta permuta se excluye el llamado auxilio necesario, que permite la redacción legal del número 5 del artículo 20 para todos los supuestos que describe y que no acoge la redacción del miedo insuperable⁶⁹⁸. La remisión, en los casos de insuficiencia de este último, a la eximente analógica es todavía más discutible en atención a las previsiones del artículo 4 párrafo tercero del Código Penal.

Como ha podido comprobarse por todo lo descrito anteriormente y por la adherencia que manifestamos a algunos de los argumentos que creemos más viables en la práctica y realidad penal contemporánea, nos ubicamos con la posición más seguida en línea con los postulados de la teoría de la diferenciación. La redacción del Código Penal español y las argumentaciones a favor antes indicadas nos llevan a decantarnos por tal corriente doctrinaria.

Nuestra toma de postura la amparamos en la propia casuística jurisprudencial, la cual parece inclinarse por esta idea. Valga, como ejemplo, de muchas otras la STS de 24 de noviembre de 1997 cuándo explícita que «(...) Gozando actualmente de generalizado predicamento la concepción dualista o teoría de la diferenciación, que acepta el estado de necesidad justificante cuando el conflicto se suscita entre bienes desiguales valorativamente, sancionándose la permisibilidad del sacrificio del interés esencialmente inferior

⁶⁹⁷ Sobre la multifuncionalidad que posee la figura del miedo insuperable como eximente de responsabilidad criminal, abundaremos *a posteriori* con más detalle en un epígrafe especialmente dedicado a su análisis y operatividad.

⁶⁹⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General...* Op. Cit., p. 258.

al que se salva, causa de justificación siempre proclive a la sobrevivencia del interés preponderante; admitiendo a la vez, el estado de necesidad exculpante, conflicto entre bienes iguales o de la misma entidad, al no ser exigible que se deje de sacrificar el interés amenazado, pese a que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro, causa de exculpación fundada en que el Derecho no puede imponer actitudes de heroicidad al dirigirse con sus advertencias y admoniciones ordenadoras al hombre medio».

En todo caso, y dicho lo anterior, es preocupante la excesiva extensión que a esta causa binaria de exclusión de la responsabilidad criminal se le puede dar en una interpretación en demasía amplia. Basta atender al ejemplo que por el tema de la presente investigación resulta *ad hoc* y que el Catedrático de la Universidad de Granada MORILLAS CUEVA expone; es el caso del cirujano que extrae un riñón a un paciente, sin su consentimiento, para salvar la vida de un familiar que necesita con urgencia que otro especialista le haga el trasplante⁶⁹⁹. En principio y con aplicación estricta de las exigencias del estado de necesidad, siempre que se den los demás requisitos, estamos ante un estado de necesidad justificante, con bienes de desigual valor y el mal causado es menor que el que se trata de evitar -vida frente a lesiones-. Sin embargo, la generalización de esta posibilidad llevaría a un tremendo descontrol social y a la caza del riñón o cualquier otro órgano de indefensos ciudadanos para justificar el salvamento de otros⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ Es verdad lo que expone el Profesor Morillas Cueva en el sentido de que la aplicación formal de las premisas del estado de necesidad en este caso en particular son contraproducentes y que inciden en ambas modalidades, pero también es cierto – y por eso es oportuno tratar de llegar a una conclusión- que no es descabellado la actualización de este supuesto en la práctica galénica, sobre todo, en aquellos casos donde hay médicos que intentan lucrar con este tipo de comportamientos bajo previo acuerdo con el beneficiario –en este caso en concreto, el acuerdo previo sería con la persona quien recibe el riñón-.

⁷⁰⁰ Para José Cerezo Mir, semejante hipótesis supone, además en clave de causa de justificación, un grave atentado contra la dignidad de la persona, cuestión que, según él, llevaría a considerar la conducta como ilícita y, por tanto cabrá la legítima defensa, pues su única ubicación posible sería como causa de inculpabilidad. Parece atrevida e imaginativa la propuesta, pero escasa de apoyo legal, al menos en el Texto Punitivo, basada fundamentalmente en Principios Generales de, a veces, difusa aplicación. El problema es de límites al estado de necesidad en general, que sería conveniente concretarlos todavía más de *lege ferenda*. Como afirma la STS de 1 de octubre de 1999 es una cuestión, la del estado de

1.3. Requisitos

Mientras se concretaba el concepto de estado de necesidad se adelantaban algunos de los criterios a seguir para fijar su desarrollo y los elementos que lo configuran. La estructura sistemática que utiliza el Código Penal en el número 5º del artículo 20 lo realiza en esta tesitura. En un primer término describe el objetivo de la regulación de dicha institución para luego concretar las condiciones que exige para su total configuración.

En la unión de ambas hipótesis la jurisprudencia ha señalado cinco requisitos que han de concurrir para estimar el estado de necesidad como eximente; los dos primeros, completan la parte introductoria y el resto son los que específicamente así describe el Texto Punitivo: a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso que haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) Que el mal o el daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males; d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o a asumir los efectos del mal pendiente o actual⁷⁰¹.

necesidad, en la que hay que proceder con extrema cautela. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 259.

⁷⁰¹ STS, entre otras de: 5 de noviembre de 1994, 14 de octubre de 1996, 29 de mayo de 1997, 23 de enero de 1998, 9 de abril de 1998, 27 de abril de 1998, 20 de mayo de 1999, 1 de octubre de 1999, 24 de enero de 2001, 10 de febrero de 2003, 12 de mayo de 2003. Respecto de los requisitos que encierra el estado de necesidad Quintero Olivares señala los siguientes y los describe en este orden: 1º. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2º. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3º. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. *Vid.*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, p. 513.

1.3.1. Situación de necesidad

Como se ha expuesto previamente, la primera de las exigencias a las que alude el número 5º del artículo 20 antes de la fijación de los requisitos específicos que han de concurrir para que realmente se produzca un estado de necesidad es precisamente la viabilidad de éste. Se producen, entonces, dos planos de actuación: por un lado, las condiciones que materialmente se necesitan para que pueda atenderse a la idea de estado de necesidad; por otro, aquellos elementos que se han de unir a estos para conseguir una valoración jurídico-penal de la conducta que se realiza en estado de necesidad como exenta de responsabilidad criminal⁷⁰². De la narración legal de aquél, es factible establecer las siguientes pautas de estudio sistemático: a) Peligro de un mal propio o ajeno; b) Necesidad de la conducta; c) Lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber.

1.3.1.1. Peligro de un mal propio o ajeno que se pretende evitar

De la exegesis del artículo 20.5 del CPE en primer término se desprende la referencia a un mal propio o ajeno que se pretende evitar. Esta redacción involucra una situación de peligro para los bienes jurídicos del sujeto necesitado que se ha derivar del susodicho mal. Así, algunos autores como MORILLAS CUEVA sugieren que lo primero que hay que desarrollar es la amplitud de ese peligro que supone el mal.

En este sentido, según SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, la situación de peligro es aquella en que puede afirmarse la posibilidad relevante o la probabilidad de una producción de un mal a un concreto bien o interés de un sujeto⁷⁰³. Este planteamiento posiblemente en exceso genérico es recortado conceptualmente por algunos autores. Para MIR PUIG peligro significa algo

⁷⁰² *Vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 260., en el mismo orden de ideas a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. "Artículo 20.5... Op. Cit.", pp. 357-358.

⁷⁰³ *Ibidem.*, *supra.*, pp. 358-359. Junto a semejante afirmación el autor advierte que dicho concepto se mueve en parámetros generales, cuya precisión posterior vendrá de la mano de los requisitos que ulteriormente se exigen para el estado de necesidad.

más que probabilidad. No basta la sola posibilidad de un mal, sino que tiene que existir una probabilidad inminente⁷⁰⁴.

La jurisprudencia se decanta en esta última línea, como, por ejemplo, hace la STS 27 de marzo de 1998 cuando afirma que en el estado de necesidad se erige como piedra angular el peligro concerniente sobre un bien jurídico que «torna probable -y en alto grado- la originación del temido mal a cuya evitación propende la intervención del agente, concreto y definido riesgo siempre referible a un momento anterior a la realización o ejecución del hecho».

No obstante lo anterior, el absolutismo de la inminencia del peligro ha de ser matizado, a pesar de que tanto los Tribunales como un cierto sector de la doctrina son inflexibles en su total exigencia, llevando a erradicar del estado de necesidad los supuestos, por ejemplo, de estrechez o angustia económica, de paro, de carencias básicas⁷⁰⁵. Algunos autores, por el contrario, demandan una mayor flexibilidad. Así, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, sobre la base de que semejante especificación temporal no está expresamente consagrada por la Ley y de que su aceptación integral limita en exceso la norma, mantienen la regla general de la inmediatez, excepto en los casos en los que no quepa con

⁷⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...Op. Cit.*, p. 461. La STS de 5 de diciembre de 1994 distingue entre peligro inminente y simplemente probable, considerando bastante éste último si la situación de necesidad es «acuciante y grave». Sobre la concurrencia de la probabilidad inminente, Mir Puig sugiere que el Juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (*ex ante*) y enjuiciar la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente (como se hace en la teoría de la adecuación en materia de imputación objetiva del resultado). *Ídem*. Véase también sobre el análisis de esta Sentencia a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, BALDÓ LAVILA, Francisco, y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General*. Barcelona, 1997, pp. 256-258.

⁷⁰⁵ De esta manera, la STS de 12 de mayo de 2003, en un delito contra la salud pública, establece que “no se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penurias económicas, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual e inminente del traficante, y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios”.

el transcurrir del tiempo ni siquiera una atenuación del conflicto, con lo que aquella pierde su sentido⁷⁰⁶.

Como sugiere el Profesor MORILLAS CUEVA, por las particularidades tan diversas que pueden considerarse en el caso concreto «es preciso que en un tema de este alcance sea la cautela quien predomine en las decisiones que se tomen»⁷⁰⁷.

Es frecuente en la jurisprudencia dirigir el peligro objetivo hacia un bien jurídico propio o ajeno, pensando que el mal que se intenta evitar supondría, de llegar a darse, una lesión a un bien jurídico. Esta versión excesivamente formalista del peligro que se pretende evitar no está apoyada en ninguna interpretación auténtica directamente formulada por el legislador e, incluso, para GÓMEZ BENÍTEZ, ni es real en la propia jurisprudencia, ni es obligada, ni tampoco político criminalmente acertada⁷⁰⁸.

Ciertamente la dialéctica de confrontación en el estado de necesidad no se da siempre entre bienes jurídicos penalmente protegidos, aunque sí en la mayoría de las ocasiones, sino entre un mal y la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber -piénsese en el supuesto de una persona que tiene un tremendo dolor fruto de un padecimiento grave, que lo hace insoportable, acude a la única farmacia del pueblo donde tienen los calmantes necesarios para evitar que se intensifique la situación y al estar cerrada y el dueño en otra ciudad, rompe la puerta, entra y toma las pastillas-. Obviamente estas situaciones hay que situarlas con los demás elementos de la eximente y, en consecuencia, por ejemplo, al tener que ser el mal causado menor que el que

⁷⁰⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 521-522.

⁷⁰⁷ La petición de inmediatez versus actualidad del peligro, y en consecuencia del mal, es la interpretación más correcta, pero ello no quita que, en determinados casos, puedan asumirse realidades prácticas en las que una situación permanente mantenga el susodicho peligro -por ejemplo en los casos de aborto e incluso, muy matizados, en los de penuria económica extrema-. Más cuando el propio peligro implica un juicio de valor a realizar con posterioridad por los Tribunales, pero emitido sobre las precisiones *ex ante* del caso concreto y sobre como actuaría en la misma situación una persona media con sus conocimientos y con los que subjetivamente pudiera tener el actor. *Vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 262.

⁷⁰⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría... Op. Cit.*, p. 369.

se trata de evitar, y éste sí supone la lesión de un bien jurídico, el margen real de maniobra es mínimo⁷⁰⁹. En cualquier caso, la solución nos lleva a la propia extensión conceptual del mal, pues éste, en definitiva, según el propio Texto Punitivo sirve para designar legalmente aquello que se trata impedir y lo que se produce con la acción desarrollada bajo las premisas del estado de necesidad.

El origen del peligro puede ser múltiple. Cabe que surja de fenómenos naturales, de accidentes, de disturbios o del propio comportamiento humano, aunque en este último caso hay que ser restrictivo en la apreciación, como se vio al diferenciar el estado de necesidad y la legítima defensa, pues si dicha procedencia del peligro es fruto de una agresión ilegítima estaríamos, en principio, en legítima defensa.

Sobre las particularidades o características del mal, tenemos que el legislador se refiere a un mal propio o ajeno. Lo primero a plantear son precisamente los contornos que definen a dicho mal. MIR PUIG⁷¹⁰ aconseja formularse las siguientes interrogantes a efecto de ir en busca del alcance de ese significado en esta particular causa de justificación –estado de necesidad justificante- ¿es mal todo aquello que lo sea –naturalísimamente- o sólo lo que lo sea según valoraciones sociales?; y, ¿qué valoración debe decidir si algo constituye un mal, la valoración del sujeto afectado, las valoraciones sociales dominantes o no, o la valoración jurídica?

Los anteriores planteamientos que, dan lugar a distintos debates jurídicos-doctrinales en el ámbito penal se pueden acotar de la siguiente manera. Dos enfoques se han manifestado en la doctrina: uno, amplio y que se

⁷⁰⁹ El Profesor alemán Claus Roxin hace referencia a que no es preciso que el bien jurídico esté juridicopenalmente protegido y pone los siguientes ejemplos obtenidos de la jurisprudencia alemana, alguno de ellos con difícil utilización en el Derecho Penal español: “el puesto de trabajo seguro” se ha considerado como “otro bien jurídico” susceptible de estado de necesidad; toma de sangre a la víctima alcoholizada en un accidente para evitar tener que pagar indebidamente una pensión a los herederos (profanación de cadáveres); defensa, en determinadas circunstancias, de “un procedimiento penal ajustado al Estado de Derecho”, en el caso del defensor que únicamente puede probar la parcialidad del Juez utilizando una grabación magnetofónica no autorizada. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 675.

⁷¹⁰ En el primer sentido sería mal todo aquello que daña, causa un resultado materialmente lesivo, aunque la sociedad lo valore positivamente y desde las valoraciones sociales no importaría aquel mal material, sino sólo lo que la sociedad valore negativamente. Véase ampliamente a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 462 y ss.

identifica con todo aquello que daña, que supone una lesión; otro, estricto, valorativo, únicamente sería mal a los efectos que tratamos el valorado negativamente como tal. Es este segundo el comúnmente aceptado por la doctrina y el que parece más adecuado al objetivo que se persigue. No obstante, el problema se suscita inmediatamente, después de su inicial admisión, a la hora de concretar el cómo de esa valoración. Tres son en resumen las propuestas: a) La primera asume que el mal se concreta a través de un juicio desvalorativo de tipo social, defendida por CÓRDOBA RODA⁷¹¹; b) La segunda más reducida, se fija en el desvalor jurídico del mal, presentada por LUZÓN PEÑA y CUERDA RIEZU⁷¹²; c) La tercera viene de la mano de SILVA SÁNCHEZ sobre la negación de la perspectiva naturalística del mal pero también de un punto idealista -como antítesis del bien-, de la perspectiva meramente jurídica y del enfoque absolutamente individualista precisa una valoración jurídica atenta al real significado -posición jurídico social- de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas⁷¹³.

Creemos que de las mencionadas teorías es la última de ellas la que puede encontrar una mejor ubicación entre lo que dispone el Derecho y lo que demanda la realidad; cuestión que sin duda nos motivaría a evaluar el “caso concreto y haciendo caso a lo que dispone jurídicamente la exegesis de la Ley, evitando” así hacer un uso “vago y difuso” de lo que puede encerrar el significado de mal.

⁷¹¹ Para este autor el juicio desvalorativo ha de venir por parte de la sociedad sin que merezca la consideración como tal en el hecho así sentido desde el punto de vista individual. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Barcelona, 1972, p. 277.

⁷¹² Luzón Peña considera la necesidad de que se hable de un mal en sentido jurídico, pues si no amenaza un desvalor jurídico, sino algo jurídicamente indiferente o incluso amparado por un derecho o por otra causa de justificación del resultado «sería incomprensible e incompatible, no ya con la ponderación de intereses, sino sobre todo con la función protectora del Derecho que éste admitiera que para evitar resultados indiferentes o valorados positivamente se causen males jurídicos». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso... Op. Cit.*, p. 624.

⁷¹³ Desde esta óptica dicho autor, asienta que el dolor y el sufrimiento son males, pero también, en la realidad y por tanto para el Derecho, una pena privativa de libertad o la reacción frente al que se defiende legítimamente; que se desestime en estas últimas el estado de necesidad no se debe a que falte el presupuesto de la amenaza de un mal, que se da, sino a que el Ordenamiento Jurídico, atendiendo a la susodicha realidad social, estima “correcta y consecuentemente, que en ella el mal causado es mayor que el que se trata de evitar”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad... Op. Cit.* pp. 669-670.

De otro lado tenemos que según reiterada jurisprudencia el mal que amenaza, es decir el que ha de generar el estado de necesidad, tiene que ser actual y absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo⁷¹⁴.

De la lectura legal del precepto que el Texto Punitivo español dispone en su artículo 20.5 se desprende una expresión legal: “para evitar un mal propio o ajeno”, la cual abre la posibilidad de incluir tanto la conducta del que actúa ante un riesgo derivado de un mal propio como el que lo hace para evitarle dicho mal a un tercero. En este segundo supuesto se está en el denominado auxilio necesario⁷¹⁵. Se produce, en consecuencia, un comportamiento tendente a resolver una situación de necesidad por una persona distinta al necesitado que, sin embargo, por estas circunstancias y obviamente asimismo sujeto a todos los requisitos que exige el ya mencionado artículo, le ayuda a impedir que se concrete el mal sobre aquél.

Acaso el problema más peculiar que puede presentar esta forma de estado de necesidad sea la de concretar la persona necesitada a la que el tercero auxilia. No cabe duda que es la persona física. La cuestión a debatir es si cabe integrar, asimismo, a la sociedad en general o al Estado como ente, político. LUZÓN PEÑA se muestra reacio a esta última posibilidad, al estimar que si bien, en principio, pueden ser los de la comunidad, fuera de la colisión de deberes, en clave de ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber o de evitar un mal a otra persona, la admisibilidad del estado de necesidad para salvar intereses comunitarios, o del Estado, tropieza con obstáculos similares a los de la legítima defensa en cuanto a la idoneidad o no

⁷¹⁴ Véase STS, de 27 de marzo de 1998, 1 de octubre de 1999, 24 de enero de 2000, 10 de febrero de 2002, entre otras.

⁷¹⁵ El auxilio necesario se presenta cuando alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona lesionando un bien jurídico ajeno: en lugar de actuar el necesitado, lo hace un tercero que le ayuda. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 464. Siendo nuestro tema de estudio la actividad médica; encontramos el ejemplo no poco frecuente del galeno que como último recurso u opción, toma un vehículo ajeno para trasladar con de urgencia al hospital a un herido muy grave. El artículo 20.5 del Código Penal español admite el auxilio necesario sin limitación de las personas que pueden ejercerlo; no exige que el auxiliador sea un pariente o persona vinculada al necesitado.

de la acción salvadora o a la existencia de una auténtica situación de necesidad⁷¹⁶.

De lo que precede, encontramos una postura en sentido contrario; y es expuesta por SILVA SÁNCHEZ que, sobre argumentos gramaticales, sistemáticos y diferenciadores de la legítima defensa, acepta la hipótesis más amplia de incorporación dentro del concepto de ajenidad de determinados supuestos relacionados con la sociedad o con el Estado en los términos enunciados anteriormente y siempre que “sean respetados los estrictos límites de proporcionalidad que evitan los gravísimos riesgos inherentes a una actuación en este sentido, y resulte en definitiva beneficiado el principio de la paz jurídica”⁷¹⁷.

La interpretación especialmente restrictiva, por individualista, del “mal ajeno” puede llevar a situaciones excluyentes del estado de necesidad poco satisfactorias. Son muchos los ejemplos que se pueden poner como fundamento de tal afirmación. MIR PUIG describe algunos casos al respecto: quien para evitar un grave desorden público tiene que cometer una falta de coacciones leves en la persona del alborotador o casos extremos donde se halla en juego la seguridad o el destino del propio Estado⁷¹⁸; o tratándose de la materia sanitaria podemos pensar en el caso de que, ante una epidemia viral, se le aplica a un individuo infectado en contra de su voluntad –a efectos de evitar producir daños mayores en el resto de la población- la vacuna que palia con dicho virus y que se resiste a vacunarse por cuestiones religiosas. En Alemania, el Profesor ROXIN aunque “de manera muy puntual” –las comillas son mías-⁷¹⁹, igualmente defiende esta idea y asimismo alude a algunos

⁷¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso... Op. Cit.*, p. 625.

⁷¹⁷ Véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad... Op. Cit.*, pp. 670-671.

⁷¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 465.

⁷¹⁹ Matizamos las palabras “muy puntual” porque, merece la pena señalar como el catedrático alemán habla también de la rareza de que se presenten en la práctica este tipo de circunstancias de un estado de necesidad justificante a favor de bienes jurídicos de la comunidad –y creemos que esto, no está alejado de la realidad española-. En primer término, porque en la mayoría de los casos «se podrá hacer frente al peligro de otro modo», verbigracia, llamando a la autoridad; no es casualidad que algunas de las sentencias relacionadas con el asunto en comento y dictadas por el RG alemán se refieran a situaciones de excepción para el

supuestos, entre ellos, el del particular que, viendo como un espía quiere cruzar la frontera con material “peligroso” –esta adjetivo es mío- importante lo coacciona y lo detiene en defensa de la seguridad del Estado⁵⁶².

1.3.1.2. Necesidad de la conducta (carácter absoluto)

Si bien es cierto que dentro del tipo legal que estamos tratando no lo determina de manera expresa, es verdad que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la exigencia, deducida de la propia descripción típica y conceptual de la institución en estudio, del requerimiento de la necesidad de la intervención salvadora. Esto es, la advertencia de que no se puede hacer frente de otro modo al peligro generado. Como apunta ROXIN se trata de una condición correlativa al de la necesidad en la legítima defensa, aunque ciertamente a diferencia de ésta, aquí -en el estado de necesidad-, sí es imprescindible buscar toda ayuda que pueda conseguirse para neutralizar el peligro antes de atacar bienes jurídicos ajenos⁷²⁰. Son criterios de concreción diferentes sobre una parecida situación, más extensos por exigentes en el estado de necesidad⁷²¹.

Respecto de la característica relativa al carácter absoluto que da título complementario al presente epígrafe deriva de la expresión utilizada por el Tribunal Supremo español; en donde, con «carácter absoluto» matiza la exigencia de que la lesión o infracción realizadas fueran la vía menos lesiva para evitar el mal amenazante⁷²². Abundando en otra característica que tilda a la conducta y que –como lo ha dispuesto el TS en distintas ocasiones-

Estado. Y en segundo lugar porque no es lícito burlar, en los resultados prácticos, la no susceptibilidad de la legítima defensa de los bienes jurídicos de la comunidad mediante la autorización de un estado de necesidad. Si por ejemplo, un particular no puede proceder en legítima defensa de terceros contra una conducción en estado de embriaguez o una excepción de escritos pornográficos, sería absurdo permitirle ampararse en el estado de necesidad justificante. Es cierto que los bienes jurídicos afectados en tal supuesto también son susceptibles como tales en estado de necesidad, pero la ponderación ha de resolverse en su contra debido a la decisión valorativa previamente marcada por el derecho de la legítima defensa. Así, el ejemplo del espía encontrará aplicación sólo cuando no le afecten los puntos de vista decisivos para la exclusión de la legítima defensa. Véase a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 675-676.

⁷²⁰ *Ídem., supra.*

⁷²¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 265.

⁷²² *Vid.*, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p 467.

configura la esencia de la tratada eximente es lo relacionado a la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno⁷²³.

Tal vez, y en este orden de ideas, encontramos que la cuestión más problemática al respecto sea la concreción de la necesidad. Esta ha sido presentada sobre los dos niveles antes dichos: a) Necesidad abstracta, como condicionante genérica del estado de necesidad, esto es, la exigencia de una acción salvadora valorada sobre los presupuestos globales del estado de necesidad; b) Necesidad concreta, en la que se han de apreciar los criterios específicos en relación a los cuales se considerará la conducta con posibilidades de salvación de un bien jurídico puesto en peligro como necesaria, cuando se manifiesten otras hipótesis alternativas de parecidas características⁷²⁴. Como indica la STS de 27 de marzo de 1998, la primera es limitante del estado de necesidad, la segunda únicamente condiciona la acción realizada. Puede suceder, en consecuencia, que concurra en un determinado supuesto la necesidad abstracta, con lo que materialmente se manifiesta el estado de necesidad, pero ello no es directamente determinante como exención de responsabilidad porque puede suceder que en la acción concreta que se realiza para proteger el bien jurídico o el deber propio o ajeno no se den las circunstancias de la necesidad concreta.

Muchas son las hipótesis que pueden ser planteadas. En sentido positivo, por ejemplo, no falta la necesidad de acción cuando es factible optar por varios bienes igualmente apropiados para la intervención salvadora: dos individuos están caminando por una urbanización poco habitada en invierno y

⁷²³ Véase STS de 1 de octubre de 1999.

⁷²⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 266. **Sobre la existencia de la necesidad abstracta** Mir Puig expone que esta cuestión puede someterse a discusión cuando puede evitarse toda lesión típica huyendo, esquivando, acudiendo a la ayuda estatal o de terceros. Si se admite la necesidad abstracta en estos casos, por entender que de todos modos hay necesidad de hacer algo –aunque sea huir, etcétera-, el no usar de los medios no lesivos se considerará un caso en que sólo falta la necesidad concreta (y según este autor, cabe la eximente completa). En cualquier caso, no se discute que tales medios impiden la exención total, pues se entiende que el estado de necesidad es subsidiario de los mismos (carácter subsidiario) –mientras que este carácter se discute respecto a la legítima defensa (sobre todo suele negarse que ante una agresión ilegítima sea exigible la huida)-. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 467-468.

durante la marcha A sufre un desvanecimiento, B tiene que llamar por teléfono y de las tres casas que hay enfrente de él, ninguna habitada en ese momento, opta por entrar en la de la izquierda pegándole una fuerte patada a la puerta y en consecuencia realizando el comportamiento típico descrito por el artículo 202, allanamiento de morada. La operatividad aquí del estado de necesidad no se ve empañadas por la circunstancia de que alternativamente podía haber entrado en las otras dos casas. Otra cosa sería si hubiera habido luz y signos de habitabilidad en la mansión del centro y, a pesar de ello, fuerza la deshabitada. En sentido negativo: dos personas van en un automóvil, el conductor A no ha bebido, pero el acompañante B lleva un alto índice de alcoholemia; en un momento determinado B, al frenar, se da un golpe en la cabeza que le produce una herida sangrante, por lo que B, una vez parado el vehículo, se baja y cambia de situación para A, pasándolo al asiento trasero, y lo intenta llevar B, a pesar de su ebriedad, a un hospital, observando, al mismo tiempo que estaba en una parada de taxis, donde había tres en espera de clientes. La conducta de B está tipificada en el artículo 379.2 del Código Penal español y no ha de ser amparada en el estado de necesidad porque no era el medio menos dañoso para evitar el mal sobre A, puesto que fácilmente podía haber utilizado un taxi.

La idea, al menos con carácter general, es, como señala la STS de 27 de marzo de 1998, de que la aceptación del estado de necesidad ha de suponer la estimación de una *última ratio*, como forma de solucionar o paliar un acuciante y grave problema que, por sus caracteres e inminencia, no permite dilaciones o aplazamientos en su solución. Dicho esto y también que la valoración ha de hacerse fundamentalmente sobre términos objetivos y abstractos, con aplicación de módulos estrictos de interpretación en la idea de evitar, en la manera de lo posible, la perturbación estéril de bienes jurídicos ajenos y más en clave de justificación, hay que añadir que es preciso complementarla, para no caer en la negatividad de una virtualidad absoluta, con la estimación, asimismo, de las circunstancias concurrentes en el hecho,

de la situación en que se encuentra el sujeto defensor y de los medios de los que dispone en el hecho concreto⁷²⁵.

En este último sentido, la citada sentencia, en línea con la opinión de la propia Sala 2ª, es especialmente proclive en relación con el delito de tráfico de drogas en negar cualquier compensación, ni de manera completa o incompleta, con la necesidad de la angustia o de la estrechez económica que se pueda detectar en el sujeto o en su entorno familiar, que si bien es posible ser “invocada ante organismos, instituciones o centros de beneficencia y asistencia social no puede servir de escudo para legitimar de algún modo, directo o indirecto, una actividad tan ilegal y reprochable como el tráfico de drogas, que entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente emisor, por muy agobiante que sea este problema”.

A la luz de lo anteriormente expuesto consideramos importante mencionar que tratándose de la actividad médica, sobre todo, en lo que se refiere a casos de urgencia, la cuestión relacionada con el estado de necesidad justificante es un poco más compleja de lo que parece, más aún, cuando es el bien jurídico de vida humana el que está en juego⁷²⁶.

Así y a efectos de no involucrarnos en cuestiones religiosas, políticas o de otra índole que escapen al Derecho en general y el Derecho Penal en particular, en principio, creemos que, ante éste toda vida humana tiene el mismo rango y no podemos asignar un distinto valor a la vida. Bien así, no sería jurídicamente correcto justificar la conducta de un galeno que le quitara el único aparato de respiración artificial en la clínica –y con ello dejarlo morir- a un paciente que tiene el 20% de posibilidades de sobrevivir, para poder salvar de esta manera a otro ingresado posteriormente con el 80% de posibilidades de seguir viviendo. De la misma forma sería antijurídico que un médico matara a un paciente al que sólo le quedaba poco tiempo de vida, para poder extraer de su cadáver un órgano que posiblemente aseguraría una larga vida a otro

⁷²⁵ Por todos véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 267.

⁷²⁶ En este sentido véase a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 686.

paciente que de lo contrario estaba condenado a vivir. Todas estas, son cuestiones que pueden entrar en debate y que ameritan ser tratadas con cierta medida. En este momento de la investigación no pretendemos ser concluyentes al respecto –cuestión de la que nos ocuparemos en posteriores epígrafes- sino que, es nuestro objeto inmediato, esbozar la compleja realidad ante la que se enfrentan los profesionales de los servicios sanitarios en el día a día durante su noble práctica profesional en relación con el tema que venimos analizando.

No obstante los ejemplos expuestos, lo anterior no es óbice para señalar y concluir diciendo que se debe atender a que la infracción de la norma que supone la acción salvadora tiene que incrementar de manera medible la oportunidad de amparar el bien más valioso.

1.3.1.3. Lesión a un bien jurídico ajeno o infracción de un deber

No está demás señalar que todo tema que tenga relación directa con el bien jurídico es *per se* delicado y requiere puntual tratamiento. En el caso del estado de necesidad no es supone la excepción.

Sobre la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber, tenemos que, la actual redacción del artículo 20.5, procede en este punto, del Código Penal de 1932. Anteriormente el CPE de 1870 sólo permitía el estado de necesidad que lesionara la propiedad ajena, y el CPE de 1928 aludía a que el hecho “produzca daño en la propiedad o derechos ajenos”. No se mencionaba la infracción de un deber, porque en el artículo 8.13 CE de 1870 y el artículo 61.3 CPE de 1928 se preveía especialmente una eximente para “el que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e insuperable”. Este origen histórico **ha hecho pensar** –de manera equívoca- que la “infracción de un deber” sólo se refiere a los supuestos de omisión, en los cuales se infringe un deber de actuar⁷²⁷.

Dicho lo precedente es objeto de este epígrafe analizar el bien jurídico –relacionado con el estado de necesidad- o el deber a lesionar o a infringir. Es

⁷²⁷ Santiago Mir, señala que dicha interpretación no resulta obligada. *Vid.*, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 466.

frecuente en la doctrina la afirmación de que dado que los deberes jurídicos son exigidos por el Ordenamiento Jurídico para la protección de determinados bienes, su inclusión, junto a ellos, puede parecer innecesaria⁷²⁸.

La **fórmula** que ha utilizado el legislador es especialmente **amplia** donde caben muchas posibilidades, incluso tantas que pueden ser realmente repetitivas. En primer término tenemos que, no limita los bienes jurídicos de otra persona que pueden lesionarse, y sólo hará falta que su lesión constituya un hecho previsto en algún precepto penal, pues de otro modo está claro que no sería precisa la eximente⁷²⁹. En segundo lugar, tampoco se limitan los deberes que pueden infringirse. Aunque el origen histórico de la fórmula actual pudiera sugerir que el legislador pensó en los deberes de actuar y en su infracción mediante una omisión, lo cierto es que ello no encontró reflejo en el Texto de la Ley. Sin embargo, aquí surge una de las cuestiones que nos pueden llevar a un escenario de amplio debate –cuestión que no es objeto del presente estudio- al tener que preguntarnos: si el concepto de persona incluye tanto personas físicas como jurídicas y si ubica, además, dentro de dicho concepto al Estado y otros entes políticos así como los bienes suprapersonales en general.

SILVA SÁNCHEZ estima que estos últimos no son integrables en dicho concepto y que posiblemente dado que la narración legal no añade, como hace con los bienes, la restricción de la persona, ésta será la vía para su incorporación al estado de necesidad. Para ello, consideramos oportuno que hay que interpretar, como hace SILVA SÁNCHEZ, de manera extensiva la indicación genérica a la infracción de deberes, integradora tanto de los deberes de actuar que se infringen por omisión y deberes de no actuar que se infringen actuando⁷³⁰ -en el primer caso se cita, como ejemplo, la conducta contenida por el artículo 410 en clave de negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior; desobediencia que supone un obligación de obrar que se incumple

⁷²⁸ CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 277.

⁷²⁹ Vid., MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 466. También en este sentido a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 268.

⁷³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre el estado de necesidad... *Op. Cit.*", pp. 676-677.

por omisión; en el segundo se infringe un deber de omitir, en este caso sobre un bien supraindividual, la seguridad vial, cuando se conduce con velocidad excesiva, artículo 379.1, para trasladar a un herido grave-.

Empero lo precedente, creemos que lo dicho hasta ahora no es suficiente para argumentar la diferenciación conceptual que el número 5º del artículo 20 fija, dado que, como señala MIR PUIG y hacíamos alusión *supra*, en principio, no parece fácilmente aceptable que la imposición de un deber no tenga como finalidad la protección de un bien jurídico y, viceversa, que la infracción de un deber no se produzca a través de la lesión de un bien jurídico. Desde tal perspectiva, lesión de bien jurídico e infracción de deber van unidos y su separación no deja de suponer una reiteración. También SILVA SÁNCHEZ se manifiesta sobre semejante afirmación negativa contraponiendo al sentido jurídico-concreto en el que el mismo autor acepta la no viabilidad de la separación, el sentido lógico-abstracto de la infracción que se justificaría en los delitos imprudentes -infracción de la norma de cuidado-, en los delitos de omisión y en los delitos dolosos en clave de imputación objetiva del resultado al sujeto, sobre la base del riesgo jurídicamente desaprobado de producción de ese resultado concreto y los delitos dolosos de mera actividad. En dichos casos se podrían separar los dos sentidos y dar cobertura a la infracción del deber⁷³¹.

Una vez expuesto lo anterior llegamos a la conclusión de que, la dual propuesta legislativa señalada en el 20.5 del Texto Punitivo español encuentra respuesta con una cuestión que ya MORILLAS CUEVA⁷³² planteaba como necesaria distinguir, es pues, la referida a la prudente distinción entre los bienes personales, de persona física y jurídica, y los de titularidad suprapersonal, para la infracción de un deber.

Independientemente de que haya sido voluntad del legislador español o simplemente un descuido legislativo de su parte al emplear el término “de otra persona”, lo cierto es que, cualquiera de las dos conductas suponen una lesión de un bien jurídico, como la producen los comportamientos tipificados en el

⁷³¹ *Ibidem.*, *supra.*, pp. 677-678.

⁷³² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., p. 267.

Código Penal español, aunque se proyecten por medio de una infracción de deber.

1.3.2. Ponderación de intereses en conflicto: Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar

Una vez que nos hemos ocupado de examinar el primero de los requisitos que, como se ha visto responde, a los presupuestos conceptuales de la eximente, es menester ahora pasar a los específicamente descritos por el número 20.5º del Texto Punitivo español como tales, de donde aclaramos que el primero de ellos es producto de bastante de lo que se ha tratado con anterioridad, lo que evita ser reiterativo en muchas de las consideraciones expuestas.

La cuestión, avalada por numerosas sentencias, se sitúa en que **el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar** –principio de proporcionalidad como límite característico del estado de necesidad-, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para de este modo poder ponderar la mayor, menor o igual entidad de los dos males. Se trata, en definitiva, de un juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia⁷³³.

La interpretación tradicional entiende que se trata de comparar los bienes jurídicos en conflicto, de manera tal que no sea más importante el que se vulnera o lesiona. *Ex ante*, al contemplar el fundamento de la eximente se hacía alusión a que tal planteamiento nos lleva a consecuencias político-criminales *cuasi* inadmisibles. La redacción legal, sin embargo, no obliga a dicho planteamiento, sino todo lo contrario. La Ley no compara bienes, sino males, y en la gravedad del mal no sólo influye el valor del bien típico lesionado, sino también la forma en que se lesiona.

⁷³³ Con esta apreciación, la STS de 1 de octubre de 1999 señala que el estado de necesidad es una situación límite en la que «el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces ha de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito».

Bien así, el tema, teórico y práctico, se centra, entonces, en la concreción de ese juicio de valor que supone la ponderación de los males, en clave de intereses en juego. La respuesta, en un principio parece sencilla, sobre todo si se trata de bienes homogéneos, pero en realidad es un poco más compleja de lo que aparenta serlo. Es necesario, en todo caso, valorar todos los aspectos del mal y su real incidencia en el bien jurídico a dañar⁷³⁴. Como dice CÓRDOBA RODA, el mal se gradúa no solo por la importancia del bien a que afecta sino por la significación del ataque a él dirigido, y particularmente por una serie de consideraciones ético-sociales determinantes del indicado juicio desvalorativo de la sociedad⁷³⁵. En este conjunto de ideas es importante hacer referencia a lo sostenido por CEREZO MIR⁷³⁶ cuando advierte –con acierto- que **puede no ser suficiente con la comparación de males o, más precisamente, que la estricta comparación de males puede llegar a conducir a soluciones indeseables**. Teniendo presente la actividad médica, el citado autor sugiere el irrefutable y conocido ejemplo del cirujano que extrae a una persona sana el riñón, sin su consentimiento, para que otro colega pueda realizar un trasplante con el fin de salvar la vida a un paciente; en el caso sugerido, el mal causado (centrado en una lesión corporal y en el

⁷³⁴ Dicha autora también hace alusión a la no estricta valoración de un solo criterio. POMARES CINTA, Esther. “Delitos de acción. La antijuridicidad”. En, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. José Miguel Zugaldía Espinar (Director) y Esteban Juan Pérez Alonso (Coordinador). Valencia, 2004, p. 583.

⁷³⁵ Esta idea seguida con posterioridad y con matices por otros autores introduce un tono valorativo de importancia, como es el rol social concreto del bien, pero enormemente subjetivo en su apreciación. Algunos ejemplos que se han expuesto: dos propiedades iguales, identidad abstracta de los males, una perteneciente a una familia humilde, que supone su sustento vital, la otra, una propiedad más de un matrimonio sumamente acomodado, el valor social de la primera es muy superior al estrictamente económico de la segunda, y en consecuencia, determina el valor del mal; que el bien salvado sea inferior al sacrificado, pero el mal que recaer sobre éste sea inferior al que recae sobre el salvado, así, A obliga a B con amenazas -atentado a la libertad-, a sacar herramientas de su almacén, para construir un cortafuegos de urgencia mientras llegan los bomberos, pues se ha producido un incendio que amenaza gran cantidad de casas de una urbanización, deshabitadas en ese momento, -bien jurídico libertad de mayor intensidad que el patrimonial-, pero el mal causado es dudoso que sea más intenso que el que se trataba de evitar, sobre todo cuando la afectación a aquél era de breves momentos; individuo que sin permiso de conducir -artículo 384, delito contra la seguridad vial- se traslada desde su casa de campo, que ha sufrido un incendio -patrimonio-, al pueblo más cercano que dista seis kilómetros, para avisar y pedir ayuda. *Vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, pp. 269-270.

⁷³⁶ CEREZO MIR, José. *Curso...Op. Cit.*, pp. 268 y ss.

cercenamiento de la libertad personal) es menor que el que se pretende evitar (la muerte de otro paciente). De procederse con los patrones de ponderación tradicionales y sin que se produzca la apertura del juicio valorativo a otros principios generales que imperan en el Orden Jurídico, la solución dominante en el supuesto planteado sería la de justificar la conducta, por concurrir el estado de necesidad con efectos de exclusión de la antijuridicidad de aquélla.

Sin embargo, la referida solución no es de recibo por cuanto el conflicto de intereses en que consiste el estado de necesidad reclama un **juicio de ponderación de intereses constitucionalmente orientado**⁷³⁷. Pensamos que no basta la comparación aislada de los bienes en juego –en este caso, integridad física vs. vida- ya que –estamos plenamente convencidos- se puede conducir hacia resultados “injustos”⁷³⁸.

Pero como se había hecho alusión con anterioridad, cuando señalábamos que la solución parecía sencilla cuando se trataba de bienes homogéneos, cabe esgrimir que la verdadera complejidad surge cuando la ponderación de males se disputa entre intereses de naturaleza heterogénea, en especial cuando alguno de los intereses en escena es de carácter colectivo

⁷³⁷ En este sentido véase a BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Derecho Penal. Parte General. (Obras completas)*. Tomo I. Perú, 2005, pp. 914-915. Cuando señalamos el aspecto constitucional en las cuestiones médicas que hacemos alusión, nos estamos refiriendo al rol que desempeña la dignidad humana. Cuestión en la que abundaremos detalladamente más adelante.

⁷³⁸ En este sentido, véase las STS 785/1997, de 29 de mayo. La SAP, Sevilla, 25/2001 de 23 de enero. La SAP, Zaragoza, 296/2002 de 16 de diciembre, entre otras. Véase también el debate que existe en relación con **-un elemento de extremo valor para nosotros- la dignidad humana**. De esta manera nos decantamos en absoluta comunión con el argumento concluyente de José Cerezo Mir cuando afirma que «hay que introducir una restricción en el criterio de la opinión dominante: **el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana**». Agrega a que en este caso se estaría utilizando al ser humano como un simple instrumento para la consecución de otros fines y ello implica un grave atentado contra ese valor de reconocimiento constitucional -dignidad humana-. CEREZO, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 269, 270 y 271 *in fine*. También es relevante el artículo de RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad”. En, *Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 513. Sobre la cuestión de este derecho que recibe un amparo constitucional y con un sentido netamente orientado hacia la actividad médica véase a BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos Jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid, 1997, pp. 103-127.

o institucional cuya titularidad es ostentada por la sociedad o el Estado. En esta materia no pueden establecerse reglas apriorísticas generales absolutas; así, por ejemplo, no siempre puede afirmarse, dada la **multiplicidad de factores o criterios a valorar en el juicio de ponderación** –y que trataremos de exponer de una forma resumida *a posteriori*-, que los intereses personales o individuales deben de prevalecer sobre los públicos o colectivos⁷³⁹.

De lo precedente tenemos que, la doctrina ha intentado mostrar una serie de criterios apriorísticamente orientativos donde basar una respuesta coherente, “subordinados siempre a las peculiaridades inabarcables del caso concreto”⁷⁴⁰: a) Orden jerárquico legal de los bienes en juego, creemos que es el formalmente más adecuado a los principios de legalidad y seguridad jurídica, desde el momento en que se fundamenta en la propia valoración que el Texto Punitivo hace en cuanto a su protección en clave de pena -así, las lesiones están más castigadas que el hurto-⁷⁴¹; b) Anteposición de los bienes jurídicos de la persona a los bienes jurídicos materiales; aquí no se trata de la intensidad punitiva formal sino de la cualidad del bien, sobre la precisión de que los bienes estrictamente personales -vida, salud, libertad, etcétera.- son preponderantes sobre los materiales, como el patrimonio⁷⁴²; c) Grado de peligro para los bienes jurídicos afectados, es la fórmula que pretende dar flexibilidad a las anteriores, en el sentido de que aun respetando la importancia cualitativa de dichos bienes, atendiendo, además, al grado de implicación con que se presentan en el hecho determinado, es decir, si el mal es un peligro abstracto o un peligro concreto o una lesión cierta, aunque mostrada en ese momento como riesgo para el bien jurídico, ésta tiene una mayor gravedad frente a un mero peligro -

⁷³⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* Op. Cit., p. 515.

⁷⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal...* Op. Cit., p. 865.

⁷⁴¹ Al respecto Lorenzo Morillas Cueva señala que, en principio, se muestra como el criterio más fácil y eficaz, pero al que hay que ponerle límites, pues un exceso de formalismo puede llevar a situaciones injustas y desorbitadas, desde el momento que en determinados casos, como hemos hecho referencia, el bien jurídico protegido, y en el supuesto real, puede tener un nivel inferior en relación al abstracto para la específica ponderación de males. Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., p. 270.

⁷⁴² En estas hipótesis es preciso tener muy presente que si esta es dirigida a su expresión más radical se corre el riesgo de llegar al absurdo. Es una solución sometida a otros criterios que la reducen y a la valoración precisa de la intensidad y modalidad del riesgo personal frente a la lesión del bien jurídico material.

sería el conocido caso de un automóvil que circula a una gran velocidad, por vía urbana, superior a los límites establecidos por el artículo 379.1 del Código Penal español, para trasladar a una persona gravemente enferma a un centro sanitario, con lo que implica de peligro, al menos abstracto, para los demás conductores e, incluso, para los peatones; en ambos casos el mal puede ser igual, la vida humana, sin embargo, cabe priorizar; en este caso, la vida del enfermo a la seguridad de los peatones, delitos contra la seguridad vial e indirectamente, como peligro abstracto para las personas, si, como es el supuesto expuesto, un retraso en la llegada de aquél al hospital se traduce en una amenaza seria de lesión, que puede llegar a la muerte, para el enfermo, por lo que aquí retrocede el peligro abstracto que supone la velocidad no permitida. ROXIN, sin embargo, estima que la ponderación conduce a un resultado inverso si alguien para socorrer a un accidentado, pone en peligro concreto a otras personas, y la visualiza en el ejemplo del sujeto que, para salvar a su amiga cuya vida estaba en peligro por haber intentado suicidarse atraviesa a gran velocidad varios cruces con semáforos en rojo, de tal manera que parecía casi inevitable el daño de otros participantes en el tráfico, conducta según el autor alemán no justificable⁷⁴³.

Así bien, llegamos a la hipótesis de que, son demasiados los supuestos en los que no es fácil actuar sobre cánones predeterminados por muy flexibles que sean. De este modo, por citar algunos, los ya expuestos dentro de la presente investigación –y que daremos puntual tratamiento *a posteriori*- donde el juicio de ponderación se ve matizado por la necesaria incidencia del principio constitucional de dignidad de la persona; la complejidad que conlleva la valuación de intereses de naturaleza homogénea cuando uno de ellos es de titularidad colectiva o institucional, sea el Estado o sea la sociedad y el otro interés individual; cuando la ponderación se ha de dar entre vida y vida; o cuando se trata de bienes personalísimos en los que, a veces, no es fácil situar la línea divisoria de la intensidad del bien -caso de transfusión de sangre a un sujeto que por sus creencias ha manifestado que, durante una operación que se le va a realizar, en ningún caso se la haga dicha transfusión y en el

⁷⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.* p. 691.

transcurrir de la misma ante la previsible muerte del paciente, el cirujano opta por la transfusión, salvándole la vida-.

A manera de conclusión previa, podemos aludir a que la única indicación en estos tipos de casos, *a priori puede ser* precisamente la complejidad de adoptar criterios generales de aplicación y que, por ese motivo, más que en otros casos, habrá que estar a la valoración concreta⁷⁴⁴ de la ponderación exigida por este requisito, sin dejar de evaluar en cada uno de ellos la autonomía del sujeto y la dignidad de la persona –ambos: derechos constitucionalmente reconocidos-.

1.3.3. Ausencia de provocación intencionada de la situación de necesidad

El segundo de los requisitos señalados por el legislador en la redacción del tipo hace referencia a la ausencia de provocación intencionada de la situación de necesidad. Estamos ante una exigencia parecida a la ya tratada en relación con la legítima defensa, aunque no exactamente igual, dadas las peculiaridades del estado de necesidad con relación a aquélla, cuyo fundamento se encuentra precisamente en que dicha provocación intencionada de semejante situación rompe con la base de esta eximente ya que la conducta del sujeto no está motivada por la acción salvadora de un interés preponderante en una situación de conflicto sino por un objetivo de aprovechamiento provocado por él mismo⁷⁴⁵. Así, la doctrina dominante y la jurisprudencia entienden que falta este requisito en cuanto el sujeto causa la situación de peligro que amenaza⁷⁴⁶.

La génesis del análisis de este presupuesto lo iniciaremos con la exposición de dos hipótesis que se han establecido a este respecto –situación

⁷⁴⁴ Cuando decimos atender a la valoración concreta nos referimos a que, después de ponderar los polos en conflicto, se realice una correcta interpretación del grado o intensidad del peligro que amenaza dichos bienes. En este sentido véase a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “El estado de necesidad”. En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*. Gonzalo Quintero Olivares, J.C. Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats *et. al.* (Directores). Valencia, 2008, p. 126.

⁷⁴⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 272.

⁷⁴⁶ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, pp. 292 y ss.

de necesidad- en la doctrina y en la jurisprudencia: a) Una restrictiva, la de los que estiman a la situación de necesidad, como situación de peligro, por lo que se invalida la apreciación de la eximente con la creación del mero peligro que amenaza a un determinado bien jurídico, aunque no se haya tenido la intención de provocar asimismo el estado de necesidad, como conflicto de intereses, en los que se ha de salvar un bien jurídico con la destrucción de otro de menor intensidad -es el caso reiteradamente expuesto por la doctrina del sujeto que intencionadamente incendia su casa y para salvarse del fuego tiene que herir a otra persona que está sosteniendo el andamiaje: genera intencionadamente el peligro, incendio, pero no había previsto ni querido la situación de conflicto entre su vida y la lesión de otra persona para salvarse. Según esta tesis el mero hecho de la generación del peligro es suficiente para excluir la eximente⁷⁴⁷-; b) Otra amplia, la de los que sostienen que se necesita algo más que dicho peligro, esto es, el propio conflicto entre dos bienes, esencia del estado de necesidad, con lo que lo identifican con la situación de necesidad, la provocación intencionada significa, entonces, que para la exclusión de la eximente no solamente se provocará la situación de peligro sino además la propia colisión de los bienes jurídicos -en el supuesto anterior se incendia la casa con la intención de herir o matar a la otra persona, bajo pretexto de salvar su propia vida-. De esta manera y una vez que entendimos la diferencia entre la situación de peligro y la situación de necesidad concluimos que en esta segunda hipótesis -concepción amplia- con la sola **provocación** del origen **del peligro** debe seguir aceptándose la justificación⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Vid., MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., pp. 473-474. Por otra parte se exige que la provocación de la situación de conflicto sea intencional. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios...* Op. Cit., p. 295. Es menester aclarar, desde este momento, que la redacción del **Texto Punitivo español hace alusión a una situación de necesidad y no a estado de necesidad.**

⁷⁴⁸ Véase a SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho...* Op. Cit., pp. 608-609. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad...* Op. Cit., p. 682. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *“El estado de necesidad...”* Op. Cit., p. 127. MORALES PRATS, Fermín. *Parte General...* Op. Cit., pp. 534-535. Puntualiza este autor diciendo que «la provocación intencional de la situación de necesidad no cierra el camino a la aplicación de la eximente en su versión incompleta por no tratarse de un elemento esencial». MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 474.

Otro aspecto que amerita análisis es el respectivo a la exigencia de intencionalidad en la provocación. El susodicho término intencional presenta diferentes connotaciones en la doctrina. Tres han sido fundamentalmente las tesis en relación al carácter de la provocación⁷⁴⁹: a) Teoría de la voluntad natural, de origen esencialmente jurisprudencial, mantiene que la exigencia derivada de este requisito supone garantizar que el estado de necesidad sea naturalmente producido, por lo que cualquier intervención de la voluntad humana del nivel que sea -dolosa o imprudente- consolidará la provocación y, por tanto, la exclusión justificativa⁷⁵⁰; b) Teoría de la provocación dolosa, identifica intencional con dolosa, mayoritariamente aceptada, asume todas las formas de dolo, incluido el eventual⁷⁵¹; c) Teoría de la *actio illicita in causa*, se intenta separar en fases, por un lado, el actuar imprudente inicial del sujeto que provoca un resultado lesivo y, por otro, la consecuencia del conflicto de intereses que no ha sido provocado intencionadamente, con lo que cabe sancionar como imprudente el acto inicial y resolver por estado de necesidad el conflicto producido⁷⁵².

Bien así, realizando una exclusión de la primera teoría citada –por considerarla poca adaptada a la realidad actual y/o de una injusta aplicación práctica-, las otras dos no son excluyentes. Compartimos la conclusión de algún sector doctrinal cuando se matiza que hay que partir de la provocación

⁷⁴⁹ Véase ampliamente la interpretación de cada una de ellas que realiza Silva Sánchez. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad... *Op. Cit.*, pp. 680-682.

⁷⁵⁰ *Vid.*, las SSTs, entre muchas otras la de 30 de octubre de 1957, 2 de abril de 1959, 2 de julio de 1960, 17 de abril de 1961, 10 de octubre de 1964, 26 de enero de 1968, 27 de junio de 1973, 5 de febrero de 1974, 29 de septiembre de 1978, 10 de diciembre de 1999, la cual afirma que “la provocación imprudente y, por supuesto la dolosa, del estado de necesidad excluye la aplicación de la circunstancia”. Entrados en las citas jurisprudenciales cabe aclarar que la aplicación jurisprudencial en determinadas ocasiones es confusa, confundiendo la provocación del conflicto con la falta de subsariedad. Así véase la STS 90/2001 de 31 de enero, en la que se entiende que el no haber hecho uso de la facultad de declararse objetor de conciencia equivale a la provocación de la situación de conflicto /entre la propia conciencia y el entonces vigente deber de realizar el servicio militar), cuando en realidad lo que supone es que aquél se podía haber resuelto por vías lícitas. Correctamente en cambio la STS 482/1998 de 18 de noviembre.

⁷⁵¹ CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 296. SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho... Op. Cit.*, p. 609.

⁷⁵² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 474. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad... Op. Cit.*, p. 681.

dolosa, por lo que la imprudente queda amparada dentro del estado de necesidad por no estimarse provocación intencional⁷⁵³. No obstante lo anterior, ello no impide, en principio, al menos conceptualmente, la idea expuesta en tercer lugar de que, pese a aceptarse la justificación de la acción de estado de necesidad no veta la responsabilidad penal imprudente del sujeto que de esta forma actúa en relación a los principios de la *actio illicita in causa*, lo que significa que el resultado puede ser imputado causal y normativamente a la infracción inicial del deber objetivo de cuidado⁷⁵⁴ que significó su obrar imprudente⁷⁵⁵. Como puede comprobarse se trata de una solución intermedia en la que se respeta el criterio de la provocación dolosa para excluir el estado de necesidad en sí mismo pero que no desencadena, en el caso del obrar imprudente, la total impunidad del sujeto, como sucedería con la teoría dolosa, pues si bien estima la eximente para el comportamiento doloso de la acción salvadora asume, por otro lado, que se mantiene la imprudencia anterior a la que se puede imputar el resultado final y que, en consecuencia, debe castigarse de este modo⁷⁵⁶. En este orden de ideas tenemos que, el Maestro alemán ROXIN se muestra igualmente crítico con esta teoría cuando afirma que por regla general la vinculación de un castigo a la conducta previa fracasa ya en la estructura de aquellos tipos que requieren una conducta con una

⁷⁵³ MORALES PRATS, Fermín. *Parte General...* Op. Cit., p. 535. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., p. 474. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General Tomo II...* Op. Cit., p. 273.

⁷⁵⁴ Sobre este ítem véase, a SOTO NIETO, Francisco. "Responsabilidad penal derivada de la actividad médica". En, *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Tomo I. *Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Luis Martínez-Calcerrada, Ricardo de Lorenzo y Montero (Coordinadores). Madrid, 2001, pp. 957-961. También, consúltese, por la especificidad del ámbito en que nos movemos dentro de nuestra investigación, el interesante estudio de RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa". En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Número 4. Barcelona, 2009, pp. 4-51.

⁷⁵⁵ Lo podemos ejemplificar de la siguiente manera: el sujeto A conduce imprudentemente por la izquierda, cuando de pronto observa frente a él a un motorista; viendo que lo va a arrollar y no hay otra alternativa, gira hacia el arcén izquierdo y lesiona a un operario que estaba colocando señales de tráfico. Fases que se producen: a) imprudencia que provoca la situación de necesidad; b) conducta dolosa justificada por el estado de necesidad; c) resultado —delito de lesiones—. Conclusión: imputación del resultado a la imprudencia inicial. Por todos, véase a MORALES PRATS, Fermín. *Parte General...* Op. Cit., pp. 534-535.

⁷⁵⁶ A pesar de la solidez de dicho planteamiento, cabe objetar que lo decisivo ha de ser la representación *ex ante* del resultado último. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho Penal...* Op. Cit., p. 870.

específica modalidad típica y no una mera causación del resultado y también desde un punto de vista de política jurídica pues, por ejemplo, si el autor piensa que va a estar justificado al emprender el salvamento por la acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta imprudente previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar dicha acción; por el contrario, el Ordenamiento Jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal manera que si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa* estaría operando en contra de sus propios intereses⁷⁵⁷.

La tercera teoría hace referencia al sujeto de la provocación. El legislador no adorna la mención a éste con ninguna especificidad, lo señala genéricamente como tal. Se ha planteado, la verdad es que sin gran intensidad, si se alude exclusivamente al que realiza la acción salvadora o bien es posible incluir también al tercero por el cual se actúa, en los supuestos de auxilio necesario. No hay grandes discrepancias ni en la doctrina ni en la jurisprudencia a la hora de admitir que es aquél que salva los intereses propios o ajenos. Es decir, que en el caso primero no se plantea ningún tipo de problema y en el segundo hay que resolverlo sobre la hipótesis del agente auxiliador y no del auxiliado. Quiero decir con ello que es posible la eximente de estado de necesidad cuando el sujeto salvador actúa sobre los intereses de un tercero, aunque éste haya provocado la situación de necesidad, al margen de su específica responsabilidad penal por el hecho cometido si éste tiene las características de delito del auxiliado provocador -A incendia la casa de B, que está ausente, C ve las llamas y el peligro en que se encuentra A y penetra en dicha casa, rompiendo una ventana que produce daños de cierto valor en muebles y pinturas, para salvar a A.

Se puede afirmar, por tanto, que lo que pretende este requisito es que no se aproveche de la exención de responsabilidad criminal por estado de necesidad el que intencionadamente lo haya provocado. Sin embargo, hay una hipótesis, al contrario de la ejemplificada anteriormente, que podría desmentir esta afirmación usada, en principio, en clave de rotundidad. Es el supuesto de

⁷⁵⁷ CLAUS, Roxin. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 701.

A no necesitado que provoca la situación en la que se ve afectado un tercero B que pasa a ser necesitado y es A el que puede auxiliarle -A incendia la casa de B, creyendo que no está y de pronto entre las llamas ve a B, en una situación de peligro-. Sobre un planteamiento formal la acción provocadora realizada por A impediría que la acción salvadora sobre B quedara impune, por lo que A respondería del hecho cometido a pesar del salvamento de B.

Dos perspectivas enfrentadas presenta esta formal aseveración: por un lado parece inadecuado estimar antijurídica una conducta que intenta impedir un mal sobre una persona que nada tiene que ver con la provocación; por otro, y en sentido contrario, no parece de recibo que el auxiliador-provocador quede exento porque actúa en estado de necesidad sobre una situación que él originó, aunque sea para salvar a otra persona. La solución se presenta compleja, aunque se puede concretar separando, ahora sí, en dos partes la conducta del sujeto activo: una, la de provocación del estado de necesidad, esto es, la del incendio, otra, la actuación sobre la situación de necesidad producida sobre un tercero, aunque para salvarlo tuviera que romper una costosa cristalera y varios jarrones de valor. En el primero de los casos, se sancionará por el delito cometido -el incendio de la casa-; en el segundo, en el que el sujeto ya ha adquirido el deber de garante, se le aplicará la exención. Evidentemente si no hubiera realizado el auxilio sería responsable no solo del incendio producido sino asimismo del resultado muerte o lesiones del tercero⁷⁵⁸.

1.3.4. La ausencia de obligación de sacrificio por razón del oficio o cargo

El requisito tercero y último contemplado en el artículo 20.5 del CPE precisa que **el necesitado** no debe estar sometido a una obligación de sacrificio por razón del oficio o cargo que detente. Existen determinadas personas que en atención al oficio o cargo que ocupan adquieren un concreto deber jurídico de sacrificio en el ejercicio de su actividad. Así, se dice del médico con relación a pacientes contagiosos, el bombero con el fuego, el

⁷⁵⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit. p. 475.

capitán del barco con sus pasajeros, la policía debe correr el riesgo de que algún delincuente se resista a su detención, los socorristas para las personas que se encuentran de recreo dentro del medio acuático que tengan a su vigilancia, etcétera. Sin embargo, semejante afirmación, en clave con la exigencia del número tercero del artículo 20.5, ha de ser matizada y llevada a sus más adecuados términos.

Dado que el Texto Punitivo español se refiere de forma precisa al necesitado, debe interpretarse que los casos de auxilio necesario no quedarán amparados por la eximente (al menos no en su versión completa) cuando el sujeto-necesitado en cuyo favor se actúa, se hallaba obligado al sacrificio por razón de su oficio o cargo⁷⁵⁹.

La necesaria puntualidad con que se debe tratar este requisito estriba en que, por un lado, no puede concebirse tal obligación como una pretensión genérica y abstracta sino como un deber jurídico, descrito por su correspondiente norma; por otro, y como derivación de lo anterior, es imprescindible concretar la fuente donde viene especificado, para de esta manera y en la hipótesis real de que se trate fijar los límites de dicha obligación de sacrificio, por lo que una desestimación de la citada eximente por esta causa ha de ser fundamentada sobre la base del precepto específico que señale el susodicho deber de tolerancia; además, el deber de sacrificio no cabe ser presentado con carácter absoluto, junto a los límites expuestos señalados por la propia regulación del oficio o cargo hay que añadir cuando el sacrificio se muestre inútil para la defensa del interés que propicia la obligación de aquél o cuando la desproporción de los bienes jurídicos en conflicto sea de tal magnitud que haga ilógica la necesidad del sacrificio -en ningún caso se ha de obligar a aceptar el riesgo de una muerte cierta o en caso de conflicto entre, por ejemplo, el patrimonio y la vida⁷⁶⁰. En todo caso, habrá que situarse para

⁷⁵⁹ Mir Puig hace la oportuna indicación, cuando expone que «cuando únicamente falta el presente requisito –obligación de sacrificarse–, cabrá apreciar la eximente incompleta de artículo 21.1 del CPE». *Cfr. Ibídem.*, p. 476.

⁷⁶⁰ El bombero que para salvar los bienes de la casa que se está incendiando debe de poner en peligro su vida o la tripulación de un buque no podrá pretender su salvamento a costa de la muerte de los viajeros, pero sí podrá arrojar al mar la carga para salvar sus vidas. *Cfr. MORALES PRATS, Fermín. Parte General... Op. Cit.* p. 536.

un necesario equilibrio en la apreciación de este requisito y la posible negación del estado de necesidad realizado sin dicha cobertura de la no obligación de sacrificarse del sujeto en las pautas indicadas por la legislación en atención a cada situación profesional y a la exigibilidad de dicha obligación en cada caso en concreto⁷⁶¹.

Puede plantearse, para completar la panorámica del susodicho requisito, a quién se quiere aludir normativamente cuando se emplea el término de necesitado. Inicialmente, está dirigido a la persona que tiene la obligación de sacrificarse en el caso de que se dieran los demás requisitos del estado de necesidad –sino, como ya hicimos alusión *ab initio*, nos atenderíamos al supuesto de la eximente incompleta señalada en el 21.1 del CPE- y, en consecuencia, esta precisión sobre semejante sujeto impediría su operatividad. El estado de necesidad propio no presenta ningún tipo de problema desde el momento en que el sujeto que actúa es el mismo al que le amenaza el mal. La cuestión se torna más compleja cuando se trata del auxilio necesario, en el que, como reiteradamente se ha visto, uno es el que obra y otro el que se ve atacado por el mal; el primero actúa para salvar al segundo, que tiene la obligación de sacrificarse por su oficio o cargo.

Así, tenemos que, la fundamentación de este requisito del estado de necesidad transcurre por distintas vías de argumentación. Dado que se trata de un requisito referido tanto al estado de necesidad justificante como al exculpante, su fundamento no puede identificarse en el principio de exigibilidad subjetiva de conducta, por cuanto se trata de un criterio residenciado en los dominios de la culpabilidad. Por esta razón, algunos autores ubican acertadamente la referida fundamentación en el principio de exigibilidad objetiva de conducta como criterio regulador del alcance de sacrificio⁷⁶² o bien en la idea de cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho. Sin embargo, otros autores han precisado que el deber de sacrificio vendrá determinado, en cuanto a su modulación y límites, por la propia ponderación de intereses, o bien que el deber de sacrificio aporta a la referida ponderación un

⁷⁶¹ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, pp. 303, 305 y ss.

⁷⁶² *Ibidem.*, p. 307.

elenco de criterios e intereses (derivados del oficio o del cargo) de vital importancia social, por lo que el legislador ha tomado partido –en principio- en la determinación del interés preponderante.

A pesar de las variadas argumentaciones que existen en relación al tema que ahora nos ocupa y no dejando de mencionar que -después de realizar un estudio exhaustivo de distintas sentencias jurisprudenciales relacionadas con la figura del estado de necesidad- en la práctica este requisito tiene poca incidencia⁷⁶³ y es evidente su casi nula aplicación como causa de justificación –aún en su carácter de incompleta- concluimos en señalar que no es posible apreciar la eximente en el sujeto que lesione un bien jurídico para impedir un mal de otro que tiene la obligación de sacrificarse. En definitiva, el auxiliado es el verdadero necesitado. Situación distinta es el juego del error sobre dicha obligación del tercero por parte del que realiza la acción salvadora⁷⁶⁴.

2. Acerca del estado de necesidad en la actividad sanitaria

Hasta el presente momento, nos hemos ocupado de analizar -dentro de la teoría jurídica del delito- los distintos elementos que se deben reunir en la figura del estado de necesidad para poder invocarlo como eximente en un caso concreto.

Una vez realizado lo anterior –con el respectivo estudio del precepto legal que contiene el 20.5 del CPE- y ya que hemos puesto de manifiesto las distintas tesis doctrinarias que existen al respecto, así como algunos criterios

⁷⁶³ En este orden de ideas véase a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “*El estado de necesidad*”... *Op. Cit.*, p. 128.

⁷⁶⁴ Nos referimos a los supuesto en que el sujeto cree que concurre una situación de necesidad, cuando no es así –también conocido como el estado de necesidad putativo o error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación-; la jurisprudencia suele tratarlo como error de prohibición del artículo 14.3 CPE (así véase la SAP, Madrid, 170/2004 de 29 de abril: allanamiento de la morada de su ex esposa en la creencia de que dentro se encontraban en peligro sus dos hijos menores, en la que se absuelve al considerarlo error invencible), aunque en ocasiones se acoge la opinión doctrinal que lo considera un error indirecto de tipo del artículo 14.1 CPE (de esta manera, SAP, Barcelona, de 14 de octubre de 2003: absuelve al apreciar error en la madre que cree actuar correctamente al incumplir el régimen de visitas fijado judicialmente a favor de su ex esposo ante la reiterada y angustiada negativa de su hijo a ver el padre).

jurisprudenciales; es menester dedicar atención a ciertas situaciones dentro de la actividad sanitaria que ameritan recurrir a la aplicación del precepto legal citado *ex ante*.

Es importante resaltar que en este apartado tomaran relevancia los casos en que tenga lugar la ausencia del consentimiento del paciente⁷⁶⁵ -o quien pueda manifestarlo legalmente- o cuando este no haya sido recabado de manera correcta⁷⁶⁶; teniendo en cuenta que, de acuerdo a la postura que sostenemos, donde miramos a tan asentimiento eficaz del paciente en sede de atipicidad.

Bien así, *prima facie*, para efectos sistemáticos de esta exposición tenemos que, aunque como regla general, el consentimiento informado es el presupuesto que legitima la intervención médica⁷⁶⁷, existen excepciones recogidas en la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril, en su artículo 10.6: «a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no esté capacitado –el paciente– para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c)

⁷⁶⁵ Lo que no será óbice para evaluar aquellas circunstancias que, a pesar del consentimiento del profesional sanitario tiene responsabilidad por no apegarse a las reglas de la *lex artis* o *lex artis ad hoc* en su caso. Cuestión esta última, coadyuva a dejar patente la indisponibilidad total del bien jurídico vida o salud, es decir, el consentimiento valido puede legitimar la actuación del médico mientras sea observada la “técnica apropiada”-salvo algunas excepciones- en su proceder no tendrá responsabilidad, pero de otro lado tenemos que, al menos en la teoría, no siempre se podrá justificar una actuación que denote en sus características imprudencia, negligencia o impericia.

⁷⁶⁶ Para estos efectos, véase dentro de esta investigación, el apartado correspondiente a los requisitos o presupuestos de validez del consentimiento del paciente expuestos con anterioridad.

⁷⁶⁷ Con la excepción del ejercicio legítimo de un oficio, como se ha venido sosteniendo tradicionalmente en la doctrina española. Ya que, por ejemplo -como detallaremos de manera más amplia en el momento adecuado de esta investigación-, existen casos en los que, si el tratamiento médico-quirúrgico con finalidad curativa es realizado con todos los requisitos de la *lex artis* y sin embargo se produce la muerte del paciente –por cuestiones ajenas al galeno- el profesional de la Medicina estará exento de responsabilidad criminal. Es decir, en estos supuestos no es sólo el consentimiento quien desempeña un rol fundamental, sino que, la correcta actuación del facultativo –apegadas a las reglas de la profesión médica *ad hoc*-legitimará su actuar –incluso al grado de considerar atípica dicha actuación- y el consentimiento pasara a un segundo término. En el mismo sentido véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos Penales... *Op. Cit.*, p. 784.

Cuando la urgencia no permita demora, por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».

Podríamos clasificar las tres excepciones anteriores en:

1. Aquellos casos en que no es necesario el consentimiento. Los recogidos en la letra a), por existir un riesgo para la salud pública.
2. Cuando el paciente no puede prestarlo, bien por incapacidad o por razones de urgencia. Sólo en este último caso podrá, realmente, prescindirse del consentimiento; en el primero –por incapacidad- debe concurrir el de los familiares o allegados.

La parte doctrinal española ha venido englobando estas excepciones en las eximentes del artículo 20.5 del Texto Punitivo. Lo cierto es que, en cualquier caso nos encontramos ante un conflicto de intereses a solucionar de acuerdo con las normas del Código Penal vigente.

En la actualidad estos tratamientos no consentidos han cobrado mayor vigencia, a raíz de los problemas suscitados por las transfusiones de sangre a miembros de comunidades religiosas, alimentación forzada y, aunque aún el problema no se ha planteado en toda su extensión, el tratamiento de determinadas enfermedades infecciosas. El **conflicto**, ineludiblemente, se **acaba planteando entre el deber de conservar la vida y la salud de una lado -incluso la pública- y, de otro, el derecho a la autodeterminación, libertad religiosa, o incluso, ciertamente podría hablarse de la propia dignidad humana** –derechos que poseen un anclaje constitucional-. Dicho lo precedente, procederemos a analizar, cuándo una actividad médica no consentida, puede ampararse en estas causas de justificación, iniciando con los casos de estado de necesidad -20.5 CPE-, para después proseguir a evaluar el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio o cargo-20.7 CPE-.

2.1. Análisis del caso relacionado con el riesgo para la salud pública

Como punto de partida, y de manera muy concreta –enunciativa, no limitativa, por no ser el tema central de nuestra investigación-, antes de proceder a analizar ciertas circunstancias en donde es la salud pública la que se encuentra amenazada, consideramos oportuno dilucidar lo que entendemos por interés público, pues éste se convertirá en parte total del debate⁷⁶⁸ que plantearemos *a posteriori*.

Así, tenemos que la identificación de aquello cuya dañosidad social afecta de modo grave a los presupuestos imprescindibles para la convivencia externa, precisa de un punto de referencia. Éste se obtiene mediante la remisión al interés público. Con ello se quiere decir que los comportamientos frente a los que ha de intervenir el Derecho Penal deben de afectar a las necesidades del sistema social en su conjunto.

En el pensamiento de DÍEZ RIPOLLÉS⁷⁶⁹ ello implica dos exigencias: En primer lugar, que estemos ante conductas cuyos efectos trasciendan al conflicto entre autor y víctima. Al Derecho Punitivo se le atribuye, frente a otros sectores del Ordenamiento, la función de intervenir cuando el conflicto tiene una potencialidad de generalización tal que, si no se reacciona de manera adecuada a él, puede generar unos efectos perturbadores que van más allá de los que ya produce en la concreta interacción social afectada⁷⁷⁰. Dicho en términos simplificados, la pasividad ante el conflicto pondría en serio peligro la misma pervivencia del orden social⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Fundamentalmente, estriba en si se debe dar prioridad al bien público o al bien individual, de lo cual, en este apartado, lo concretizaremos en lo relacionado con la salud.

⁷⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. (Práctica y teoría)*. Madrid, 2003, pp. 144-145.

⁷⁷⁰ Todas las corrientes funcionalistas, tanto del funcionalismo estructural como sistemático, han expresado especial atención a este aspecto. Hablando del riesgo a la salud pública, nos salta a la mente el caso de las epidemias o pandemias por diversos virus.

⁷⁷¹ Esta exigencia del principio de interés público no debe confundirse con otro principio ético, como lo es el de neutralización de la víctima, aunque es indudable su proximidad conceptual. A mayor amplitud sobre estos principios véase a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad...* Op. Cit. pp. 137 y ss.

En segundo término, implica que ese conflicto que trasciende a la interacción entre autor y víctima se percibe como **socialmente dañoso desde la perspectiva de los intereses generales, y no desde intereses exclusivos de ciertos grupos sociales**. La determinación del criterio mediante el que se han de concretar esos intereses generales es un problema distinto. Aquí se trata de asegurar que se atiende a los intereses del conjunto social, y no a intereses parciales, ni siquiera a intereses contrapuestos compatibles.

Dicho lo precedente y concretándonos a la actividad sanitaria; encontramos que, el artículo 10. 6 a) de la Ley General de Sanidad, exceptúa de la necesidad del consentimiento del paciente: «Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública».

Las obras dedicadas al ejercicio de la Medicina y sus repercusiones en Derecho Penal tratan aquí los problemas relativos a tratamientos coactivos, tales como huelgas de hambre en el ámbito penitenciario, transfusiones de sangre a Testigos de Jehová⁷⁷², mientras que el riesgo para la salud pública es considerado como un supuesto de la eximente de cumplimiento de un deber⁷⁷³.

Queda claro que la limitación de Derechos Fundamentales sólo podrá hacerse en virtud de Ley Orgánica, que recoja expresamente el supuesto de que se trate, imponiendo, en estos casos, al médico el deber jurídico específico de actuar lesionando el interés en conflicto. En el Ordenamiento Jurídico español la Ley de Medidas Especiales para la Sanidad Pública, prevé el aislamiento, hospitalización y control de enfermos infecciosos, pero con ello no

⁷⁷² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La intervención médica contra la voluntad del paciente. A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXII, Fascículo I, enero-abril, 1979, pp. 491-500 y “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”. En, *Cuadernos de Política Criminal*. Número 51, 1993, pp. 709-740. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho Penal*. Volumen 1. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal). Barcelona, 1981, pp. 362 y ss.

⁷⁷³ JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible... Op. Cit.*, p. 103. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho... Op. Cit.*, pp. 384 y ss. CEREZO MIR, José. “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XL, fascículo II, mayo-agosto, 1987, p. 296.

se cumplen todos los requisitos para aplicar la eximente, serán necesarios, además, la proporcionalidad y necesidad.

Por el contrario, la Ley General de Sanidad, no tiene rango de orgánica y, por ello, no parece posible aplicar con base en el artículo 10. 6 a), un tratamiento coactivo que suponga una restricción relevante de Derechos Fundamentales, amparado por la eximente de cumplimiento de un deber. Ante ello cabe preguntarse qué aplicación tiene el citado artículo.

Dejando a salvo lo dicho anteriormente, pueden existir razones, en algún caso concreto que aconsejen la imposición de tratamientos para preservar la salud pública. Se trataría de **conflictos de intereses**, donde de un lado se colocaría la **autodeterminación del enfermo y, de otro, la salud de la colectividad**. El médico se encontraría entre el deber de respetar el primero y de salvaguardar el segundo. Pero para poder apreciar un estado de necesidad, como eximente de la responsabilidad, será preciso que se cumplan todos y cada uno de los requisitos del mismo.

Presupuesto de este estado de necesidad, es la situación de peligro para un interés jurídico. Riesgo que, como se apuntó anteriormente, tiene que ser grave e inminente; sólo aquellos susceptibles de causar un grave daño a la salud pueden tomarse en cuenta. No puede olvidarse, a la hora de ponderar el riesgo-intereses en conflicto, que la protección de la salud pública, sólo tiene sentido en cuanto sirve como protección de la individual. Por tanto, pensamos que no basta con que se origine una rebaja en las condiciones o estado de salud de la colectividad, es necesario que la misma cree un peligro, grave, de lesión de los bienes jurídicos individuales. Por ello, aunque el precepto no lo especifique, el riesgo para la salud debe ser grave. Es necesario, además, que sea inminente, en los términos ya definidos.

La situación de riesgo, en estos supuestos viene dada por la existencia de condiciones que puedan suponer una efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales que subyacen al colectivo. El peligro lo es, por tanto, para los primeros. El interés colectivo se lesiona con la simple rebaja de las condiciones existentes en ese momento: resulta claro que la aparición de una enfermedad

infecto-contagiosa, o de agentes capaces de ocasionar daños en la salud individual, suponen, ya, un menor nivel de salud pública.

Por ello, razonablemente, una primera precisión, sería establecer que el riesgo debe serlo para los particulares y no para la colectividad; sólo cuando esos factores creen un peligro para la salud individual, podrá decirse que existe un estado de necesidad, o una situación de necesidad.

En consecuencia, el tantas veces mencionado artículo de la Ley General de Sanidad, debe interpretarse en el sentido expresado: El médico puede actuar cuando la lesión de la salud pública conlleve un peligro de lesión de la salud de los particulares⁷⁷⁴.

Como se hizo alusión anteriormente -cuando hablamos de las características del conflicto-, el estado de riesgo requiere: a) Que la producción del mal sea inminente; b) Inevitable. La inminencia equivale a una alta probabilidad de producción del resultado lesivo, que el paso del tiempo no pueda atenuar⁷⁷⁵. En este sentido el Tribunal Supremo ha exigido una probabilidad inminente, una necesidad aguda, momentánea e imperiosa⁷⁷⁶. Deberá, pues, concurrir una probabilidad alta de lesión, establecida en un juicio *ex ante*, o, en los casos de peligro continuado, en un momento posterior que muestre la urgencia en la adopción de las medidas necesarias para la protección del bien jurídico⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona, 2004, p. 205.

⁷⁷⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 521-522. Afirman que «aunque dicho requisito no se halla consagrado expresamente en el Texto Punitivo y redundante en un estrechamiento de los límites en los que el precepto opera, generando un entendimiento restrictivo de una norma beneficiosa para el reo, es obligado indagar su fundamento. Ciertamente no podrá hablarse de necesidad justificante allí donde el peligro para el bien mayor no sea inminente, siempre y cuando el transcurso del tiempo pueda, presumiblemente, aportar el conflicto alguna solución menos gravosa que el sacrificio del bien menor, más allá donde esto no ocurra, es decir, donde no quepa esperar el transcurso del tiempo ni siquiera una atenuación del conflicto, el requisito de la inminencia no tiene sentido alguno». De igual forma véase a CLIMENT DURÁN, Carlos. *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Valencia, 2010, p. 121 y a LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 18ª ed. Madrid, 2008, p. 124.

⁷⁷⁶ Véase la STS de 14 de febrero de 1978 y 26 de octubre de 1976.

⁷⁷⁷ Cfr. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho... Op. Cit.*, pp. 385 y ss.

La inevitabilidad del resultado, supone que el sacrificio de uno de los intereses en conflicto es el único medio posible de salvación; en palabras de JESCHECK/WEIGEND, es necesaria una relación específica de colisión, según la cual uno de los bienes aparezca de antemano como medio de salvación para el otro⁷⁷⁸.

Ambos requisitos han venido exigiéndose por el Tribunal Supremo, al reafirmar el carácter absoluto del estado de necesidad, que no existirá cuando la salvación puede conseguirse por otros medios, o no se han agotado las vías legítimas.

Aplicado lo anterior a la posibilidad de apreciar un estado de necesidad justificante, en relación con el artículo 10. 6 a) de la Ley General de Sanidad, sería necesario que la situación sanitaria representara un peligro grave, inminente e inevitable para la salud individual de cada ciudadano. Conclusión a la que se debe llegar mediante un juicio *ex ante*⁷⁷⁹, realizado en función de los conocimientos médicos, circunstancias del caso y medios de que se dispone⁷⁸⁰. Conocimientos médicos que deben comprender los actuales en cada momento de la Ciencia Médica, y aquellos específicos que posea el facultativo⁷⁸¹.

Además, consideramos que será preciso ponderar esa situación de urgencia sanitaria, teniendo en cuenta su origen, posible propagación, gravedad de las probables consecuencias lesivas y medios de los que se dispone para evitarlo. Sin un conocimiento de la enfermedad, su desarrollo y forma de propagación, difícilmente puede llegar a establecerse que la lesión de un interés particular **sea el único medio posible**, para evitar resultados lesivos. De lo contrario nos atrevemos a decir que se estaría cayendo en un

⁷⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁷⁹ Cabe mencionar, que en estos casos, a diferencia de los casos de urgencia –y que es muy complejo por la dificultad que *per se* representan- el profesional sanitario, si se está en la posibilidad de realizar ese juicio de valor previo para llevar a cabo ciertas medidas que benefician a la salud pública.

⁷⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 328-329.

⁷⁸¹ Cuando hablamos de conocimientos específicos nos referimos a los relacionados con las reglas de la *lex artis ad hoc*, es decir, los propios de cada especialidad médica.

supuesto de experimentación, cuestión que amerita un tratamiento independiente.

Uno de los problemas cuya solución sea más dudosa, es el de la necesaria ponderación de intereses. Como hicimos alusión en el epígrafe correspondiente cuando hablábamos de los requisitos del estado de necesidad, tenemos que el interés sacrificado no puede ser, nunca, de mayor valor que el salvado. Ponderación que debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y mediante la acción legalmente adecuada –medio adecuado-⁷⁸², no pudiéndose afectar bienes individuales.

El conflicto entre intereses colectivos y particulares, ha sido resuelto por CÓRDOBA RODA en el sentido de otorgar prioridad al particular⁷⁸³. Aunque es cierto que no pueden afectarse bienes individuales, ello no supone que con carácter general se llegue a la anterior conclusión⁷⁸⁴. Así pues tenemos que, en principio, en estas puntuales circunstancias -sin el correspondiente y minucioso análisis- la salvación de un interés colectivo, no podría justificar el sacrificio de la vida o integridad personal. En estos casos la conducta sería constitutiva de un delito de homicidio o lesión, salvo que las particularidades del caso en concreto -y bajo la observancia de las previsiones señaladas *supra* para estos casos- pudieran dar lugar a una exculpación. Mayores problemas plantea en este ámbito, el conflicto entre la salud pública y la autodeterminación. Como por ejemplo puede ser el caso de la anulación de la libertad, mediante una hospitalización coactiva, como medio de salvaguardar la salud pública. Solución a la que pensamos que sólo podrá llegarse, **cuando las circunstancias del caso la revelen como única posible**, sin que sea suficiente con que constituya el medio más eficaz y, siempre que se hayan agotado otros posibles medios menos gravosos.

⁷⁸² En esta tesitura, véase a Cerezo Mir, cuando afirma que en «el estado de necesidad más que de una comparación –de males en juego- se trata de establecer una relación de adecuación: el estado de necesidad tendrá efecto justificante si el hecho realizado a su amparo es el medio adecuado para evitar el peligro; de lo contrario, sólo podrá apreciarse como eximente incompleta». CERESO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 329.

⁷⁸³ CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 291. El mismo autor. En, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Oviedo, 1966, pp. 192-193.

⁷⁸⁴ *Vid.*, CERESO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 276 y ss.

Poniendo de relieve que es la actividad médica la que se somete a objeto de nuestro estudio⁷⁸⁵ y aun con la posibilidad de correr el riesgo de ser reiterativos, para llegar a ese convencimiento, creemos que deberá tenerse en cuenta el tipo de enfermedad y, fundamentalmente, la forma de transmisión, por un lado y, de otro, la gravedad de la misma: el riesgo de una epidemia de gripe, no puede llevar a adoptar este tipo de medidas.

Por último, límite inquebrantable –por ser constitucionalmente reconocido-, es el obligado respeto a la dignidad de la persona⁷⁸⁶, así como la consideración de que se trata de evitar peligros para otros, no para el mismo paciente que, puede como en cualquier otro supuesto, negarse a un tratamiento curativo. La exención por estado de necesidad abarcará, sólo aquello preciso para la salvaguarda del interés en peligro.

⁷⁸⁵ Ámbito en el cual, nuestra modesta experiencia jurídico-penal y las investigaciones de campo que hemos realizado en el sector médico-sanitario, nos hacen considerarla especialmente delicada por dos factores: 1. Por los bienes jurídicos sometidos a consideración y 2. Por –a pesar de existir ciertos patrones generales de comportamiento del cuerpo humano que pueden deducir un pronóstico- la particularidad e individualidad *per se* que representa y significa el cuerpo humano al entrar en contacto con la Medicina.

⁷⁸⁶ El principio de la dignidad de la persona, no puede quedar reducido a un criterio más de entre los que hay que tomar en cuenta en el juicio de ponderación de intereses –lo que no implica que deba situarse fuera de la referida ponderación, sino todo lo contrario-, puesto que se trata de un principio general con rango constitucional en el que se fundamenta el sistema de valores y Derechos Fundamentales expresados por la Constitución española –y en cualquier Constitución de los Estados democráticos de Derecho-; en este sentido, el artículo 10.1 de la CE otorga a la dignidad de la persona el papel de fundamento del orden político y de la paz social. Un adecuado entendimiento del contenido expresado por el artículo 10.1 CE debe llevar a la conclusión de que la dignidad de la persona es el fundamento del conjunto sistemático de derechos y libertades constitucionales, cuya inviolabilidad está al servicio del libre desarrollo de la personalidad del individuo, concepto este último que expresa la función teleológica última del principio de la dignidad de la persona en el Ordenamiento Jurídico. Además, en el contexto del artículo 10.1 CE el analizado principio asume la función de criterio articulador esencial del sistema de derechos y libertades constitucionales con los valores superiores expresados en el artículo 1.1 CE (libertad, igualdad, pluralismo). Véase a MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 532-533. Véase también a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *“El estado de necesidad... Op. Cit.*, p.126. De esta forma pensamos que el principio de la dignidad de la persona se ubica en seno interno de la ponderación de intereses, como uno de los criterios torales alumbradores del mismo, dadas las funciones reguladoras que le son propias como principio general de rango constitucional. Lo anterior conduce a que la causación de un mal menor que el que se trataba de evitar, verificándose una grave cercenación del principio de dignidad de la persona, no deba quedar justificada por la eximente de estado de necesidad.

La aplicación de la eximente deberá hacerse, en estos casos, de forma restrictiva. El riesgo para la salud, en los términos ya dichos, supone una situación de **emergencia sanitaria**, que habrá de ser valorada cuidadosamente por los responsables sanitarios y, sólo podrá mantenerse en tanto persistan las condiciones que originen el riesgo, sin prolongarla en el tiempo más allá de lo necesario. La adopción de medidas restrictivas de la autodeterminación requiere que sean el **único medio posible para evitar la probabilidad de lesión**; cuando puedan ponerse en práctica otros medios, preventivos, educativos, informativos, no podrá justificarse la restricción de Derechos Fundamentales. Por otra parte, una situación de emergencia supone, siempre, la urgencia, lo que no puede predicarse cuando anteriormente los responsables sanitarios han omitido las precauciones debidas. En estos casos, aunque no pueda hablarse de una provocación intencionada de la situación de necesidad, subsistirá, en su caso, una responsabilidad por imprudencia sobre el hecho inicial. Así, aunque la conducta del profesional, en el caso concreto, pueda estar amparada por un estado de necesidad, aplicando lo dicho en su momento sobre este segundo elemento de la eximente quinta del artículo 20 del Código Penal español, sería posible apreciar una responsabilidad culposa de aquellos que, legalmente, tenían la obligación de poner los medios para evitar dicha situación de necesidad.

Con todo y lo anterior, hoy en día –con los avances que se han presentado en la Ciencia Médica- resulta difícil imaginar dicha situación de necesidad⁷⁸⁷, provocada por un estado de emergencia sanitario que haga inminente e inevitable la lesión sin el sacrificio del interés particular.

⁷⁸⁷ Ante lo que aquí se expone tenemos por ejemplo el caso reciente y mundialmente conocido del **origen desconocido** del virus de la influenza A, H1N1. En acontecimientos como este, podríamos encontrar una excepción a la regla. Por ejemplo; para los primeros profesionales sanitarios –quienes conocieron de los primeros casos- que actuaron a favor de la salud pública –con ciertas puntualidades propias del estado de necesidad matizadas *supra*-; esto, porque creemos que nos situamos ante un caso de no exigibilidad de otra conducta para los facultativos, precisamente por el desconocimiento del origen del mencionado virus –lo que amerita actuar en calidad urgente para evitar su propagación-. Solo así, en supuestos de análogos, actuar en *pro* de la salud pública, podría encontrar una justificación o al menos la exculpación del actuar del profesional sanitario. Situación distinta es, cuando una vez iniciada la propagación y ya se conocían cuales eran las características del virus –forma de contagio,

Es oportuno mencionar que en lo que respecta al tema que estamos tratando –el estado de necesidad en los tratamientos médicos no consentidos- TÓMAS-VALIENTE⁷⁸⁸ con un tinte restrictivo, hacen alusión a no hacer uso del estado de necesidad justificante en lo que se refiere a los tratamientos médicos, pues asevera que 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, es la encargada de regular este tipo de circunstancias, con independencia de que un tratamiento sin consentimiento pueda generar el delito de lesiones o coacciones. De lo anterior y a la luz de los casos de riesgo para la salud pública, nos parece interesante dicha postura y coincidimos **en parte** con la autora en comentario. Nuestra comulgación con la idea responde a la práctica regulación jurídica que significa para la materia este Ordenamiento –que en ocasiones puede resolver de manera más objetiva ciertos casos, que la recurrencia al estado de necesidad justificante-; pero de otro lado, **diferimos** de la tesis sostenida por la autora debido a que la citada Ley 41/2002 –y específicamente en su artículo 9.2 a)- contiene la referencia a otra Ley –Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública-, la cual en su artículo primero *in fine*, a su vez, no soslaya el someter el caso concreto a consideración de una **situación de necesidad**, en donde, de esta forma, puntualiza la exigencia de adecuarse a las particularidades esgrimidas *supra* para la causa de justificación que supone el estado de necesidad.

2.2. Sobre la obligación del profesional sanitario a sacrificarse

En este tema son relevantes, por la viabilidad en la aplicación práctica, las consideraciones que realiza al respecto GÓMEZ PAVÓN⁷⁸⁹. Así, *ab initio*, tenemos que de forma *quasi* unánime la doctrina penal suele considerar que el

causas que lo originan, acciones preventivas, fármacos para neutralizar su efecto, etcétera-, los profesionales sanitarios pretendan encontrar justificación a sus conductas –imprudentes o dolosas- alegando el beneficio de la salud pública.

⁷⁸⁸ Vid., TÓMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “El efecto oclusivo entre causas de justificación”. En, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada, 2009, pp. 27-28, también en, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Pamplona, 2005, pp. 1039-1066.

⁷⁸⁹ Por todos, véase a GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* Op. Cit., p. 208 y ss.

médico no podrá ampararse en el estado de necesidad, cuando para salvar un interés propio (salud), lesione otros (salud del paciente, interés colectivo). El galeno viene obligado, por el ejercicio de su profesión, a correr determinados riesgos, así, por ejemplo, el de contagio de alguna enfermedad.

El deber jurídico de sacrificarse tiene su fundamento en la función social del profesional de la Medicina. Tanto en el caso de la sanidad pública, como privada, el médico acepta el riesgo que para intereses propios pueda suponer el ejercicio de su profesión, de la misma manera que ocurre en otras actividades profesionales, como bomberos, militares, alpinistas, socorristas, etcétera. A este respecto conviene recordar el artículo 8 de la Ley General de Sanidad que reza así: «Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica»⁷⁹⁰. La Ley establece como actividad fundamental, el control y la prevención epidemiológica; actividad cardinal que consideramos sinónima de obligación: no es que pueda hacerlo, es que viene obligado a realizarlo. De ello, lógicamente, deriva un deber para el médico de actuar para conseguir dicha finalidad, sin que sea posible la omisión de la misma.

Por tanto, la falta de asistencia a pacientes infecciosos, consideramos que no podrá ser amparada por la eximente de estado de necesidad, ya que existe el deber jurídico de correr el riesgo, exponiéndose al contagio. La aplicación de la eximente no será posible como causa de justificación, ni de exculpación.

La razón de esta negativa es, en la justificación, la ponderación de los intereses en juego –que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar- y, en la exculpación, la exigibilidad de obediencia al derecho, en los términos apuntados.

⁷⁹⁰ Véase también los artículos 21.1 f), 23 y 13 de la Ley General Sanitaria en comentario.

Como señala LUZÓN CUESTA, es importante considerar que, en lo que respecta a la ponderación de intereses habrá que tener en cuenta el origen del deber jurídico de sacrificarse⁷⁹¹. En el caso del profesional de la Medicina, de una parte se encuentra el propio del médico (su salud) y, de otro, la del paciente y el interés colectivo de la salud pública, en cuanto la no detención o control de la enfermedad puede ocasionar una disminución de ella y poner en peligro intereses particulares. Además, la función social atribuida al ejercicio profesional de la Medicina -ya desde el juramento hipocrático⁷⁹² y de los distintos Códigos deontológicos y de ética médica⁷⁹³- exige, de sus miembros

⁷⁹¹ Véase a LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho... Op. Cit.*, pp. 125-126. Este autor, dentro de los requisitos que requiere el estado de necesidad –especialmente el relacionado con el hecho de que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo la obligación de sacrificarse- hace algunas puntuales e interesantes aclaraciones al respecto: 1. Que el oficio o **cargo puede ser público o privado**, pudiendo tener la obligación, carácter contractual; 2. Que para concretar la obligación de sacrificio, **habrá de atenderse a las normas reguladoras de la profesión u oficio** –esto lo relacionamos con lo expuesto supra sobre la referencia a lo que dispone el artículo 8 de la Ley General de Sanidad-; 3. Que tal exclusión no tiene carácter absoluto; 4. Si son distintos el necesitado y el agente, entiende Mir Puig que el requisito parece referido a aquél, no a éste, de modo que quien lesiona un bien jurídico o infringe un deber, para evitar un mal del obligado a sacrificarse, no podrá ampararse por en la eximente.

⁷⁹² Código que hasta nuestros días es normalmente instruido en todas las facultades de Medicina del mundo para sus estudiante y que reza de la siguiente manera: «Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Hygeia y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento. A aquel quien me enseñó este arte, le estimaré lo mismo que a mis padres; él participará de mi mantenimiento y si lo desea participará de mis bienes. Consideraré su descendencia como mis hermanos, enseñándoles este arte sin cobrarles nada, si ellos desean aprenderlo. Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulación, de acuerdo con la Ley médica, y no a otras personas. **Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el terror.** A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no daré a ninguna mujer pesarios abortivos. Pasaré mi vida y ejerceré mi arte en la inocencia y en la pureza. No cortaré a nadie ni siquiera a los calculosos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos. Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas. Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y si perjuro».

⁷⁹³ Entre otros –donde se mantiene similar afirmación-, véase el Código de ética y Deontología Médica de 10 de septiembre de 1999, creado por la Organización Médica Colegial española, Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado y comprobado el 18 de febrero de

el actuar de la forma adecuada para garantizar la salud. No se invierte o se vulnera, el principio de ponderación de intereses, ya que se ha tomado en cuenta el interés social al realizarlo; por ello, aunque *prima facie*, puedan parecer los intereses en juego iguales, la existencia del **colectivo** (que no es sólo la salud pública), hace que se otorgue primacía a éstos. No puede dejarse de tener en cuenta, como ya dijimos en páginas previas, que los intereses colectivos se protegen en tanto que su lesión supone un peligro para el individual que subyace; no se da primacía al colectivo más que en función de la finalidad de su protección.

Pero, aun cuando se negase la justificación, no podría acudir al otro tipo de estado de necesidad que contiene el Texto Punitivo en el 20.5 -estado de necesidad exculpante- para eximir al médico que deja de prestar asistencia ante el miedo de un posible contagio. Como ya dijimos, por la referencia a CEREZO MIR⁷⁹⁴, en estos casos es exigible **la obediencia al Derecho**, precisamente por esa obligación especialmente impuesta de sacrificarse. De *lege ferenda*, este relevante autor español, supone que «no debería incluirse este requisito –obediencia al Derecho- en la regulación del estado de necesidad como causa de justificación. La existencia de un deber de sacrificio por parte del necesitado podría ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses y a pesar de la existencia de dicho deber, en ocasiones, el interés o intereses salvaguardados podrían ser de superior valor a los lesionados y no implicar la conducta un grave atentado a la dignidad de la persona humana. Únicamente debería hacerse referencia a este requisito en el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, de modo que quedara excluida la aplicación de la eximente cuando, por la existencia de un deber de sacrificio, le fuera exigible al sujeto la obediencia al Derecho»⁷⁹⁵.

Lo anterior **no** significa que la **obligación** sea **ilimitada**. Pero, mientras en otros supuestos los límites expresados por la doctrina, desigualdad manifiesta de los intereses en conflicto, o inutilidad del sacrificio, puede ser

2003. En, *Departamento de Unidades Biomédicas de la Universidad de Navarra*. <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>, consultado el 27 de febrero de 2010.

⁷⁹⁴ Véase a CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 288.

⁷⁹⁵ *Ibidem.*, pp. 288 y 289 *in fine*.

fácilmente imaginables, en diversos supuestos presentados en la Medicina resultan más aun más complejos. Los intereses van a ser siempre, la salud (colectiva o individual), por tanto, en último término, de igual valor, aunque no pueda descartarse situaciones excepcionales. La acción curativa o de control, será normalmente útil, adecuada, ya que aunque no pueda resultar así en un paciente en concreto, no puede olvidarse el otro interés en conflicto, la salud pública. Con independencia de que, además, la finalidad del tratamiento médico puede ser diferente a la curación cuando ésta no sea posible.

Si viene, en cambio, el deber limitado por el ejercicio profesional. El médico estará obligado a sacrificarse cuando se encuentre en el ejercicio de su profesión. A este respecto debe tenerse en cuenta que, salvo situaciones excepcionales donde posiblemente estuviéramos ante la eximente de cumplimiento de un deber, no todos los especialistas médicos vienen obligados jurídicamente a dicha asistencia, sino aquellos encargados de esos ámbitos de la Medicina. Por tanto, el límite por el ejercicio de la profesión, debe tener en cuenta los dos elementos: que se encuentre ejerciendo la profesión y, se trate de un campo de su competencia: En los demás no existe una obligación jurídica especialmente impuesta.

Y lo mismo cabe decir dentro de la medicina privada, aunque aquí el deber de sacrificio venga generado por una previa aceptación del cargo o aún más por algún tipo de contrato, sobre todo cuando se trata de la medicina estética.

Cuando, a consecuencia de la falta de asistencia, se produzcan resultados lesivos, el médico no podrá justificarse por estado de necesidad. Con todo, la regulación de la circunstancia 5ª del artículo 20 del Código Penal español no deja de plantear problemas en este orden. El tercero de los requisitos, ahora examinado, no se ha considerado, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, dando lugar su ausencia a la aplicación de la eximente incompleta (artículo 21, 1ª del Código Penal). Por tanto, aunque no se eximiría de responsabilidad, sí se produciría una disminución relevante de la misma, ya que, a pesar de lo manifestado por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN,

aunque haya sido tenido en cuenta en la ponderación, no puede evitarse esta conclusión: la obligación de sacrificarse vendría dada por la relevancia en la ponderación, establecida como uno de los requisitos del estado de necesidad. Sólo, acudiendo a la función social del ejercicio de la Medicina, conectándolo con los intereses en juego, sería posible negar la atenuación. Es decir, no se cumpliría el primero de ellos, que el interés sacrificado fuera de igual o menor valor, lo que significa prescindir en estos casos, de la no obligación de sacrificarse como elemento independiente. Solución más correcta y respetuosa con la finalidad de esta eximente, más cuando se parte de que la ponderación de intereses debe hacerse teniendo en cuenta la situación y todas las circunstancias del caso.

Aunada cuestión problemática viene representada por la ausencia de tipo penal que recoja la no evitación del riesgo para la salud pública. Las lesiones, incluso la muerte, causadas por la omisión del médico, pueden, sin inconveniente, substituirse en los correspondientes tipos de lesiones u homicidio. Pero, como hemos matizado, existe un interés más en conflicto, que es la salud pública, en la que se produce una efectiva lesión. No existe en la legislación penal española figura alguna en que pueda considerarse incluida esta conducta. Sólo el artículo 348 *bis* del anterior Texto Punitivo podría ser aplicable: «El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave». Como bien señala ARROYO ZAPATERO⁷⁹⁶, la aplicación de este tipo

⁷⁹⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis. “La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida”. En, *Derecho y Salud*. Volumen 4, nº 2, julio-diciembre. Barcelona, 1996, p. 4. Bien así, expone, que son dos cuestiones a tratar en el susodicho precepto: La primera es su total inaplicación por los Tribunales desde su aparición en 1958, y la segunda su general descalificación doctrinal. Salvo Cuello Calón –implicado quizás en su redacción- cuantos autores se han manifestado sobre el precepto lo han hecho poniendo de relieve que su defectuosa construcción técnica hace inaplicable el tipo en la vida práctica,

resulta problemática, será para ello preciso admitir en la propagación por omisión, que el sujeto venga obligado a hacer algo para evitarlo. Teniendo en cuenta lo dicho antes, el médico tiene la obligación de correr el riesgo de contagiarse en la atención al paciente o al evitar la propagación, pero, realmente, no la propaga. Por tanto, para poder imputar ese resultado, es preciso que ostente una posición de garante, que venga obligado a evitarlo. Acudiendo a las fuentes materiales del deber de garante, entraría dentro de su ámbito de competencia, teniendo, además, encomendada, en estos casos, la función de control del bien jurídico.

Más problemática resulta la exigencia de que se haga maliciosamente⁷⁹⁷. Si hacemos equivalente esta expresión a dolo directo, difícilmente podría concluirse que la finalidad de la omisión sea la propagación de la enfermedad. Por el contrario, admitiendo el dolo de segundo grado o el eventual, cuando la falta de asistencia produzca de forma necesaria o probable, la propagación, no habría problemas en considerar la conducta del médico que omita por miedo al contagio, un supuesto típico del artículo 348 *bis*.

Los estudios sobre este precepto han sido escasos y su aplicación inexistente. Se introdujo por reforma de 24 de abril de 1958⁷⁹⁸, con la finalidad de sancionar de forma autónoma los atentados contra la integridad de las personas producidos mediante contagio, fundamentalmente venéreo⁷⁹⁹, motivo

defectos que se identifican en la exigencia de “propagación” de la enfermedad y que la propagación sea “maliciosa”.

⁷⁹⁷ En efecto, en primer lugar el tipo objetivo requiere el efectivo contagio a tercera persona, contagio apto además para propagar la enfermedad ulteriormente y afectar así a la salud pública que es el bien jurídico formalmente objeto de protección, lo que representa tanto, al menos, como requerir la efectiva lesión de la salud de otro, todo lo cual excluye la aplicación del tipo a los supuestos de actuar peligroso por parte del portador de la enfermedad, que es la conducta de interés político-criminal para la tutela de la salud pública, pues la lesión efectiva individual podría resolverse mediante los tipos de lesiones, que no pocos autores consideraban aplicables, a pesar del catálogo cerrado de medios comisivos que presentaban estos delitos hasta la reforma de 1989.

⁷⁹⁸ La reforma sirvió fundamentalmente a la adecuación del Texto Punitivo al Concordato con la Santa Sede de 1953, a lo que se añadieron nuevos tipos entre los delitos contra la salud pública, entre los cuales el que comentamos, y otras cuestiones técnicas. *Vid.*, al respecto QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “Código Penal del imperio de Etiopia”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 11, fascículo/mes 2, 1958, pp. 348-354.

⁷⁹⁹ *Vid.*, BOIX REIG, Javier. “Consideraciones críticas sobre el artículo 348 *bis* del Código Penal (propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)”. En, AA.VV., *Delitos contra la salud pública*. Universidad de Valencia, 1977, pp. 96 y ss. *Cfr.*, el artículo de SÁINZ

de preocupación desde inicios del siglo actual. La interpretación de este artículo ha sufrido vaivenes, al hilo de la regulación de los delitos de lesiones que, antes de la reforma del Código Penal de 1989, al establecer una limitación de medios, hacía imposible considerar así los menoscabos en la integridad ocasionados por el contagio de una enfermedad⁸⁰⁰, lo que producía el entendimiento del artículo 348 *bis* como delito de lesión. Con posterioridad a esta última modificación de los delitos de lesiones, se posibilita la apreciación del precepto como de peligro concreto⁸⁰¹.

La conducta típica consiste en transmitir una enfermedad de forma directa o indirecta. En parte, por lo ya enunciado *supra*, la doctrina ha considerado que estamos en presencia de una modalidad de lesión, sin sustantividad propia, lo que impide la apreciación de un concurso con las posibles lesiones o muertes, previsto en el último inciso del artículo 348 *bis*⁸⁰², en cuanto lesionara el principio *non bis in idem*⁸⁰³.

Por otro sector doctrinal se exige la efectiva producción de la enfermedad⁸⁰⁴. Por último, para otros autores, bastará con el carácter transmisible de la enfermedad, sin concurrencia alguna de lesión, ya que el Código sólo requiere que sea transmisible, y no su efectiva transmisión. Para CARMONA SALGADO, esta interpretación parece la más acorde con la ubicación del precepto y su naturaleza de peligro concreto contra la salud pública, apoyándose, además, en el dato objetivo de la posibilidad de que en algunos casos no llega a producirse el contagio, a pesar de la exposición al mismo⁸⁰⁵.

CANTERO, José Antonio. "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas". En, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 13 y ss.

⁸⁰⁰ Teniendo en consideración que estamos hablando sobre peligro de contagios, es prudente conocer más acerca de lo que se denominan enfermedades transmisibles. Al respecto véase a PIEDROLA GIL, Gonzalo *et. al.* En, *Medicina preventiva y salud pública*, 11ª ed., Barcelona, 2008, pp. 451 y ss.

⁸⁰¹ Cfr. BOIX REIG, Javier. *Consideraciones... Op. Cit.*, pp. 96 y ss.

⁸⁰² *Ibidem.*, p. 384.

⁸⁰³ Sobre este principio, y con un sutil matiz del tratamiento –por el Tribunal Constitucional- en España, véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos... Op. Cit.*, pp. 134-136.

⁸⁰⁴ SÁINZ CANTERO, José Antonio. "El delito de... *Op. Cit.*, p. 32.

⁸⁰⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Problemas de prevención y trasmisión del SIDA en el Derecho Penal español". En, *Poder Judicial*. Número 23. Madrid, 1991, p. 95. CARMONA

Propagar habría que ponerlo en relación con el carácter transmisible de la enfermedad, entendiendo que es extender, dilatar o aumentar la incidencia sobre la población, sin que sea preciso un efectivo contagio de persona determinada, sino el crear una situación de riesgo concreto para la colectividad, en suma, puede estarse ante la transmisión de gérmenes de una enfermedad que, siendo transmisible, no se ha transmitido realmente, aunque exista un peligro concreto de que así sea⁸⁰⁶. Lesión o peligro concreto, exigido por LUZÓN PEÑA que, simultáneamente crearía un riesgo abstracto para la salud comunitaria⁸⁰⁷.

Con el precepto se quería proteger un interés colectivo, la salud pública. El riesgo de propagación del contagio no la pone en peligro, sino que causa su efectiva lesión; riesgo, no para un sujeto concreto, sino para particulares indeterminados, sin que sea preciso el efectivo contagio de alguien.

Si, como hemos mencionado, propagar es equivalente a extender, aumentar o dilatar, dentro del problema que nos ocupa, habrá que esclarecer si ese efecto se puede producir por una omisión. De esto, tenemos que es indudable que no se requiere que la propagación se realice directamente por el sujeto activo, que puede emplear, por ejemplo, animales, objetos, liberar gérmenes u otros factores que resultan innumerables como consecuencias de los avances en la Medicina⁸⁰⁸. El aumento o extensión de la enfermedad puede, también, producirse omitiendo las medidas de control y prevención requeridas para evitarlo⁸⁰⁹; sería absurdo negar la tipicidad de la conducta del que por no utilizar preservativos, contagia el SIDA, o del que omite decir que la jeringuilla está infectada. Ello supone establecer un deber jurídico de actuar

SALGADO, Concepción. "Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud. En, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005, pp.747-749.

⁸⁰⁶ Véase a BOIX REIG, Javier. "*Consideraciones... Op. Cit.* p. 380.

⁸⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "*Problemas... Op. Cit.*, p. 95.

⁸⁰⁸ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción. "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes." *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 700.

⁸⁰⁹ Medidas que, generalmente son dictadas por las distintas autoridades sanitarias en el momento de declarar el estado de emergencia –tratándose de un virus nuevo- o las que están establecidas para las diversas enfermedades que son riesgosas en cuanto a su contagio se refiere.

para evitar la propagación, o de adoptar los medios adecuados para ello, salvando ahora el elemento subjetivo⁸¹⁰.

Para el caso del galeno, consideramos que éste viene obligado a realizar un control y prevención de estas enfermedades, dentro de su especialidad, mediante el tratamiento del concreto enfermo y la adopción de las medidas adecuadas para evitar la propagación, siempre dentro de la legalidad. En el caso del paciente que requiere la asistencia médica para su curación o atención, el omitir hará al facultativo responsable de los resultados lesivos, en función de la posición de garante que ostenta, ya que tiene el control del mantenimiento del bien jurídico y está dentro de su competencia. Pero, al mismo tiempo, esa omisión puede producir una propagación de la enfermedad, exponiendo a terceras personas al contagio, por la no realización de la acción a la que venía obligado⁸¹¹.

En estos casos, el doble enjuiciamiento y sanción, no supondría una quiebra del *ne bis in idem*, ya que se trataría de un concurso ideal, un solo hecho da lugar a dos o más delitos, sin que exista identidad de hecho y fundamento: en un caso se protege la salud individual (lesiones) y en el otro, la pública (artículo 348 *bis*).

Persiste todavía el problema del término maliciosamente. Como hemos expuesto en notas anteriores, su utilización ha sido criticada por toda la doctrina, en tanto que supone su práctica inaplicabilidad. Para la mayoría de ella, su inclusión hace que sólo sea posible el dolo directo⁸¹² que, debe ir referido al padecimiento de una enfermedad infecciosa y a la forma de transmisión. De la opinión mayoritaria disiente LUZÓN PEÑA, para quien será admisible el dolo eventual: basta que el sujeto conozca la propia infección o la del objeto que maneja y no descarte -tomando algunas precauciones- el

⁸¹⁰ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos... Op. Cit.* p. 213. Al respecto, matiza la autora, que el deber jurídico que podría fundamentarse en una previa situación de peligro que obligaría al sujeto a actuar para evitar el resultado lesivo, ejerciendo una función de control sobre el bien jurídico.

⁸¹¹ *Ídem., supra.*

⁸¹² BOIX REIG, Javier. *Consideraciones... Op. Cit.* p. 381.

posible contagio⁸¹³. Consideramos que, en el caso que ahora nos ocupa, el garante del arte de curar, que conociendo la enfermedad, el riesgo y forma de contagio, omite la asistencia, control y medidas preventivas, no puede pretender desconocer el alto grado de probabilidad de una propagación de dicha enfermedad y, el peligro que ello supone para la salud pública. Aunque la finalidad directa de su conducta no sea el conseguir dicha propagación, es indudable que, aunque sea de manera “indirecta” acepta dicha consecuencia⁸¹⁴.

Dejada constancia de la ineficacia de este precepto -348 *bis*-, pero también de la necesidad de regular penalmente estos hechos, coincidimos con GÓMEZ PAVÓN en lo que respecta a la solución que plantea esta problemática, así, lo correcto hubiera sido modificar el precepto, construyendo un tipo de peligro concreto para la salud pública, sancionando la realización de conductas que supongan un grave riesgo de propagación de una determinada enfermedad, eliminando los problemas relativos a la exigencia de dolo directo, como mantiene un sector doctrinal⁸¹⁵.

⁸¹³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “*Problemas... Op. Cit.*”, p. 95. Con relación a lo expuesto, véase la STS de 17 de febrero de 2009 (No. 173/2009. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez) que viene a confirmar la SAP de Valencia de 14 de mayo de 2007 (AP de Valencia sección 2ª, número 229/2007, de 14 de mayo. Ponente: D.ª Carolina Rius Alarcó, que calificaba como doloso eventual la transmisión de la enfermedad de la hepatitis C a 275 pacientes y como imprudentes el resultado de muerte de cuatro de ellos.

⁸¹⁴ En este sentido, tenemos que, lo mismo podría extenderse a otros supuestos, siempre que existiera dicho conocimiento. El contagio de determinadas enfermedades, o la realización de comportamientos adecuados o favorecedores a la propagación, con conocimiento de padecer dicha enfermedad y de su forma de transmisión o contagio, así como los medios que pueden evitarlo, pueden considerarse supuestos enmarcados dentro del dolo eventual. Paradójicamente, a pesar de la preocupación que estos riesgos suscitan, incluso en la propia Administración Pública, el Proyecto de Código Penal de 1994, eliminó el artículo 348 *bis*, postura seguida por el actual Texto Penal.

⁸¹⁵ Es cierto que el castigo de la forma imprudente en estos delitos de peligro contra bienes jurídicos colectivos, plantea problemas y, no sólo por la exigencia de resultado en la culpa, sino en cuanto puede suponer de adelanto de las barreras de protección penal y de la quiebra del principio de mínima intervención –principio que es altamente defendido por nosotros-. A pesar de esto, con el sistema adoptado por el Proyecto de 1994, el castigo expreso de la forma culposa, renunciando a cláusulas generales de incriminación, posibilitaría lo anterior. Por otra parte, no consideramos que se vulnere el principio de mínima intervención, al contrario, la regulación se acercaría a la realidad. La alternativa creemos, es o bien renunciar a sancionar estos comportamientos peligrosos en vía penal, o si se decide acudir a este sector del Ordenamiento, incluir los supuestos imprudentes, aun limitando la tipicidad a la modalidad más

El Código Penal vigente, introduce en el artículo 196, una figura especial de omisión del deber de asistencia sanitaria el profesional (médico) que venga obligado a prestarlo⁸¹⁶. Algunos de los casos dichos, podrían encontrar acomodo en está nuevo precepto, pero siempre que la causa de la propagación sea la inasistencia a esa determinada persona que en ese momento precisa de atención.

Suprimido el anterior 348 *bis*, cuando se ocasione una lesión, considerada como el efectivo menoscabo de la salud individual. El contagio,

grave. No cabe olvidar, además, que a partir de la reforma de los delitos de lesiones, en 1989, el efectivo contagio de alguna persona se substituía en el artículo 420, al haber desaparecido la limitación de medios, o en el artículo 418, dependiendo de la gravedad y siempre, en este último caso, que haya sido perseguido el resultado de propósito. Pero incluso, cuando no ha existido ese propósito, el artículo 421.2 agrava la pena del artículo anterior cuando se produce, entre otros resultados, una grave enfermedad somática. Con independencia de la consideración y naturaleza que se otorgue a este último precepto, por ejemplo, caso de no existir dolo en relación con el mencionado resultado, las lesiones serían imprudentes, sin que nada se haya objetado a esta posibilidad. Hay que tener en cuenta, a la hora de interpretar estos preceptos, que sólo mediante el contagio parece posible el ocasionar esa enfermedad de forma directa y no como secuela de otras posibles lesiones. Las lesiones imprudentes se recogen en los artículos 152 y 621 del texto vigente. Véase a GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos... Op. Cit.*, p. 214.

⁸¹⁶ Podría considerarse que en la discutible clausula «estando obligado a ello» y el riesgo grave donde se deposita la esencia y clave para interpretar el referido precepto. ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios: El artículo 196 del Código Penal*. Granada, 2006, p. 381. La Profesora de la Universidad de Granada realiza un amplio estudio sobre esta figura, incluso a manera de *lege ferenda* realiza consideraciones dignas de ser tomadas en cuenta. De esta manera, refiere que el citado precepto, en los términos que se encuentra redactado, no ha logrado encontrar un posible campo de efectividad. Antes este hecho sugiere: «La posibilidad eventual de añadir a la actual redacción la alternativa de la comisión culposa de la conducta (de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* de la incriminación de la imprudencia establecido por el art. 12 del CPE), como una excepción a la regla según la que el Ordenamiento Jurídico español no sanciona los comportamientos imprudentes a los que no acompañe un resultado de lesión. De otra manera, continúa la autora en el ánimo de justificar su propuesta, si se rechaza dicha opción atendiendo a la insuficiente carga de lesividad o de ofensividad para el bien jurídico (salud, vida) que supondrían tales supuestos (*sic*), la postura crítica ante este art. 196 CPE tendrá que consistir en limitarnos a la cualidad de comportamiento doloso que el legislador le ha otorgado y conceder un plazo más de tiempo a la esperanza de que llegue a aplicarse y escape finalmente al destino del olvido absoluto o de una derogación», pp. 582-583. Al hilo de la conducta tipificada en el 196 del CPE y con un análisis de diversos supuestos que emanan de la realidad practica sanitaria, véase a la misma autora en, «Responsabilidad penal del profesional sanitario por omisión de asistencia. Una revisión dogmatica de algunos aspectos del art. 196 CP». En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 323-354.

puede ser constitutivo de lesiones, pero no el posibilitar, dolosa o imprudentemente, la propagación, por tanto, la simple colocación de las condiciones para ello, sería un hecho atípico según el Código Penal de 1995⁸¹⁷.

2.3. El supuesto contenido en el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002: Estado de necesidad cuando existe riesgo para la vida o la salud. La actualización del consentimiento presunto

Aparte de los casos previstos en la letra a), el artículo 10. 6 de la Ley General de Sanidad -o su similar 9.2 b) de la Ley 41/2002- contempla la posibilidad de prescindir del consentimiento del paciente: «c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento⁸¹⁸».

De esta manera, se posibilita, pues, al facultativo a actuar, cuando el paciente no pueda emitir su conformidad con el tratamiento, y siempre que se esté ante un riesgo grave para la salud o, incluso la pérdida de la vida. Frente a la posible lesión de la voluntad, la Ley –convencidos que lo hace de una manera acertada- opta por otorgar primacía a la salud y la vida, solucionando así, la situación de necesidad. Se trataría, entendido en estos términos, de amparar la conducta del médico con la eximente quinta del artículo 20 del Código Penal.

Así bien, en estos presupuestos estamos ante lo que se ha venido a denominar por la doctrina jurídico-penal como el consentimiento presunto. Figura, que creemos, es por excelencia –hablando del asentimiento en la ámbito médico-sanitario- la que hace cobrar relevancia a la eximente del 20.5 del Código Penal español. Para algunos autores alemanes, entre ellos fundamentalmente ROXIN, dogmáticamente tal forma de consentimiento **se**

⁸¹⁷ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos... Op. Cit.*, pp. 214-215.

⁸¹⁸ En el mismo tenor, el artículo 9.2 b) de 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, expone que: «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 con seguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él**».

sitúa entre el consentimiento como tal y el estado de necesidad justificante⁸¹⁹. Desde esta perspectiva, ha sido, *prima facie*, estimado como una interferencia sin permiso en los bienes jurídicos de otro que únicamente puede estar justificada por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo -se da, por tanto, una situación con dos voluntades, la presumida y la real, que pueden coincidir o no, pero, en este último caso, dicha colisión es compensada por el Ordenamiento Jurídico conforme a criterios objetivos y diferenciados, con los que se fija una voluntad presunta que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico⁸²⁰. Cabe mencionar, que semejante apreciación ha de ser matizada, sobre todo dentro de la legislación penal española.

ROXIN, desde la idea que suscribe en relación al tema, desarrolla una serie de criterios válidos para la **determinación del consentimiento presunto, en atención a la situación del interés**: por un lado, la actuación en interés ajeno que se divide tripartitamente en las siguientes hipótesis: a) Decisiones vinculadas a la situación objetiva, puede obrar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante de manera objetiva del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de las circunstancias que sean indicio de opinión opuesta del titular del bien jurídico –médico que interviene a un sujeto inconsciente para salvarle la vida después de que éste haya sido atacado por una mortal serpiente-, b) Vinculadas a la personalidad, el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión –el galeno que estando en el quirófano decide emputar la

⁸¹⁹ Véase la tesis de la autonomía del consentimiento presunto expuesta por ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 765-772. Para el Catedrático alemán egresado de la Universidad de Hamburgo el consentimiento presunto se diferencia del consentimiento no solo por su carácter de causa de justificación, sino sobre todo porque el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad; del estado de necesidad justificante lo distingue en que el consentimiento presunto la justificación no depende de de una ponderación objetiva de intereses, sino de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico, *Ibidem.*, pp. 765-767.

⁸²⁰ *Ibidem.*, *supra.*, p. 765. Sobre el estado de necesidad y sus particularidades en estos supuestos, a propósito de la actividad sanitaria, nos ocuparemos de manera más detallada a *posteriori* en este epígrafe.

pierna de un paciente por causa de una gangrena, a pesar de que había un documento de instrucciones previas en donde éste señalaba su interés por conservar ambas extremidades en cualquier circunstancia-, c) Existenciales, habrá que justificar por consentimiento presunto que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad; por otro, actuaciones en interés propio, cabe que negar el consentimiento presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo.

De otro lado tenemos la opinión de JESCHECK/WEIGEND quienes aducen que la eficacia justificante del consentimiento presunto descansa sobre una combinación de tres facetas a tener en cuenta: a) La ponderación de intereses en el sentido del ofendido que deben ser solucionados por una intervención exterior que tiene lugar en un sentido concreto, al no poder ser tomada a tiempo una decisión propia⁸²¹; b) La exigencia de realizar una presunción objetiva acerca de cuál habría sido la resolución más probable de haber conocido aquél la situación, c) La necesidad de recurrir a la idea del riesgo permitido, de lo que se deriva sobre todo el deber de realizar un examen minucioso⁸²².

⁸²¹ Este supuesto es cercano al estado de necesidad justificante (en su modalidad de auxilio necesario) porque aquí también hay que ponderar si uno de los intereses prevalece esencialmente sobre el otro. La diferencia reside en que los intereses implicados corresponden a la misma persona, en que por parte de un tercero en sí mismo no facultado para ello debe hacer la elección, y en que siempre resulta decisiva la voluntad presunta del titular del bien jurídico. Véase a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 415.

⁸²² Ante esto, estos autores alemanes exponen que, «los dos primeros criterios mencionados no son independientes entre sí, sino que muestran una relación recíproca. Por lo general, de la ponderación de intereses se deriva el dato de si hubiera cabido esperar el consentimiento del ofendido; pero de su particularidad subjetiva también puede deducirse que no habría aprobado la solución del conflicto de intereses dirigida a su “verdadero provecho”. Ambos puntos de vista destacan en los dos grupos de casos con una fuerza distinta. Generalmente, en el conflicto interno de intereses la decisión que objetivamente sea más razonable se corresponderá también con la voluntad presunta del afectado. Por el contrario prescindiendo de casos que carecen de peso específico, como el de cambiar dinero que se toma de una caja ajena, en la renuncia al interés propio la solución dependerá bastante de la opinión personal del titular del bien jurídico. Sin embargo, en ambos supuestos, también debe ser respetada una “voluntad razonable” del portador del bien jurídico protegido cuando aquella es conocida o puede ser deducida, pues en el consentimiento presunto no se trata de un caso permitido de “tutela prestada por un auxiliador no requerido”, sino de una decisión en el sentido del afectado. Por tanto, el hecho también está justificado cuando posteriormente la presunción ha resultado ser

Especial acepción jurídico-penal tiene la **vertiente existencial**, de la que habla ROXIN, **relacionada con los bienes jurídicos vida y salud para la atención médica, pues es donde mayor importancia práctica presenta el consentimiento presunto**⁸²³. Piénsese en el hecho de que un facultativo se encuentre, lo que se da con cierta frecuencia, en situaciones límite en las que es imposible esperar a recabar el consentimiento del paciente o de sus familiares o representantes legales, porque de hacerlo podría poner en peligro la vida del paciente. Verbigracia: Los ya citados casos en los que la persona llega inconsciente a un hospital víctima de una accidente y para salvarle la vida es necesario realizar una urgente intervención quirúrgica en los que sobre una actuación consentida que demuestra la incorrección del diagnóstico previo se requiere en ese momento la necesidad de llevar a cabo una operación diferente a la asentada *ab initio* estando el paciente bajo los efectos de la anestesia e inconsciente y sin familiares⁸²⁴. También se incluye, básicamente por la doctrina penal alemana más *lata* en la apreciación de esta *sui generis* causa de justificación, los supuestos en los que no puede ser recabado el consentimiento del paciente basado en un completo conocimiento de los hechos, debido a que la explicación íntegra relativa a la naturaleza y alcance del padecimiento vendrá a menoscabar previsible y considerablemente el resultado del tratamiento por el efecto choque que supondría el relato de toda la verdad³⁸³. En otras palabras, nos situamos aquí, ante los casos o supuestos de lo que también se puede denominar **necesidad terapéutica** y que tiene como explicación matriz, el efecto psicosomático que producen ciertos conocimientos médicos en la *psique* del enfermo. Esta será una cuestión en la que abundaremos más adelante cuando analicemos el contenido del artículo 5.4 de 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.

Las susodichas interpretaciones señaladas *supra* llevan a una dimensión posiblemente demasiado amplia y, en todo caso, muy cercana al estado de

equivoca a pesar de un examen cuidadoso de carácter objetivo. En este caso la justificación de la intervención descansa sobre la idea del riesgo permitido». *Ibidem., supra.*, p. 416.

⁸²³ Jescheck-Weigend aceptan esa relevancia práctica tanto en el ámbito médico-sanitario, en su mayoría, como en la corrección de niños ajenos. *Ibidem., supra.*, p. 417.

⁸²⁴ JORGE BARREIRO, Agustín. *La relevancia... Op. Cit.*, p. 20.

necesidad. Por ejemplo, el mismo ROXIN es en especial vasto en su valoración cuando, consciente de situarse en una posición minoritaria con respecto incluso a la doctrina germana, asegura que no es correcto atender a si se puede obtener un indicio cualquiera -así, consultando a los allegados- que permita deducir la posición general del paciente al respecto, incluso conociendo que éste es miembro de una confesión religiosa que rechaza las operaciones o las transfusiones de sangre o que anteriormente haya manifestado en una ocasión que preferiría morir a seguir viviendo como tullido con un miembro amputado. Para estos supuestos, concordamos, solo en parte, con ROXIN, ya que, por un lado es cierto que nunca se puede saber cómo decidiría realmente el sujeto pasivo o enfermo ante el umbral de la muerte –resultado “aventurado” cualquier intento de hacerlo-, cuando se está en esa situación muchas personas revisan sus opiniones anteriores y quieren seguir viviendo, por lo que la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se salve su vida, aunque después no esté de acuerdo con que se le haya salvado⁸²⁵. Pero por otra, significativo planteamiento del autor alemán es discutible en cuanto choca con la libertad del individuo anteriormente expuesta y deja casi en el vacío la idea del denominado testamento vital en este sentido y, en determinados casos, la eutanasia pasiva, lo que no quiere decir que, mediante aplicación del estado de necesidad no se pueda atender a situaciones límite, de confrontación entre la libertad del paciente y su propia vida. JAKOBS es más restrictivo que ROXIN en el caso del médico que con consentimiento presunto, pero contra la voluntad real, amplía el alcance de la intervención, a partir de lo que halla en una operación; como lo encontrado era de esperar, habría debido de hablar sobre ello con el paciente antes de la operación; el paciente no habría consentido; si se conocieron todas las circunstancias, lesiones dolosas; si no, imprudentes⁸²⁶.

Tampoco la propuesta jakobsiana solventa todas las cuestiones. Se demuestra la complejidad de las soluciones, más si las queremos basar en una fórmula de artificiosa ubicación entre las causas de justificación, lo anterior, debido a que entraríamos a un complejo ambiente de suposiciones fácticas, sin una base sólida, pero sobre todo cierta.

⁸²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 775-776.

⁸²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 543.

La realidad es que la difícil elaboración teórica del consentimiento presunto, en la penumbra entre el consentimiento, como causa de atipicidad, y el estado de necesidad, como de justificación, los problemas que plantea su aplicación práctica sobre los presupuestos teóricos analizados, la necesidad de acudir a un juicio hipotético del sujeto titular del objeto jurídico para concretar las posibilidades *ex ante* de que aquél consentiría que, a veces, se presenta como una mera ficción, y la presentación tasada de las causas de justificación en el Derecho Penal español, nos llevan a cuestionar su envoltura dogmática y su carácter autónomo de causa de justificación, para preferir responder a estos supuestos de exención de la responsabilidad criminal mediante la figura, mucho más concreta y definida legalmente, del estado de necesidad justificante del número 5º del artículo 20, en el que la cuestión deriva a la ponderación de los bienes jurídicos enfrentados. No obstante, en epígrafes previos ya dimos preciso tratamiento a esta figura y a un particular caso, en donde como vimos, de *lege ferenda* y haciendo un estudio de derecho comprado⁸²⁷, en la práctica, podríamos resolver muchas de estos supuestos con la creación de un tipo específico que de puntual tratamiento al tratamiento curativo arbitrario. En donde específicamente en el supuesto formulado dicho asentimiento puede encontrar, incluso, ubicación en la atipicidad de la conducta⁸²⁸.

Esbozado el escenario doctrinal que permea en relación con la figura del asentimiento presunto o dicho de otra forma, en los casos en que el garante del arte de curar no dispone del asentimiento de quien ante él se somete, concretamente en esas situaciones de urgencia es importante matizar y tener en cuenta algunas cuestiones. En principio, será preciso que realmente concorra una situación de necesidad, así como el resto de los elementos de esta causa de justificación. La situación de necesidad, presupuesto de la eximente, equivale a aquella que supone un peligro de pérdida o deterioro de un interés jurídico que, no puede ser salvado sin producir la lesión o

⁸²⁷ Parágrafo 110 del Código Penal austriaco y 156.2 a) del Código Penal portugués; en donde, para la aplicación de este último precepto también se hace referencia al artículo 150 del mismo.

⁸²⁸ Véase, para mayor amplitud, dentro de esta investigación, el epígrafe específico relacionado con el consentimiento presunto.

menoscabo de otro⁸²⁹. Riesgo que debe ser inminente e inevitable, sin que el transcurso del tiempo pueda aminorarlo, ni ser evitado por medios menos dañosos, legítimos o ilegítimos.

En estos supuestos la situación de riesgo, vendrá dada por la urgencia en actuar. Sólo cuando, como dice la propia Ley, **no permita demoras**, podrá decirse que concurre dicha situación, presupuesto esencial de la eximente. Debe advertirse que su apreciación no dependerá de la mayor o menor gravedad del riesgo, sino de que no admita demora; un peligro grave para la salud, incluso la vida, no puede justificar por sí solo la conducta del médico que decide actuar. El artículo 10.6 c), requiere, para poder prescindir del consentimiento una **urgencia** tal que no permita demoras. Términos que, necesariamente deben ponerse en relación, ya que con su empleo conjunto, consideramos se ha querido recalcar que sólo y exclusivamente, podrá, en estos casos, prescindirse del consentimiento, cuando sea imposible esperar a que el paciente pueda prestarlo, ni haya sido posible hacerlo previamente a la presentación –por ejemplo por medio de las instrucciones previas o el testamento vital- de esa situación de urgencia. Debido a esto, **no podrá ampararse la conducta del médico que se excede en el contenido del consentimiento.**

Como ya mencionamos, la situación de necesidad debe ser inminente, entendida como una alta probabilidad de que el peligro dé lugar a la lesión, y, además inevitable. Inminencia e inevitabilidad plasmadas en la urgencia que no admite demoras: sólo el sacrificio de la autodeterminación aparece como medio para salvar la salud o la vida.

Requisitos de este estado de necesidad, como de cualquier otro son:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. El conflicto de intereses, consustancial a cualquier causa de justificación, se resuelve por la propia Ley, dando preferencia a la vida y salud, sobre la

⁸²⁹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* Op. Cit., p. 215.

libertad⁸³⁰. Conclusión que no puede extenderse con carácter general a todos los supuestos, más bien, por el contrario, supone una excepción; en tanto, cuando los intereses en conflicto pertenecen a un mismo titular, es éste quien debe realizar la elección, optando entre, por ejemplo, sacrificar sus creencias o su vida. Cuestión que ya fundamentamos ampliamente anteriormente y que en definitiva damos particular preferencia por tratarse –la libertad de decidir sobre sí mismo- una cuestión que encuentra anclajes constitucionales en la mayoría de los países democráticos.

En estos casos, la imposibilidad de recabar el consentimiento, ante la urgencia de la situación, hace que se otorgue un mayor valor a la vida y salud, “sacrificando” una **hipotética** voluntad contraria.

Los intereses en conflicto deben ser, por imperativo legal, la vida y la salud (lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento). En relación con la vida no existe problema. El riesgo para la salud deberá ser, necesariamente, grave: La Ley General de Sanidad exige un peligro de **lesión irreversible**, es decir, que un retraso en el tratamiento o intervención médica, suponga la imposibilidad de recuperar el estado anterior de salud. La redacción legal es defectuosa, pudiendo inducir a considerar como tales, sólo aquellas que incidan sobre la integridad corporal o salud física del enfermo, excluyendo la psíquica. Pero concordando con GÓMEZ PAVÓN aún, cuando este último supuesto sea más difícilmente imaginable, no puede descartarse una situación de urgencia, que caso de no tratarse, produzca una lesión psíquica irreversible⁸³¹. **Hubiera sido preferible emplear el término salud, en vez de lesiones.** En cualquier caso, se trataría siempre, de un menoscabo o alteración irreversible del estado de salud del enfermo⁸³².

⁸³⁰ Cuando es la vida y la salud las que están de por medio, frente a la posibilidad de vulnerar la libre autodeterminación –que claramente en este supuesto no puede manifestarse- creemos que siempre será preferible que el médico sea sancionado –aunque sólo hablamos de una preferencia y no de que esta sea nuestra conclusión- por coartar la “libertad a decidir” que sacrificar dos bienes jurídicos de mayor envergadura en cualquier sistema democrático de derecho.

⁸³¹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* Op. Cit., p. 216.

⁸³² *Ídem., supra.*

El riesgo debe, además, ser grave, exigencia, tanto de la situación de urgencia que no admite demora, como del carácter irreversible de las lesiones.

Resultado, en orden a la gravedad que deberá medirse, a la vista de las consecuencias que probablemente acarreará el retraso en la intervención y que deberán suponer un menoscabo o alteración importante y permanente de la salud.

La ponderación establecida en la Ley toma así en cuenta, todas las circunstancias concurrentes, optando por uno de los intereses en conflicto, aun a riesgo del sacrificio de otro. Ponderación de la situación, donde juega un papel decisivo la imposibilidad del paciente de manifestar su voluntad.

En cambio, cuando puede presumirse la oposición del paciente al tratamiento, pensamos que la actuación médica no podrá ampararse por un estado de necesidad justificante. Por ello, en el caso de una negativa, el actuar cuando el paciente llega a un estado en que no puede manifestar su voluntad, no puede nunca considerarse como un estado de necesidad justificante para el médico al ceder la necesidad de consentimiento, puesto que, realmente, éste se ha negado en un momento previo –como por ejemplo podría ser el caso de las denominadas voluntades anticipadas-.

GÓMEZ PAVÓN⁸³³ al hablar de este tema, expone que «la acción salvadora debe ser, además, adecuada para esa finalidad. No sólo en el sentido de ser la indicada médicamente, sino la socialmente adecuada, lo que en la mayoría de los casos no planteará problemas». Ante esta afirmación nos saltan a consideración ciertas discrepancias, principalmente, en lo que respecta a la adecuación social de la acción. Estamos convencidos de que si bien es cierto que el galeno debe adecuarse a las reglas de la *lex artis* y *lex artis ad hoc* en su caso –adecuación de la acción salvadora, pero desde el punto de vista técnico-médico, que además es requisito para evitar conductas imprudentes-, también es verdad que tratándose de la compleja y delicada actividad sanitaria, sobre todo en su fase quirúrgica, **no siempre lo socialmente adecuado puede resultar lo más benéfico para quien**

⁸³³ *Ibidem.*, p. 217.

demanda atención en su salud; es por esto que el galeno sólo puede ser “sometido” a que actúe bajo las reglas del arte médica y mediante la observancia del principio de beneficencia-no maleficencia, más en la realidad sanitaria nos resulta de dudosa equivalencia practica –para la propia salud o vida del enfermo- que al garante del arte de curar le sea exigido –sobre todo en los supuestos que ahora ocupan nuestra atención- una actuación adecuada socialmente. Al menos no, a una adecuación social general. Lo que sería más razonable, podría ser que el término “socialmente” vaya unido a la idea de una sociedad médica –por ejemplo, colegios médicos, sociedades de bioética, etc.- y no al núcleo social-*lato* de ciudadanos medios que, seguramente, en su mayoría, carecen de conocimientos especiales propios del arte que significa la Ciencia Médica como para **juzgar** un proceder de los profesionales de esta área.

El segundo requisito es que el sujeto no se haya colocado intencionadamente en esa situación. La doctrina ha venido considerando, que la referencia es al que actúa en estado de necesidad, pues sería absurdo negar la aplicación de la eximente a quien actúa para salvar a otro, ignorando que se ha colocado intencionadamente en dicha situación⁸³⁴.

En los casos tratados, estamos ante un supuesto de auxilio necesario; el médico actúa para salvar la vida o la salud de otro, actuación impuesta por su deber profesional en orden a la salvaguarda de estos intereses. Los problemas en relación con este requisito pueden originarse en orden al derecho-deber de información. Como ya hemos adelantado, para poder actuar con la autorización conferida por el artículo 10. 6 c) de la Ley General de Sanidad, es preciso que el paciente **no** pueda prestar el consentimiento, la urgencia de la situación no admita demoras, etc. Su presencia, inesperada e imprevisible, en el curso de una intervención médica, hace posible prescindir de dicho consentimiento. Por el contrario, merece la pena preguntarnos: ¿Hasta qué punto podría ampararse cuando el riesgo es probable y previsible?

⁸³⁴ Véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad... *Op. Cit.*, p. 682.

Por la mayoría de la doctrina se ha mantenido que sólo deben excluirse los casos de provocación dolosa⁸³⁵. Para SILVA SÁNCHEZ este requisito equivaldría a la cláusula de adecuación del Derecho Penal alemán, siendo necesario, para la total exención, una adecuación objetiva «que falta en los casos en que el mismo ha provocado intencionadamente la situación de necesidad⁸³⁶».

La no información de dichos riesgos, aun cuando se consiga el éxito médico, no se corresponde con una conducta objetivamente adecuada a derecho –y tampoco completa el binomio **consentimiento-informado**- ya que éste impone, precisamente la contraria, por ello, no sería posible aplicar un estado de necesidad completo como causa de justificación.

Podría argumentarse que, a pesar de lo anterior, la situación de necesidad no se ha provocado intencionadamente y, por tanto, considerar posible la exención. Ciertamente el sujeto no ha desencadenado el riesgo para la salud o la vida que tiene su origen en un proceso morboso, pero ello no significa que no haya buscado la situación de necesidad. Si el médico sabe que probablemente por el padecimiento del sujeto y, previsiblemente, dadas sus concretas circunstancias, puede aparecer dicha situación de urgencia, asume el tener que actuar sin la voluntad del paciente, prescinde en último término, de la misma. No puede negarse, en estas circunstancias una provocación en dolo eventual de la situación de necesidad, aplicando la eximente incompleta⁸³⁷, al no considerarse que la provocación haga desaparecer la situación de necesidad. El problema, planteado en la doctrina española, es solucionado por CÓRDOBA RODA en el sentido de negar cualquier efecto atenuatorio, cuando la necesidad se provocó⁸³⁸. Por el contrario, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ⁸³⁹, «mantener la eximente incompleta no supone ninguna

⁸³⁵ *Ibidem.*, pp. 638 y ss.

⁸³⁶ *Ibidem.*, p. 683.

⁸³⁷ *Ídem.*, *supra*.

⁸³⁸ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan. *Las eximentes incompletas...* *Op. Cit.*, p. 302.

⁸³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *"Sobre el estado de necesidad..." Op. Cit.*, p. 683.

contradictio in terminis, ya que, la exigencia expresa de este segundo requisito, revela la posibilidad de que subsista la situación de necesidad»⁸⁴⁰.

Cuando el médico, conociendo los riesgos probables y previsibles para el paciente, inicia el tratamiento o, con mayor frecuencia, la intervención quirúrgica, sin informar de los mismos, deberá, caso de que se presenten, responder por un delito doloso de lesiones, en el que se aplicaría la eximente incompleta del artículo 21. 1, en relación con el 20. 5 del Código Penal.

Si su actuación, en orden a la previsión, infringió el deber de cuidado exigido, aun justificando la posterior actuación, subsistirá una responsabilidad por lesiones culposas⁸⁴¹ basado en la teoría de la *actio libera in causa*⁸⁴², de tal forma que, aun cuando quede exento de responsabilidad por el hecho cometido en estado de necesidad, ello no impide que se incurra en responsabilidad criminal por el delito constituido por la acción imprudente que provocó la situación de necesidad y el resultado causado por la acción necesaria.

El último requisito es la no obligación de sacrificarse, que debe solucionarse en los mismos términos que los expuestos al hablar del conflicto con la salud pública

2.4. Toma de postura sobre un caso particular: ¿Estado de necesidad o privilegio terapéutico?

A propósito de la Ley 41/2002, se desprende de la misma –y como límites a la exigencia de recabar el consentimiento informado- la **posibilidad**

⁸⁴⁰ Argumenta, Silva Sánchez, que aparte de esto, y desde una perspectiva jurídico-material atenta a la realidad social, no parece haber duda de que la situación de necesidad subsiste como tal, en principio, a pesar de que su origen responda a una provocación intencionada del sujeto. «En nuestra opinión, consiguientemente, en los casos de infracción del requisito procederá aplicar la eximente incompleta, por no revestir aquel carácter esencial». *Ídem., supra*.

⁸⁴¹ Al respecto de esta conclusión Véase a MIR PUIG, Santiago. “Observaciones a los títulos preliminar y primero del proyecto del Código Penal”. En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Número 3, Madrid, 1980, pp. 39-54. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad... *Op. Cit.*, pp. 681, 685 y 686.

⁸⁴² MIR PUIG, Santiago. *Ídem., supra*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Ídem., supra*. En cualquier caso, y con independencia de la fundamentación, siempre se ha castigado, en estos supuestos por imprudencia. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos... Op. Cit.*, p. 219 *in fine*.

de que el profesional sanitario prescinda del asentimiento informado del enfermo. Dichos límites a la facultad de expresar que es, lo que el que padece desea se haga con su salud, vienen determinados por él mismo. Siendo puntuales, cabe aclarar que lo que aquí se limita es la información que se brinde al paciente ante el proceder del médico –y no el consentimiento para que el galeno proceda a actuar⁸⁴³-; tal es el caso –por ejemplo- de no conocer con detalle el diagnóstico y los efectos y riesgos del tratamiento o intervención.

Este **derecho negativo de información**, contiene también unos mínimos legales. Así el artículo 9.1 de la Ley 41/2002 dispone que:

La renuncia del paciente a recibir información está limitada por **el interés de la salud del propio paciente, de terceros⁸⁴⁴, de la colectividad⁸⁴⁵ y por las exigencias terapéuticas del caso⁸⁴⁶**. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

⁸⁴³ Es decir, lo que aquí se produce es la **obtención de un consentimiento desinformado** para que el profesional de la medicina intervenga sobre el enfermo.

⁸⁴⁴ Si tiene una enfermedad contagiosa, por ejemplo para el cónyuge, es necesario que lo sepa, ya que sus hábitos y comportamientos deberán adecuarse a esta situación.

⁸⁴⁵ Sobre todo en caso de tuberculosis, en el que el contagio puede ser masivo. Las características de la tuberculosis, y en concreto la facilidad del contagio por vía oral, pueden aconsejar un tratamiento obligatorio para evitar contagios a terceros, y este tratamiento, en algún caso, puede acabar en un internamiento involuntario. Con anterioridad a esta Ley de derechos del paciente de 2002, el Ayuntamiento de Barcelona interesó del Juzgado de primera Instancia nº 40 de Barcelona, en el año 1998, la autorización para internar a un paciente que se negaba a sujetarse al tratamiento contra la tuberculosis y constituía un claro riesgo de contagio para las personas con las que se relacionase. En aquella ocasión, el juzgado atendió a la privación de libertad y a la imposición del tratamiento, ponderando los derechos e intereses que en ese momento estaban en juicio: **La libertad del paciente frente a la vida e integridad física de quienes pudiesen relacionarse con él**. Por supuesto, influyó decisivamente el alto grado de riesgo de contagio que representaba el paciente, por la facilidad con que se contagia la tuberculosis. Con la nueva Ley, si las medidas conllevan la privación de libertad, y en concreto la hospitalización forzosa de un enfermo, el art. 9.2 a) prevé un control judicial a posteriori, que revise la procedencia del internamiento. Para ello deberá comunicarse el ingreso en el plazo de 24 horas. La competencia judicial para conocer del internamiento no corresponderá a los Tribunales civiles, sino a los contencioso-administrativos, en virtud del actual art. 8.5 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción recibida por la disposición adicional 14 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁴⁶ En *stricto sensu*, debería ser en los supuestos de que el tratamiento requiera de una actitud positiva del paciente, conocedor de su enfermedad, el régimen que debe seguir, el tratamiento farmacológico y sus efectos.

Una vez que hemos planteado la posibilidad que la propia individualidad de la Ciencia Médica otorga al galeno de no brindar información al paciente que se somete a él, **nos surgen ciertas inquietudes jurídico-doctrinales ahí donde no nos ubicamos en el presupuesto de que el paciente manifestó expresamente su deseo de no ser informado**⁸⁴⁷. Esto, por el abanico tan amplio –derivado de la misma redacción legal en la materia- que se abre para el facultativo; pudiendo incluso, llegar al supuesto de que su conducta se vea justificada simplemente por razones o argumentos propios y con esto dejar al enfermo en un estado de indefensión ante posibles imprudencias profesionales llevadas a cabo en el marco de la profesión médica.

El núcleo de la problemática expuesta *antea* se deriva de lo que expone el art. 5.4 de la Ley 41/2002, al regular el derecho de información; donde reconoce la posibilidad de **limitar el derecho a la información sanitaria** de los pacientes por la **existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutico**. Se faculta así al médico a llevar a cabo una actuación médica sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud gravemente. Pensamos que el precepto está redactado en términos tan genéricos que obligará *a posteriori* a valorar la concurrencia de esas “**razones objetivas**” que permitieron a los médicos, y después a quien juzgue esa conducta auxiliado por los conocimientos de un perito –cuestión que en la realidad-práctica de esta profesión ya es *per se* polémica-, concluir que la información acerca de su estado de salud podía resultar contraproducente para el paciente, hasta tal punto que la agravara o impidiera su recuperación⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ Cuestión que quedaría eficazmente solucionada –sin dejar de observar sus limitaciones- con el contenido del artículo 9.1 de la Ley 41/2002.

⁸⁴⁸ En el mismo sentido que apuntamos y sobre la problemática del etiquetado “privilegio terapéutico” véase a ESER, Albin. “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica”. En, *Avances de la medicina y Derecho Penal*. Ponencias presentadas al Seminario hispano-alemán celebrado en Barcelona los días 25 y 26 de septiembre de 1986. Edición de Santiago Mir Puig. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona, 1988, p. 13. Esta denominación, como afirma el Dr. Egresado de la Universidad Würzburg, Tübingen (Alemania) y Director emérito del Instituto Max Planck, en el ámbito jurídico alemán resulta muy equívoca, donde con más propiedad se concibe como “principio de asistencia”. Argumenta este autor, que «lo único y verdaderamente esencial en cuanto a los aspectos de protección y justificación, es la cuestión de si, mediante esta atención al bienestar del paciente, sólo se

Si atendemos a la ubicación sistemática del precepto, dentro del derecho a la información, podemos concluir que **este privilegio terapéutico** –en conexión con la terminología usual en el Derecho anglo-americano- **no puede operar propiamente como tal cuando esa información sea básica y previa a una intervención médica importante** por los riesgos que comporta para la salud del paciente⁸⁴⁹. La información básica prevista en el art. 10.1⁸⁵⁰ se puede orientar en relación con los supuestos para los que el art. 8.2 de la ya citada Ley exige el consentimiento por escrito: en general se refiere a consecuencias relevantes de una intervención, riesgos graves derivados de la misma para el paciente y contraindicaciones también relevantes, que lógicamente podrán generarse cuando aquella actuación médica conlleve algún riesgo importante para el paciente. En estos **casos no podrá obviarse la información previa al consentimiento del paciente**, pues dejaría sin efecto dicho consentimiento al haberse prestado sin conocimiento de causa. En estos casos, debe afrontarse directamente el problema y advertir que no se trata de un supuesto de dispensa de la información previa, sino de dispensa de recabar el consentimiento directamente del paciente, por **entender⁸⁵¹ que no está capacitado para tomar la decisión**. Debe concurrir una necesidad, derivada del riesgo inminente y grave para la integridad del paciente, y al mismo tiempo que la

pretende llevar a cabo una ponderación, inmanente al consentimiento, entre su bienestar y su voluntad, o si, en verdad, no se está suprimiendo incluso su derecho a la autodeterminación como un bien jurídicamente protegido». Lo anterior lo califica de “exagerado” y expone que sería mejor reconocer el hecho de que no existe en puridad un principio del consentimiento, exclusivamente determinado por la autonomía, sino que, aunque sólo sea excepcionalmente, puede encontrarse unido al principio de ponderación. Pero ante esto, es concluyente al decir que reconocer estas afirmaciones equivaldría a introducirse en un campo de la dogmática, en el que, en gran parte, reina todavía la oscuridad. *Ibidem.*, pp. 13 *in fine* y 14.

⁸⁴⁹ En este sentido véase a SANCHO GARGALLO, Ignacio. “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”. En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Número 2. Director: Jesús María Silva Sánchez. Coordinación: Ricardo Robles Planas. 2004, p. 18.

⁸⁵⁰ El Artículo 10.1. relacionado con las Condiciones de la información y consentimiento por escrito señala que: 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.

⁸⁵¹ Entendimiento que, en el mejor de los casos, se limita a la razón de lo que el profesional sanitario considere mejor.

situación en que se encuentra en ese momento el paciente le impida asumirla y tomar la decisión. Se trataría de un supuesto complejo, en el que resultaría de aplicación de una parte el supuesto de hecho descrito en el art. 9.2.b) –un riesgo inminente y grave para la integridad del paciente- y de otra la incapacidad natural en ese momento del paciente para prestar por sí mismo el consentimiento informado –por no estar en condiciones asumir su situación-, que motiva recabar la prestación del consentimiento por representación -art. 9.3.a)-⁸⁵².

Dicho lo anterior, no hay lugar a dudas, que otra vez nos encontramos ante un posible caso de estado de necesidad justificante del 20.5 que dispone el Texto Punitivo español, de donde la ponderación de intereses que exige en estos casos nos lleva a pensar que es la figura del consentimiento presunto la que adquiere relevancia práctica. No obstante, el uso de esta forma de asentimiento, deberá quedar limitada a las circunstancias de urgencia señaladas en el 9.2 a) y b) de la Ley 41/2002 y creemos que **el garante del arte de curar deberá ser particularmente cuidadoso en aquellos otros casos que no se esté en una situación de urgencia y tenga la oportunidad de saber cuál sería la voluntad del paciente**⁸⁵³, ya que, como señalábamos arriba, se corre el riesgo de que aquél, ante una posible denuncia por parte de éste por no haberle informado sobre las consecuencias de su proceder, intente ante los Tribunales justificar una actuación derivada de su impericia, imprudencia o negligencia. Por ejemplo, se nos ocurre el caso –aun no planteado en la doctrina- de que, durante la consulta previa a una intervención quirúrgica de un paciente que es futbolista, el galeno decida no informarle que durante la misma, que en un inicio consistiría en la operación del menisco

⁸⁵² SANCHO GARGALLO, Ignacio. *“Tratamiento legal... Op. Cit.”*, p. 18.

⁸⁵³ Viene a colación, la STS, 1ª, 26 septiembre 2000 (RJ 2000/8126), en un supuesto de operación de estapedectomía con secuelas de pérdida total de audición del oído izquierdo, entiende que «se ha producido consentimiento desinformado a cargo del paciente, al habersele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada». En concreto, se advierte que **no se informó al paciente** suficientemente sobre las alternativas, los riesgos de la operación y las ventajas e inconvenientes de cada tratamiento; y con ello se le privó de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que, según el Tribunal, «se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia médica».

izquierdo, aprovechará la ocasión para intervenirle también el de la pierna derecha –**que clínicamente también era recomendable, aunque no urgente**- por creer –terapéuticamente- que, debido a que su paciente depende *quasi* al cien por ciento de estas extremidades, resultaría para éste una afectación de carácter psico-emocional grave debido a que tendría que permanecer fuera de las canchas por un periodo mayor de tiempo mayor, resultando que el futbolista **hubiese preferido someterse a la intervención de ambas extremidades en un solo acto y no posteriormente** debido a que jugaría un torneo de trascendencia internacional para su carrera.

Así pues, en el marco de esta subjetiva confrontación de ideas por parte del médico que actúa de cierta forma por creer que es lo mejor en ese caso concreto para el paciente y de éste por la afectación que le produjo el hecho de no saber los alcances del actuar del profesional sanitario, pensamos que, mientras se esté en la posibilidad de informar, no deberá ser sometido este derecho del enfermo a la consideración del médico –que sería una decisión unilateral y ajena a un interés del que puede disponer- y los profesionales sanitarios –sobre todo en nuestros días- tengan preocupación-ocupación por la creación de mecanismos que coadyuven a mejorar la tan deteriorada relación que tienen con sus pacientes⁸⁵⁴. Cuestión que no nos queda duda, contribuirá en gran parte a la mejora de la Medicina contemporánea, a la evitación de denuncias infundadas ante quienes la ejercen y, sobre todo, a la obtención de resultados óptimos en la aplicación práctica de sus conocimientos. De esta manera, el hecho de que los profesionales médicos no sometan a consideración del enfermo la información que disponen por sus conocimientos de la situación concreta, **el hecho contrario, abriría la posibilidad** de que éste –quien no ha manifestado su deseo de no conocer la información relacionada a su salud- se encuentre en la posibilidad-facultad de saber cómo afrontar su enfermedad y así, cobre motivación para luchar en contra de ella, ya que, a nuestro parecer, debido a la complejidad de la mente –aun en los

⁸⁵⁴ Si bien es cierto que –**afirmamos**- gran parte del problema del deterioro de la relación médico-paciente deriva de las, burocráticas, irrazonables y erróneas decisiones de los gobiernos y su administración sanitaria, también es verdad que el galeno puede contribuir en gran medida a la erradicación de los problemas que con dicho desgaste interpersonal se causan.

casos más “predecibles”- difícilmente –pudiendo ser aventurado- se sabrá cómo reaccionará ante una noticia que involucra a su salud.

2.5. Crítica al Tribunal Supremo Federal Alemán y parte de la doctrina penal alemana, como consecuencia de la admisión del denominado “consentimiento hipotético”

El Tribunal Supremo Federal alemán y parte de la doctrina ha admitido en materia penal **una nueva causa de justificación** para las intervenciones médicas curativas conforme a la *lex artis* cuando el paciente ha sido informado de manera errónea o incompleta, el llamado “consentimiento hipotético”⁸⁵⁵. Según éste, la punición del médico depende de que el paciente no hubiese consentido el tratamiento curativo efectuado si hubiera sido informado correcta y completamente.⁸⁵⁶ Esta causa de justificación ha sido tomada de la jurisprudencia civil, que lo había limitado satisfactoriamente mediante diversas reglas de naturaleza procesal. Sin embargo, y fundamentando los argumentos que esgrimimos en el epígrafe anterior, creemos que **en el ámbito penal, ello no es posible**, de manera que se produce una restricción innecesaria y criticable de la responsabilidad penal médica **mediante la introducción exigencias probatorias irrealizables**.

2.5.1. Sobre la necesidad de justificar la intervención médica

Debemos tener claro, que todo paciente que se somete a un tratamiento curativo que repercute en su integridad corporal paga, en una primera instancia, el restablecimiento de su salud mediante un sacrificio de la misma. Adquiere la posibilidad de eliminar o, al menos, mejorar de su dolencia

⁸⁵⁵ *Ab initio*, es preciso que determinemos una **diferencia fundamental** entre el denominado **consentimiento hipotético y el consentimiento presunto**. Esta, estriba en que dentro del **primero** se realiza un juicio de valor teniendo el profesional sanitario posibilidad plena de informar al paciente –cosa distinta es que lo haga o no, o lo realice de manera deficiente- sobre su situación y así este emitir una decisión; y, en el **segundo** el galeno carece de esa oportunidad para informar y actúa presumiendo la decisión del enfermo en base a un juicio de valor que, generalmente, se centra entre vulnerar la vida o la salud o en su defecto la libre autodeterminación.

⁸⁵⁶ La situación planteada, tiene estrecha relación con el caso que planteábamos *antea* sobre el futbolista.

mediante un cierto riesgo de que ésta empeore definitivamente e, incluso, algunas veces, tiene que arriesgar su vida para aprovechar la oportunidad de prolongarla. Éste es el motivo⁸⁵⁷ por el cual una intervención médica curativa, aunque esté amparada por la *lex artis*, puede llegar a constituir una lesión corporal. Aún cuando algún día se tuviera en el Código Penal español un delito de intervención médica curativa no autorizada, éste constituiría una modalidad especial del delito de lesiones y no un delito *sui generis* contra la libertad. El objetivo, por otro lado legítimo, de semejante tipo especial sería excluir de los tipos cualificados de lesiones la actuación no autorizada del médico⁸⁵⁸.

En contra de la subsunción de la intervención médica curativa en el delito de lesiones se ha objetado repetidamente que ello representa un fraccionamiento naturalístico de la actuación médica en sus distintas fases que yerra sobre el verdadero sentido de ésta última, a saber, el restablecimiento o, al menos, la mejora del estado de salud del paciente. Este sentido auténtico sólo se descubre si se tiene en cuenta el resultado definitivo alcanzado o, al menos, pretendido, de manera que se salden unos con otros los beneficios y perjuicios de la actuación médica para la salud del paciente. Pero toda liquidación de beneficios y perjuicios para un bien jurídico implica la imposición de baremos valorativos ajenos al titular del bien jurídico⁸⁵⁹. Ello sucede, por ejemplo, cuando en la determinación del perjuicio patrimonial en la estafa se compensa la prestación con la contraprestación. El baremo conforme al que ello tiene lugar es, por regla general, el precio de mercado. Así pues, este baremo se le impone como válido al titular.

En el caso de los bienes patrimoniales que son objeto de intercambio económico, es aceptable una liquidación según baremos establecidos por

⁸⁵⁷ Y no, por ejemplo, que en las leyes penales no se prevea un delito específico de intervención médica curativa no autorizada. Consecuencia de lo anterior, reiteremos (a manera de solución de este problema, que, como nos percatamos –derivado de los planteamientos reales en la práctica- es homogéneo en la mayoría de los países del mundo) la posibilidad, al menos de *lege ferenda*, de incluir un tipo que de especial atención al tratamiento curativo arbitrario, en los términos de lo que dispone el parágrafo 110 del Código Penal austriaco y el artículo 156.2 a) del Código Penal portugués.

⁸⁵⁸ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales... Op. Cit., pp. 799-801.

⁸⁵⁹ Véase a PUPPE, Ingeborg. “Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie”. En, *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 287 y ss.

terceros. Pero cabe plantearse una interrogante: ¿Lo es también en el caso de la salud y la configuración individual de la vida de las personas? A ello debe añadirse que, a menudo, los baremos para efectuar la liquidación no son unívocos. ¿Qué es preferible *per saldo* para un enfermo de cáncer? ¿Llevar una vida relativamente normal en su círculo familiar durante un año más y morir entonces de cáncer o someterse a una operación tras la cual podría sobrevivir de dos a cuatro años como enfermo crónico o sometido a cuidados en una cama de hospital? ¿Qué método curativo es preferible para sustituir mediante un implante un disco intervertebral deteriorado? ¿La utilización de un hueso propio, que sana fácilmente y sin complicaciones pero que debe obtenerse mediante otra operación y una afectación de la cresta ilíaca, o el empleo de un denominado implante Surgibone, un compuesto de hueso bovino, que produce complicaciones con mayor facilidad durante la cicatrización? El Tribunal Supremo Federal alemán ha considerado en un caso semejante que el galeno no estaba obligado a informar a los pacientes acerca de la posibilidad de un auto-injerto óseo si el propio médico prefería el implante Surgibone y ambos tratamientos son prácticamente equivalentes⁸⁶⁰. Pero, ¿Quién decide si son equivalentes? ¿El profesional sanitario o el Juez? **Somos concluyentes al decir que sólo el propio afectado, esto es, el paciente, está facultado para decidirlo.** Y a continuación explicaremos porque. En tal decisión hay que respetar motivos que no sean completamente racionalizables, como por ejemplo el que al enfermo le resulte inquietante saber que tiene un hueso de animal en su cuerpo –hablando del ejemplo citado antes-.

Al limitar el deber de información del médico sobre el método de curación, el BGH ha convertido al médico en tutor del paciente. El médico -y no el paciente- decide mediante qué sacrificio de la salud y qué cargas y riesgos el paciente debe adquirir la posibilidad de restablecer su salud. Incluso cuando el peligro que se realiza es el propio de una intervención curativa llevada a cabo según la *lex artis*, para el paciente existe una diferencia esencial entre haber elegido ese peligro con conocimiento de otras alternativas de curación y de los

⁸⁶⁰ Vid. KUHLEN, Lothar. "Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung". En, *Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, pp. 334 y ss.

peligros que éstas comportan o haber sido obligado por el médico a aceptarlo mediante la ocultación de tales posibilidades.

El consentimiento válido de un paciente, otorgado tras una información completa, a una intervención médica curativa no sólo excluye el injusto de unas lesiones, sino que ni siquiera permite que éste aparezca, pues es el propio titular del bien jurídico quien ha decidido válidamente sobre su bien jurídico integridad corporal⁸⁶¹.

Una causa de justificación distinta frecuentemente relevante en las intervenciones curativas y que hemos venido brindado puntual tratamiento en el desarrollo de este trabajo es el denominado consentimiento presunto. Éste, como hemos expuesto, a diferencia del consentimiento, es una auténtica causa de justificación, a saber, un caso especial de estado de necesidad. Se distingue de los casos comunes de estado de necesidad en que el titular del bien jurídico sacrificado y salvado son la misma persona, o sea, el paciente y que, por ello, no es necesario que prepondere substancialmente el interés salvado sobre el sacrificado. Con todo, el presupuesto de la justificación sigue siendo una situación de estado de necesidad⁸⁶². Esta situación consiste en que o no es posible o no es factible obtener el consentimiento válido del paciente. Lo primero sucede cuando, por ejemplo, el paciente está inconsciente o es incapaz de consentir y la intervención es urgente. Lo segundo acontece, por ejemplo, en el caso de la denominada ampliación de la operación *in tabula*, supuesto en el que el médico, en el transcurso de la operación, descubre que es necesaria una intervención más importante que la acordada con el paciente. En una situación de estas características, el médico debe ponderar las desventajas que supone para el paciente poner fin al tratamiento o interrumpir la operación y las que implican la vulneración del derecho de autodeterminación del paciente, necesariamente vinculada al comienzo o la prosecución de la intervención, y el riesgo de errar en su presunción sobre la

⁸⁶¹ Nuevamente manifestamos **nuestra postura acerca de la figura del consentimiento**, considerando que, cuando este se expresa de “forma válida” –con los debidos requisitos y formalidades- constituye una **causa de atipicidad**.

⁸⁶² De esto, véase el **particular caso** que abordamos en el epígrafe relacionado a esta figura; en donde incluso, consideramos en darle una ubicación en la atipicidad.

voluntad del paciente. Sin embargo, tal como se ha indicado, el médico sólo puede tomar esa decisión entre dos males si la obtención del consentimiento real del paciente no entra en consideración por los motivos ya expuestos. Bien así, el consentimiento presunto es un derecho derivado de un estado de necesidad.

2.5.2. El consentimiento hipotético, una nueva causa de justificación germana para las intervenciones médicas curativas

Recientemente el BGH –Tribunal Supremo Federal alemán **ha admitido una nueva causa de justificación para las intervenciones médicas curativas en caso de información errónea o incompleta, el llamado consentimiento hipotético**⁸⁶³. Según éste, la punición del médico depende de que el paciente no hubiese consentido el tratamiento curativo efectuado si hubiera sido informado correcta y completamente. Si no puede probarse que no lo habría hecho, debe partirse de la base, según el principio *in dubio pro reo*, de que el paciente habría consentido de haber recibido una información correcta. Esta causa de justificación ha sido tomada de la jurisprudencia del Sala 6ª de lo Civil del BGH, competente en los procesos por responsabilidad médica, y ha conseguido cierta aceptación en la bibliografía jurídico-penal alemana⁸⁶⁴.

Uno de los primeros casos en los que el BGH aplicó esta nueva doctrina fue nuestro caso Surgibone. En efecto, como ya se ha indicado, el BGH partía de la base de que, si el médico prefería la inserción de un implante Surgibone, no estaba obligado a informar sobre la alternativa consistente en el uso de un autoinjerto óseo. Ahora bien, mientras que en los Estados Unidos el implante Surgibone ya era un reconocido método de tratamiento, en Alemania no había sido todavía autorizado como medio curativo. Dado que el médico desconocía

⁸⁶³ Por todos véase el interesante estudio que realiza al respecto PUPPE, Ingeborg. “La justificación de la intervención médica curativa”. En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Director: Jesús María Silva Sánchez. Coordinación: Ricardo Robles Planas. Traducción de David Felip i Saborit. Barcelona, 2007, pp. 5 y ss.

⁸⁶⁴ KUHLEN, Lothar. “Ausschluss der objectiven Erfolgzurechnung bei hypotetischer Eniwilligung des Betroffenen”. En, *Juristische Rundschau*, 2004, pp. 227 y ss. ESER, Albin. “§ 223 StGB”. En, Schönke/Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., München, 2001.

estas circunstancias, sólo se entró a considerar la posibilidad de castigar por lesiones imprudentes. El BGH exigió que el nuevo Juez sentenciador indagara si el paciente habría consentido el tratamiento con el implante Surgibone de haber sabido que en Alemania no estaba autorizado todavía por el Derecho sanitario. En caso de que ello no se pudiera constatar, debería aplicarse, en beneficio del acusado, el principio *in dubio pro reo*. ¿Pero cómo debería constatarlo el nuevo Juez encargado de emitir sentencia? La única posibilidad es preguntárselo a los seis pacientes afectados, pero éstos no pueden responder con exactitud a semejante pregunta. Lo que habría decidido una persona determinada si se le hubiese planteado una elección que, en realidad, no le fue planteada, es algo que ni ella misma puede responder con certeza posteriormente⁸⁶⁵. Y si, con todo, el paciente intentara contestar a la pregunta, ¿no estaría esta respuesta influenciada por el hecho de que, en su caso concreto, se ha producido realmente la clase de complicaciones en la cicatrización cuyo peligro habría sido menor de haberse aplicado un autoinjerto óseo?

En otro caso se planteó la condena por lesiones de un médico que, en una operación de disco intervertebral, en lugar de operar, tal como estaba previsto y acordado con el paciente, el prolapso discal⁸⁶⁶ mayor, eliminó un pequeño prolapso contiguo al confundir el canal medular. Para no tener que admitir el error, informó a la paciente que se había producido una recidiva precoz, es decir, un nuevo prolapso en el disco intervertebral operado correctamente que debía ser intervenido otra vez con urgencia⁸⁶⁷. La paciente, que ya presentaba un inicio de paresia⁸⁶⁸, otorgó su consentimiento a una

⁸⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. *“La justificación... Op. Cit.”*, p. 5.

⁸⁶⁶ Fase en la evolución de una hernia discal, consistente en el abombamiento de la parte posterior de un disco intervertebral por el desplazamiento del núcleo pulposo como consecuencia de una fisura en el anillo fibroso de dicho disco.

⁸⁶⁷ Como se desprende del ejemplo expuesto, se plantea el grave panorama de que el médico podría llegar, incluso, a “justificar” errores –por impericia, imprudencia o negligencia- que haya cometido sobre el paciente en el ejercicio de su profesión.

⁸⁶⁸ La paresia es, en medicina, la ausencia parcial de movimiento voluntario, la parálisis parcial o suave, descrito generalmente como debilidad del músculo. Es un síntoma común de la esclerosis múltiple.

segunda operación. En esta segunda intervención, la médico⁸⁶⁹ (*sic*) eliminó el prolapso discal correcto y, más tarde, explicó a la paciente que había aprovechado la oportunidad para eliminar también el prolapso menor. La eliminación del prolapso discal mayor mediante la segunda operación estaba aprobada como tal por el consentimiento de la paciente a la primera operación. Lo único que no estaba autorizado era la primera operación, puesto que la médico (*sic*) había hecho algo esencialmente distinto a lo acordado. El BGH encomendó a un nuevo Juez sentenciador establecer si la paciente habría consentido también la operación realizada por la misma (*sic*) médico de haber sabido que en la primera operación se había cometido un error. ¿Pero cómo debe averiguarlo el nuevo Juez? Son dos las hipótesis que en principio se podrían plantear: 1. Sería imaginable que la paciente, a causa del error, hubiese perdido la confianza en la médico; 2. Pero sería también imaginable que, en el convencimiento de que semejantes errores en el funcionamiento en masa de una clínica se producen sólo excepcionalmente, hubiese estado de acuerdo con una segunda maniobra realizada por la misma médico, tal vez en la esperanza de que, en esta ocasión, se esforzaría especialmente. **Incluso** la paciente podría no dar, en conciencia, ninguna respuesta terminante a esta pregunta. Si, no obstante, lo hiciera y manifestara que en ningún caso habría dado su consentimiento a una segunda operación realizada por la misma médico, esta declaración debería valorarse teniendo en cuenta que, probablemente, estaría influida por el hecho de que la médico no le había informado de manera concienzuda sino que, por el contrario, le había ocultado su error en el actuar -y, por consiguiente, le habría facturado también ambas operaciones- y, en definitiva, le había mentado de forma consciente.

De igual forma, en un tercer asunto el BGH ha hecho depender la condena de un galeno de la constatación judicial de que el paciente no habría consentido la intervención curativa de haber recibido información correcta. Se trataba del caso de un cirujano al que, en la estabilización de una articulación

⁸⁶⁹ Se utiliza el término "la medico", pues en el presente caso se trataba de una persona del sexo femenino.

de húmero⁸⁷⁰, se le rompió una broca, de manera que su punta quedó inserta en el omoplato⁸⁷¹ del paciente. Tras un intento fracasado de extracción, la dejó simplemente en el omoplato y terminó la operación. Posteriormente se percató de que el trozo de broca sería claramente visible en cualquier radiografía del hombro, por lo que decidió extraerlo mediante una segunda operación. Para obtener el consentimiento del paciente a la segunda operación, **fingió** que era **necesaria una intervención ulterior** para estabilizar completamente la articulación, cosa que no era así en realidad. El **médico efectuó** también la segunda **intervención de forma sumamente negligente**. El objetivo de la segunda operación era extraer del omoplato la punta de la broca. También en este caso el BGH hizo depender la condena del médico básicamente de la constatación de que el paciente no habría consentido la segunda intervención de haber sido correctamente informado. Entiende que ello está probado, ya que considera prueba bastante la posterior declaración del paciente afirmando que en ningún caso hubiese consentido. ¿Pero cómo puede el paciente saber qué habría decidido si el médico, en lugar de engañarle de manera descarada y, además, estafarle posiblemente al pasar la cuenta, hubiese admitido apesadumbrado su error, le hubiese ofrecido una indemnización⁸⁷² e, incluso, le hubiese expuesto las razones por las que la extracción del cuerpo extraño de su omoplato sería también en interés de su salud?

Como afirma PUPPE, si nos tomamos en serio y reflexionamos sobre la tesis según la cual el **hombre es libre en sus decisiones y no un autómatas predecible**, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiese encontrado ante una situación o una elección que realmente no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales dificultades de prueba, sino por razones de principio. Sólo sobre acontecimientos que están determinados por leyes generales estrictas, las

⁸⁷⁰ Hueso del brazo, que se articula por uno de sus extremos con la escápula y por el otro con el cúbito y el radio.

⁸⁷¹ Cada uno de los dos huesos anchos, casi planos, situados a uno y otro lado de la espalda, donde se articulan los húmeros y las clavículas.

⁸⁷² Esto es lo que denominamos buscar alternativas para los pacientes en los tratamientos por parte del profesional sanitario y no cegarse en la solución de un mal, incluso de los propios, en definitiva, forma parte de elevar la calidad en la relación médico-paciente, sobre todo en lo que atañe al aspecto comunicativo.

llamadas leyes naturales, pueden hacerse afirmaciones con sentido acerca de cómo se habrían desarrollado los hechos si las condiciones de partida hubiesen sido distintas⁸⁷³. Esto no es una mera sutileza epistemológica, sino un problema absolutamente práctico, como deben haber dejado claro los tres ejemplos citados *supra*.

En un proceso penal, este problema debe solventarse aplicando el principio *in dubio pro reo* a la pregunta sobre qué hubiese decidido el paciente de haber sido informado exacta y completamente y sometido al tratamiento correcto. En teoría, el principio se debería aplicar siempre pues, como ya se ha indicado, por principio, esta pregunta no puede responderse unívocamente. En la práctica, en muchos casos tampoco puede responderse de manera plausible, como lo demuestran los ejemplos expuestos. Por tanto, el médico podría, invocando un no descartable consentimiento hipotético del paciente, someterle impunemente a cualquier tratamiento curativo que se mantuviera en el seno de la *lex artis* y sobre el que le hubiese informado de manera incompleta o le hubiese engañado. Ahora bien, el **principio *in dubio pro reo* presupone la existencia de una duda, y una indeterminación no es, por principio, una duda⁸⁷⁴. Ésta última existe cuando es objetivamente cierto que una de entre varias posibilidades es verdadera, pero el Juez no está en condiciones de establecer cuál de ellas es.** En el caso de una indeterminación por principio, la pregunta sobre cuál de las diversas posibilidades es verdadera es una cuestión objetivamente irresoluble y, por tanto, ninguna de ellas es verdad. Así pues, el principio *in dubio pro reo* sólo es aplicable a la pregunta de qué habría decidido un paciente si hubiese sido informado correctamente si la respuesta correcta está determinada objetivamente⁸⁷⁵. Ello presupone asimismo que el paciente no es una persona que decide libremente, sino un autómatas por principio plenamente predecible sólo que, por desgracia, es tan complejo que todavía no podemos calcular todas sus reacciones.

⁸⁷³ PUPPE, Ingeborg. “*La justificación...* Op. Cit., p. 7.

⁸⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. “*Brauchen...* Op. Cit., pp. 46 y ss.

⁸⁷⁵ *Ídem*.

2.5.3. Sobre la inaplicabilidad del consentimiento hipotético germano en el ámbito penal: Su procedencia del Derecho Civil

La idea de que una falta de información no convierte en antijurídica la intervención médica curativa, siempre y cuando el paciente habría consentido al tratamiento también en caso de haber sido informado plenamente, procede del Derecho Civil. Ha sido desarrollada en procesos civiles de responsabilidad médica por la Sala 6ª de lo Civil del BGH⁸⁷⁶. Desde un principio, la Sala era consciente de que una facultad ilimitada del médico para hacer valer un, así llamado, consentimiento hipotético dejaría prácticamente indefensos a los pacientes frente a la falta de información por parte del médico. Sin embargo, ello podía prevenirse mediante la aplicación del Derecho procesal civil. De forma absolutamente consciente, la Sala se ha encargado, mediante un alambicado sistema de reglas de carga de la alegación y de la prueba, de que la exoneración por consentimiento hipotético del galeno⁸⁷⁷ se limite a casos excepcionales.

En primer lugar, el médico tiene la carga de la alegación en lo concerniente al consentimiento hipotético. Así, debe argüir que el paciente habría escogido, en caso de información completa, el mismo tratamiento. Hecho esto, el paciente puede oponerle que, de haber sido completamente informado sobre los riesgos del tratamiento así como de sus alternativas, se habría visto abocado a un serio dilema. Si lo hace de “forma plausible”, le corresponde al médico la plena carga de la prueba del consentimiento hipotético⁸⁷⁸.

Para probar dicho consentimiento no basta con que la intervención curativa esté médicamente indicada ni tampoco con que esta indicación sea tan clara que cualquier paciente razonable en el lugar del auténtico paciente se habría decidido por la intervención de haber sido informado plenamente. Antes bien, el BGH subraya con insistencia que ello depende de la voluntad hipotética

⁸⁷⁶ BGH, 1980, pp. 1333-1334; 1990, pp. 2928, 2929; 1991, p. 2342; 1994, pp. 799-801.

⁸⁷⁷ BGH, 1994, p. 2414; 1998, p. 2734.

⁸⁷⁸ *Vid.*, BGH, 1992, pp. 2351-2353.

de ese paciente en concreto. Como ya se ha expuesto, esta comprobación es teóricamente imposible, puesto que no puede realizarse ninguna expresión con sentido sobre qué decisión habría adoptado una persona determinada en un conflicto determinado en el cual, en realidad, nunca se ha hallado. Por tanto, en la práctica la alegación de un consentimiento hipotético por parte del médico fracasa a partir del momento en que el paciente hace plausible el mencionado dilema. Sólo cuando el paciente no logra ni siquiera eso, ya que el contexto de la decisión es claramente favorable a la intervención, un médico puede hacer valer con éxito un consentimiento hipotético del paciente.

Sin embargo, ello presupone, según la jurisprudencia de la Sala 6ª de lo Civil del BGH, que el paciente haya dispuesto de una denominada “información básica”. Por consiguiente, si el médico omite toda información, no puede justificar el tratamiento impuesto al paciente por el hecho de que el paciente habría consentido con seguridad si hubiese sido informado. En cambio, cuando el caso es tan claro que está prácticamente excluida una decisión del paciente contraria a la intervención curativa, entonces es casi inimaginable, siempre que el paciente hubiese dispuesto de esa “información básica”, que se dé un supuesto de información insuficiente. Así pues, el análisis de los requisitos en materia civil para la justificación del médico por consentimiento hipotético lleva a la conclusión de que una causa de justificación de esta clase apenas es posible en la práctica.

Mediante reglas procesales civiles sobre la práctica de la prueba y la distribución de la carga de la misma, la Sala 6ª de lo Civil ha logrado convertir la pregunta, en sí misma absurda⁸⁷⁹, de **si un paciente concreto bajo presupuestos ficticios habría** adoptado o no una determinada decisión, en una pregunta con sentido. Esta pregunta con sentido reza: ¿Se habría encontrado el paciente, en caso de información completa, ante un serio dilema? Ahora bien, en el proceso penal no se dispone de reglas sobre la carga de la prueba para corregir exigencias desmesuradas o absurdas de imputación. Si un requisito de imputación es considerado admisible y la pregunta acerca del mismo tiene, por principio, sentido y es susceptible de respuesta, entonces es

⁸⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. “La justificación... Op. Cit., p. 8.

de aplicación el principio *in dubio pro reo*. Por tanto, la imposibilidad de dar respuesta a la pregunta se convierte en un obstáculo insalvable a la imputación. Si se quiere hacer valer también en Derecho Penal las distinciones que ha desarrollado la jurisprudencia civil en caso de falta de información, ello se debe anclar en el Derecho sustantivo.

La diferenciación decisiva de la Sala 6ª de lo Civil del BGH consiste en la distinción entre los casos en los que el paciente se habría visto en un dilema de haber sido informado plenamente y aquéllos en los que eso no es así. Si el paciente ha dispuesto de una información básica y no se habría enfrentado a un dilema ni siquiera de haber dispuesto de información completa, queda por saber en primer lugar si esta falta de información afecta después de todo al bien jurídico protegido, a saber, el interés corporal. Si no es así, entonces sigue siendo válido, según la doctrina penal del consentimiento, el consentimiento real. **No es preciso, por tanto, recurrir a un consentimiento hipotético para justificar al médico en casos tan inequívocos**⁸⁸⁰.

2.5.4. El consentimiento hipotético como exclusión de la imputación del resultado

Si se reconociera el consentimiento hipotético como causa de justificación en Derecho Penal, el denominado consentimiento presunto quedaría en la práctica completamente arrinconado. A lo sumo, **sólo en el caso de que se comprobara con posterioridad** que el paciente no habría consentido una medida adoptada en una situación de emergencia, sin que el médico hubiese podido saberlo el momento en que adoptaba tal medida sin poder consultarla al paciente, tal vez sería mejor ampararse en la causa de justificación del consentimiento presunto, que concurriría tanto objetiva como subjetivamente, en lugar de en un error inevitable sobre el tipo permisivo del consentimiento hipotético. Pero si este consentimiento hipotético no se puede refutar, -cosa que, como ya se ha expuesto, siempre es así desde la perspectiva teórica-, el profesional sanitario ya no necesita en absoluto la causa de justificación del consentimiento presunto. En efecto, el galeno puede

⁸⁸⁰ *Ibidem.*, p. 9.

hacer valer siempre su presunción como consentimiento hipotético del paciente, aun cuando los requisitos del consentimiento presunto, esto es, la **situación de necesidad**, no existan. Puesto que esta hipótesis, como ya se ha puesto de manifiesto, sólo es refutable si no es mínimamente plausible, con ella el comportamiento del médico se consideraría justificado según el principio *in dubio pro reo*. El requisito de la justificación por consentimiento presunto, consistente en que el médico no puede averiguar el auténtico consentimiento del paciente, deviene con ello obsoleto. Esta consecuencia es admitida incluso por los partidarios de la teoría del consentimiento hipotético⁸⁸¹ ya que éstos pretenden asegurar al consentimiento presunto un ámbito de aplicación propio. Entienden que el consentimiento hipotético excluye únicamente la imputación del resultado, de manera que, en caso que la falta de información haya sido dolosa, castigan por tentativa al sujeto que invoca exclusivamente un consentimiento hipotético⁸⁸². Sin embargo, sobre esta postura y de acuerdo a los argumentos expresados antes no coincidimos en que este camino sea practicable.

Si partimos de la interpretación que aquí se defiende, según la cual la pregunta sobre si el paciente habría consentido de haber sido informado correctamente no se puede responder por principio, entonces el médico no puede ser castigado por tentativa cuando lo sepa. La resolución de cometer el hecho, fundamento de la tentativa, consiste en la voluntad de realizar el tipo penal. Ésta presupone la representación de que el autor en todo caso puede realizar el tipo. Por tanto, el médico tiene que representarse que la justificación de su tratamiento curativo en relación a un delito de lesiones puede fracasar a causa de haber informado deficientemente. Pero si el fracaso de esta justificación depende de la constatación en concreto de que el paciente no habría consentido de haber sido informado correctamente y semejante comprobación no es, tal y como sabe el médico, posible por principio, entonces el médico no puede representarse que el resultado de lesiones es antijurídico a consecuencia de no haber informado.

⁸⁸¹ KUHLEN, Lothar. "Ausschluss der objectiven... Op. Cit., p. 229.

⁸⁸² *Ibidem.*, p. 230.

Sin embargo, los partidarios de la justificación por consentimiento presunto no comparten la opinión de que no puede responderse, por principio, a la pregunta de qué habría decidido el paciente de haber sido informado plenamente⁸⁸³. Por ese motivo la someten también al *in dubio pro reo*. Pero incluso bajo estas premisas, el castigo del médico por tentativa quedaría prácticamente descartado si existen dudas sobre qué habría decidido el paciente, pues, en ese caso, no se le podría rebatir al médico la afirmación de que había confiado en que el paciente se habría decidido igualmente por la intervención curativa de haber sido correcta y completamente informado y que no había tomado en consideración la posibilidad de que, en tal caso, el paciente se hubiera decidido en contra. Sobre este planteamiento ya nos hemos pronunciado, partiendo de la idea relacionada con la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, y, aceptando la eficacia del consentimiento presunto cuando se trate de un bien tan preciado como la vida, teniendo en consideración que, aunque –en una situación de urgencia e incomunicación en *lato sensu*- el paciente no haya deseado que el profesional sanitario salve su vida mediante su intervención; aquél –paciente- puede optar por hacer lo que desee con ella una vez restablecida⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Sobre lo relacionado con la información –como parte integradora del binomio consentimiento-**informado**- es fundamental –aunque en epígrafes previos y con otras palabras ya lo hemos dejado claro- tener presente que, son dos cosas distintas la **información terapéutica**, referida a la que es exigible al médico cuando el paciente debe saber sobre ésta en la medida de que su bienestar precise de su cooperación y buena disposición, por ejemplo, en relación con la apropiada ingestión de los medicamentos prescritos, o bien en el seguimiento cuidadoso de las reglas de aplicación de una medida terapéutica en intereses de la propia protección frente a posibles riesgos –caso de los cuidados que se deben tener después de una intervención quirúrgica-. Por otra parte, tenemos la denominada **información para la autodeterminación**, donde respecto de la anterior, la información que debe otorgar el profesional sanitario adquiere una función distinta, o por lo menos, más amplia. Dado que no se trata tan sólo de conseguir la buena disposición del paciente a cooperar en la terapia, sino que también importa, en primer lugar el respeto a su autonomía y éste presupone que el paciente puede llevar a cabo su propia ponderación sobre el pro y el contra de una intervención. Así, y el orden de ideas que venimos manejando, tenemos que, el médico no debe decidir amparándose en la reglamentación de la profesión médica o bien en una supuesta superioridad del juicio, aquello que, en verdad o supuestamente, es útil al bienestar del paciente, sino que es éste último el que debe poder decidir sobre los riesgos que está dispuesto a correr en interés de su óptimo estado de salud. Cfr. ESER, Albin. “Problemas de justificación... Op. Cit., pp. 12-13.

⁸⁸⁴ Por ejemplo, planteamos el caso del sujeto que se avienta al vacío con el objeto de quitarse la vida y no lo consigue. Posteriormente llega de manera inconsciente a la sala de urgencias

Por consiguiente, si se reconoce genéricamente esa causa de justificación, no es posible limitar el efecto justificante del consentimiento hipotético al tipo objetivo. Ello queda excluido porque la resolución de cometer el hecho en el sentido de la tentativa no es sino la reproducción del tipo objetivo en la conciencia del autor.

Ahora bien, ¿está vinculado el Derecho Penal a las reglas del Derecho Civil o puede, por ejemplo en la justificación de la intervención médica curativa, establecer requisitos más estrictos, como sería el de no aceptar el consentimiento hipotético, criterio que el Derecho Civil ha considerado decisivo? En Derecho Penal alemán se ha tomado esta idea de la jurisprudencia civil, sin comprobar dónde se ubica sistemáticamente en ese ámbito. La falta de información es considerada como un factor causal que debe haber co-provocado la intervención médica curativa. De acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non*, esta causalidad se comprueba por el método siguiente: se suprime la falta de información o bien se la substituye por una información correcta y completa, para comprobar entonces sí, consiguientemente, el resultado, esto es, la intervención curativa, desaparece. No sería el caso cuando el paciente habría consentido igualmente esa intervención sin la falta de información. Mediante este método de comprobación de la causalidad, ésta queda descartada también cuando se dispone de una causa substitutiva para una causa real. Una causa substitutiva de esta clase es el consentimiento hipotético. Así lo ha reconocido el BGH, en un contexto completamente distinto, y, consecuentemente, ha desoído los argumentos de un acusado que alegaba que la persona engañada por él habría realizado igualmente un determinado acto de disposición patrimonial si no lo hubiese engañado. Se trataba del caso de un Licenciado en Derecho en prácticas que había solicitado a un comerciante un pequeño crédito, pues precisaba adquirir con urgencia un automóvil, y que le engañó al afirmar que esperaba en breve

del hospital y el médico realiza todas las maniobras pertinentes para conseguir mantenerlo con vida, objetivo que alcanza. En este supuesto tenemos que, a pesar de que al médico se le informa lo acontecido con el paciente y por ende sabía cuál era su voluntad; aquél en *pro* de la ética médica y distintos principios deontológicos y valiéndose de un consentimiento presunto realiza lo necesario para preservar tan preciado bien jurídico, bien, que como indicábamos *supra*, el paciente tendrá después a su disposición y podrá realizar lo que desee con él.

ingresos de unas acciones de una mina y que tenía un padre acaudalado que se haría cargo del préstamo. El comerciante declaró ante el Juez que habría concedido igualmente el préstamo si hubiese sabido que ni esperaba ingresos de unas acciones de una mina ni tenía un padre pudiente y dispuesto a rembolsar al crédito, porque lo habría hecho exclusivamente para mostrarse complaciente con alguien perteneciente a la Administración de Justicia. A pesar de ello, el BGH condenó al licenciado en prácticas por estafa consumada, porque el comerciante en realidad no se enfrentaba a la decisión de si quería conceder un pequeño crédito a un licenciado en prácticas sin recursos, sino a la de si quería conceder ese crédito a un licenciado en prácticas que poseía acciones de una mina y cuyo acaudalado padre estaba dispuesto a hacerse responsable del reembolso. Ese curso causal real no dejaría de existir por el hecho de que posiblemente otro curso causal distinto, pero que no ha tenido lugar en realidad, habría conducido a la concesión del préstamo⁸⁸⁵. En el caso de un consentimiento obtenido mediante información errónea ocurre exactamente lo mismo. Así, tenemos que el **consentimiento real del paciente, otorgado bajo premisas erróneas y, por tanto, no justificante de la intervención curativa, no deja de existir** y, por tanto, de ser **ineficaz**, por el hecho de que el enfermo, posiblemente o con seguridad, habría decidido de igual manera si hubiese sido informado correctamente. De aceptar esto último, caeríamos en un estado meramente ficticio.

La pregunta sobre un consentimiento hipotético en Derecho Civil no se ubica sistemáticamente en la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado lesivo (*haftungsbegründende Kausalität*), pues esta relación existe sin lugar a dudas en caso de consentimiento obtenido engañosamente, sino en la relación de causalidad entre el resultado lesivo y los daños indemnizables (*haftungsausfüllende Kausalität*), más concretamente, el interés negativo. En Derecho de daños, hay que dejar al perjudicado tal y como se encontraría si el suceso dañoso no se hubiese producido. Por consiguiente, el Juez está obligado expresamente a construir un curso causal hipotético o, más exactamente, como ya apuntábamos, ficticio. Sin embargo, dado que ello,

⁸⁸⁵ BGHSt, 13,14.

como hemos visto en los ejemplos, no es posible sin más, el Derecho Civil ha desarrollado reglas sobre cómo debe construirse semejante curso ficticio de los acontecimientos. A ellas pertenecen las presunciones, la prueba *prima facie*, el reparto de la carga de la alegación y el de la carga de la prueba.

La indagación del significado de una falta de información para la justificación de la intervención médica curativa por consentimiento no se refiere a la relación de causalidad entre resultado lesivo y daño, siquiera se refiere a la causalidad. La falta de información no causa la intervención curativa en tanto que delito de lesiones, sino que determina el contenido del consentimiento. Si la falta de información es relevante para la decisión del paciente sobre su interés corporal, entonces su consentimiento no contiene la verdadera intervención curativa y, por tanto, tampoco la puede justificar. No queda espacio adicional para especulaciones sobre la cuestión de si el paciente habría consentido de haber sido informado correcta y plenamente.

2.5.5. Información deficiente y errores en el tratamiento

Mediante la introducción de la exclusión de responsabilidad por consentimiento hipotético, KUHLEN pretendía equiparar el riesgo del médico de incurrir en responsabilidad en caso de falta de información con el riesgo de incurrir en responsabilidad por error en el tratamiento. En efecto, en caso de error en el tratamiento, la jurisprudencia alemana también hace depender la imputación del resultado de un curso causal ficticio y exige la prueba de que el daño no se habría producido si el tratamiento médico hubiese sido intachable. Si esta pregunta no puede contestarse con seguridad de manera negativa, se aplica el principio *in dubio pro reo* y la pregunta se responde afirmativamente en beneficio del profesional de la Medicina⁸⁸⁶. Sin embargo, dado que, según los conocimientos médicos actuales, el curso de una enfermedad o el de su curación, como por ejemplo el desarrollo de una enfermedad cancerosa, tampoco son cursos plenamente determinados, los procesos acaban a menudo con el rechazo de la imputación del resultado a un comportamiento médico

⁸⁸⁶ BGH, GA, 1988, p. 184.

incorrecto⁸⁸⁷. Según informaciones de fiscales dedicados al Derecho Penal médico, incluso en caso de graves errores médicos, los procedimientos penales contra médicos casi siempre fracasan, ya en la fase de instrucción, por la imposibilidad de probar esta, así llamada, causalidad evitable.

En el caso de falta de información, la situación probatoria es completamente distinta, siempre que no se acepte una exoneración por el denominado consentimiento hipotético. Si existe una falta de información demostrable sobre hechos relevantes para adoptar la decisión, ello comporta casi forzosamente el déficit de contenido del consentimiento que se ha otorgado realmente. Sólo podrían presentarse dudas sobre esta consecuencia de la falta de información si existen indicios de que el paciente ha conseguido la información necesaria de otro modo. Pero este defecto de contenido del consentimiento impide la justificación de la actuación médica en su conjunto por medio del asentimiento y, por tanto, conduce a la imputación como delito de lesiones. La consecuencia es que, **para el médico, el riesgo de incurrir en responsabilidad penal en caso de falta de información es mucho más elevado que en caso de error en el tratamiento.** Por tanto, **el médico se ve incitado más enérgicamente a informar de manera cuidadosa y plena que a curar cuidadosamente.** Esta situación no puede redundar en interés del paciente, ni tampoco a favor de cualquier sistema sanitario, sea de naturaleza pública o privada, ya que, de serlo así, estaríamos ante la génesis de otro gran problema, representado por la medicina defensiva, sobre todo en cuanto a la burocratización en el ambiente médico, donde, reiteramos, los más perjudicados en todos los casos son los usuarios de los servicios de salud.

No obstante, se plantea la pregunta de si la equiparación de los riesgos de incurrir en responsabilidad penal del médico tiene lugar de modo correcto cuando el fundamento de la responsabilidad por falta de información se hace depender también de preguntas sobre procesos de decisión ficticios, **por principio imposibles de responder.** El reconocimiento de que los procesos patológicos y los curativos tampoco están completamente determinados por

⁸⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. "Brauchen... Op. Cit., pp. 123 y ss. El mismo autor. "Vor §13 StGB". En, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Tomo I: §§ 1-145 d, 2ª ed., Baden-Baden, 2005, pp. 304 y ss.

principio -de modo que la pregunta sobre si el proceso curativo habría transcurrido con seguridad favorablemente si el médico hubiese actuado correctamente tampoco puede responderse por principio-, legitima la aplicación de la teoría del incremento del riesgo al requisito de la causalidad de la vulneración del deber de cuidado del médico en relación a las lesiones corporales del paciente. Según esta doctrina, basta para fundamentar la responsabilidad del médico constatar que, de haberse descubierto todos los factores relevantes para el riesgo, la probabilidad de la producción de daños se habría visto incrementada significativamente por el error médico⁸⁸⁸.

La limitación de la responsabilidad penal de los médicos mediante exigencias probatorias irrealizables por principio ha sido incluso saludada en la literatura como una exoneración muy oportuna⁸⁸⁹. Pero semejante exoneración depende del azar y, por ello, no favorece siempre a quienes actúan correctamente. En cambio, según jurisprudencia alemana consolidada y la opinión doctrinal generalizada, basta para una condena por homicidio imprudente la prueba cierta de que un paciente desahuciado habría, en caso de tratamiento correcto, vivido una hora o, incluso, algunos minutos más. En este punto, no debe hablarse de un rigor excesivo contra los médicos que, por su **profesión de gran responsabilidad** están también **expuestos** a un alto **riesgo** de incurrir en responsabilidad, sino sólo de un proceso justo y equitativo en su contra. Éste no consiste únicamente en la imposición de una pena sino, principalmente, en un debate a través de un proceso público en el que el paciente afectado no se enfrenta en solitario al médico experto y a los aún más versados representantes de su seguro de responsabilidad civil⁸⁹⁰. Las

⁸⁸⁸ STRATENWERTH, Günter. "Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung". En, *Festschrift Für Gallas*. 1973, p. 233.

⁸⁸⁹ KRÜMPELMANN, Justus. "Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten". En, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 1984, p. 519.

⁸⁹⁰ En este orden de ideas y sobre la realidad española en cuanto al "enfrentamiento" que existe entre médicos y pacientes véase el artículo de FERNÁNDEZ-MELERO ENRÍQUEZ, Miguel. "La pena de banquillo". En, *Andalucía Médica*. Periódico del Consejo Andaluz de Colegios Médicos. Edición Granada. Número 70, año V, época III. Febrero 2010, p. 27. Sobre un análisis del seguro de asistencia sanitaria, el alcance de la reparación del daño y las particularidades de la responsabilidad civil véase a VEIGA COPO, Abel Benito. "Mala praxis vs. Negligencias: ¿Hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil? En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de

disposiciones concernientes al sobreseimiento, previstas en la Ordenanza Procesal Penal -por ejemplo, en caso de culpabilidad disminuida⁸⁹¹- permiten un tratamiento más escrupulosamente equitativo del médico que unas exigencias desmesuradas en la relación entre el error en el tratamiento y la falta de información, por una parte, y los perjuicios a la salud o el consentimiento del paciente, por otra⁸⁹².

3. La eximente del artículo 20.7 en el Texto Punitivo español

Corresponde ahora que dediquemos atención al análisis de la causa de justificación contenida en el artículo 20.7 del Código Penal español y que hace referencia a la exención de responsabilidad criminal a quien obre en el cumplimiento de un deber⁸⁹³, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁸⁹⁴. No perdiendo de vista, que es **la actividad médica la que fundamentalmente ocupa nuestra atención** en el presente trabajo, nos concentraremos de manera particular en la segunda fórmula que ocupa el legislador para completar esta eximente⁸⁹⁵, es decir, la relativa al ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo, pues es precisamente en el **ejercicio del oficio** –o profesión- donde el facultativo sanitario generalmente trata de encontrar sofoco

Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008, pp. 253-271.

⁸⁹¹ Sobre el tema de la culpabilidad disminuida, estado de necesidad exculpante y/o causas de exculpación nos detendremos con singular tratamiento en apartados posteriores.

⁸⁹² Véase a PUPPE, Ingeborg. *“La justificación... Op. Cit.*, p. 13.

⁸⁹³ Ha de tratarse, sin duda de un deber jurídico, no siendo suficiente un deber moral. Opinión dominante en la moderna Ciencia del Derecho Penal española; véanse, entre otros, por ejemplo a RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte General*. 18ª ed., Madrid, 1995, p. 510. CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 290.

⁸⁹⁴ La eximente conserva prácticamente la misma redacción que en el número 11 del artículo 8º del viejo Código Penal español: «El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

⁸⁹⁵ Apunte interesante resulta el del Dr. Honoris Causa por el INACIPE (México) y discípulo de Welzel en Alemania, quien afirma que, el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber. De esta manera, la redacción de la eximente podría simplificarse, por ello, diciendo que está exento de responsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho. CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 292. Al respecto, Antón Oneca señala, incluso, que: «En cuanto todo deber legal implica el derecho a ejercitarle podía haber sido concretada toda la eximente en el segundo de sus miembros». ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal... Op. Cit.*, p. 252.

–justificar o exculpar su proceder y por ende, estar exento de responsabilidad criminal- a las denuncias imputadas en su contra por una posible responsabilidad consecuencia de su actividad⁸⁹⁶. Lo anterior no es óbice para que de una manera general, pero sin ser incompleta, tracemos las principales directrices que giran en torno a esta eximente en el marco del Derecho Penal español.

Ab initio, tenemos que esta eximente constituye, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de normas que fijan deberes, derechos o funciones sociales puedan verse confrontadas con figuras típicas penales. Como expone, entre otras, TSTS de 5 de noviembre de 2002 «es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicas sucede, para salvar la oposición, han de tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de dichos derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada»⁸⁹⁷.

Pero ante esta perspectiva y como bien afirma MORILLAS CUEVA; hay que ser extremadamente cuidadoso a la hora de concretar el alcance y los límites de semejantes figuras que exoneran de responsabilidad criminal en

⁸⁹⁶ Comúnmente, como requisitos para entender “legítimo” el ejercicio de un oficio o cargo se enuncian los siguientes: condición de médico o facultativo del sujeto activo; finalidad curativa (lo que no excluye radicalmente el carácter justificante de una finalidad estética o experimental); actuación conforme a la *lex artis* (o sea, con la pericia y el cuidado objetivamente exigibles –según protocolos de actuación-, para cuya determinación cuentan también pautas consuetudinarias) y consentimiento del paciente, de sus representantes legales, o de aquellos representantes *ad hoc* que las normas generales, la costumbre o la jurisprudencia han venido considerando para estas situación. Con amplitud sobre esta pluralidad de requisitos que a su vez comporta una pluralidad de bienes jurídicos protegidos y, consiguientemente, una pluralidad de delitos posibles en caso de su valoración véase a BUENO ARÚS, Francisco. “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad”. En, *Estudios de Derecho Penal y criminología. Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*. Tomo I. Madrid, 1989, pp. 154-156.

⁸⁹⁷ En el mismo tenor, entre otras, véase la SSTS de 5 de marzo de 2004 y 20 de junio de 2005.

razón a previsiones legales de comportamientos que, en abstracto, están tipificados penalmente pero que son excluidos de dicho ámbito precisamente por su componente normativo previo. Ello incide en la generalidad de la ciudadanía bajo el soporte del equilibrio y la defensa de la propia sociedad⁸⁹⁸.

3.1. Fundamento y naturaleza

Dentro de la Ciencia del Derecho Penal español es unánime la opinión de que la eximente del número 7º del artículo 20, tiene **la naturaleza de una causa de justificación**⁸⁹⁹. Esto significa que el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, realiza una conducta lícita. Lo anterior resulta tan obvio, que en otros Códigos penales europeos no se incluya esta eximente⁹⁰⁰. No obstante, no puede decirse que resulte superflua, pues **pone claramente de manifiesto la unidad del Ordenamiento**⁹⁰¹ en el que el Derecho Penal tiene una función de *ultima ratio*, parece razonable que cuando se obra conforme a derecho desde cualquiera de las ramas que lo configuran, la reacción punitiva no tenga efecto a pesar de que las conductas que se puedan realizar desde semejante actitud estén contenidas en algunos de sus tipos. Se produce, entonces, una doble realidad jurídica: por un lado, la licitud de una determinada conducta avalada por una norma jurídica que reconoce su validez como deber o como derecho de unos concretos ciudadanos; por otro, la estimación penal de semejante comportamiento como delito o falta -así, por

⁸⁹⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit. p. 280.

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 502 y 509. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 481-483. STS de 16 de mayo de 1983, entre otras.

⁹⁰⁰ Por ejemplo en el Código Penal alemán. De esta manera, Roxin, estudia este supuesto sin soporte legal específico dentro de las causas de justificación enumerándolas con carácter general como ejercicio del cargo y de derechos de coacción: la autorización de la autoridad, entre los que integra, los derechos de intervención en el ejercicio del cargo, la orden antijurídica obligatoria, la actuación *pro magistratu*, el derecho de corrección, autorización oficial. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 734 y ss. En parecido sentido: JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado...* Op. Cit., pp. 418 y ss.

⁹⁰¹ Véase, entre la doctrina predominante de esta idea, a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* Op. Cit., p. 490 *ab initio*. Afirma Gonzalo Quintero, que «las fuentes de los deberes y derechos que aquí se mencionan pueden provenir de cualquier ámbito del mismo. De ese modo se demuestra como la antijuridicidad ostenta ese carácter de oposición entre el hecho y el Derecho en general, mientras que la tipicidad contrae su alcance a la correspondencia entre la conducta y la descripción legal penal. Con carácter “exclusivo” el Derecho Penal sólo goza del derecho de formular tipicidades».

ejemplo, dos policías locales paran un vehículo cuyo conductor presenta intensos síntomas de ebriedad, lo inmovilizan y lo tienen detenido durante un tiempo-. Formalmente se produce un cierto conflicto entre la acción legitimada jurídicamente y sus consecuencias en el Texto Punitivo. Sucede, entonces, que el Derecho Penal **cede**, precisamente por la función expresada, ante un hecho que es reconocido como permitido e, incluso, en algunos supuestos, como obligado de realizar por el sujeto que cumple una determinada función socialmente relevante y adecuada desde la perspectiva de su valoración normativa. Fortalece esta precisión, todavía más, el esquema de la teoría jurídica del delito que presento dentro del juicio de antijuricidad: existe una acción típica que, sin embargo, no es antijurídica porque el Ordenamiento Jurídico la proclama como lícita⁹⁰².

Conforme a esta dimensión, lo que en concreto se realiza y puede presentarse como el fundamento de ella derivado es el principio del interés preponderante, al que se aludido con reiteración y se anotó como criterio unificador de las causas de justificación reseñadas. Aquí, posiblemente, todavía con un impacto más intenso no exento de algunas limitaciones. Inicialmente, la existencia de un deber o derecho jurídicamente legitimados manifiesta un interés que el legislador ha deseado tutelar desde un enfoque totalizador del sistema jurídico y cuyo ejercicio real puede colisionar con otro interés protegido penalmente, que se subordina a la presencia de aquél, obviamente siempre que se den los requisitos fijados por el propio legislador para su desarrollo⁹⁰³. Ahora bien, como dice CEREZO MIR, por las especiales características de esta eximente no solo ha de partirse para su valoración de los bienes jurídicos en conflicto sino de la totalidad de los intereses en juego⁹⁰⁴.

Como apuntábamos *supra* hay quienes, a pesar de que la eximente denota *per se* una causa de justificación, opten por considerarla innecesaria

⁹⁰² Por todos véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte General. Tomo II...* *Op. Cit.*, p. 281.

⁹⁰³ En la idea del interés preponderante, véase, entre otros a CEREZO MIR José. "La eximente..." *Op. Cit.*, pp. 274-275. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. "Artículo 20.7". En, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999, p. 501.

⁹⁰⁴ CEREZO MIR, José. "La eximente..." *Op. Cit.* p. 275. El mismo, en *Curso...* *Op. Cit.* p. 292.

como tal dentro del Código Penal español. Tal es el caso de PÉREZ ALONSO quien se muestra especialmente combativo contra la presencia específica de esta eximente en el Texto Punitivo español, lo que refiere en el mismo título de su artículo y sobre la base referencial de que el propio principio de la unidad del Ordenamiento Jurídico, fundamento de la eximente, justifica penalmente dichos comportamientos aunque no estén expresamente descritos⁹⁰⁵. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN se suman a esta hipótesis al afirmar que hasta cierto punto es una declaración *superflua*, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes⁹⁰⁶.

Empero, aunque formalmente no cabe objeción alguna a la argumentación última de los partidarios de su exclusión del Texto Punitivo, nuestra valoración al respecto es distinta y pasa por la subsistencia del precepto contenido en el 20.7 del CPE⁹⁰⁷. Las razones son variadas y cabe sintetizarlas en las siguientes: a) La que parece obvio, no siempre lo es tanto pues, en determinados casos, podía presentar dificultades la neutralización penal, en clave de justificación, por un deber o derecho establecido por una Ley no penal; b) La fijación jurídico-penal de la eximente cumple una función de llamada o de advertencia en cuanto que la valoración de la antijuricidad pasa por la comprobación apriorística del sometimiento de la norma penal a las consideraciones del resto del Ordenamiento Jurídico; c) Su presencia supone, además, el necesario equilibrio del respeto al principio de legalidad con la obligada integración del Derecho Penal en el sistema jurídico global⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”. En *CPC*. Número 56, 1995, págs. 623 y ss. Y especialmente las pp. 649 y 650.

⁹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 335.

⁹⁰⁷ Según Jiménez de Asúa: «Aunque sólo fuera para llamar la atención de los magistrados, un precepto de esta índole debe figurar en los Códigos» Véase JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado, IV... Op. Cit.*, p. 517.

⁹⁰⁸ Con esta apreciación: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La justificación penal... Op. Cit.*, pp. 125 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 482-483. OLMEDO CARDENETE, Miguel. “Artículo 20.7”... *Op. Cit.*, pp. 502-508. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General... Op. Cit.*, pp. 490-491.

Además hay que tener en cuenta que el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho derivados de los preceptos de cualquier sector del Ordenamiento Jurídico determinan la licitud de la acción típica, es decir, comprendida en un tipo de lo injusto del Código Penal o de las leyes penales especiales. El deber o el derecho, no exigen, que deriven de un precepto legal, sino que pueden hallar en su fundamento en otras disposiciones jurídicas de rango inferior, en convenios o tratados internacionales, por ejemplo, suscritos por España y que hayan quedado incorporados a su Derecho interno, o en el Derecho consuetudinario. El deber o el derecho pueden derivar también del Derecho de las Comunidades Autónomas⁹⁰⁹ e incluso del Derecho Comunitario, es decir, de la Unión Europea⁹¹⁰.

Dicho lo anterior, no cabe duda de que la permanencia de esta eximente en el Texto Punitivo español mantiene las zonas de conflicto con la legítima defensa y, sobre todo, con el estado de necesidad. Tanto es así que algunas de las propuestas de desaparición de la citada causa se hacen sobre la base de su reconducción al estado de necesidad pues, según opinión de PÉREZ ALONSO, todos los supuestos a incluir en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, tienen mejor ubicación en aquél que aparece legalmente estructurado con una más precisa descripción de los supuestos de hecho a los que atiende y a las condiciones y requisitos que han de concurrir para su aplicación, por lo que su mantenimiento puede presentarse como «un paso atrás en los avances conseguidos por la interpretaciones valorativas de otras eximentes»⁹¹¹.

Razones de peso contrarias a la tesis anterior son que, en primer término no podemos decir que todas las situaciones que resuelve la circunstancia 7ª del artículo 20 son adaptables al estado de necesidad, pues como dice OLMEDO CARDENETE aquélla en los que la valoración que supone

⁹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?”. En, *La Ley*, año XXIV, n° 3208, 2 de marzo de 1993, pp. 8-9.

⁹¹⁰ GIOVANNI GRASSO. *Comunità europee e Diritto penale*, Giuffrè, Milan, 1989 (Comunidades Europeas y Derecho Penal). Trad. de Nicolás García Rivas, Universidad de Castilla La Mancha, 1993, pp. 287 y ss.

⁹¹¹ PÉREZ ALONOSO, Esteban Juan. “*La causa de justificación...* Op. Cit., p. 639.

el cumplimiento de un deber que lesiona un bien jurídico tutelado penalmente, resulta ser expresión de la idea de prevalencia del Derecho frente al injusto, escapa a la esencia del estado de necesidad que es más apropiado para resolver conflictos entre particulares⁹¹². De igual forma CEREZO MIR⁹¹³ expone que todos los supuestos de aplicación de la causa de justificación en comento, especialmente en los de ejercicio legítimo de un derecho, no cabe apreciar, sin embargo, la existencia de un estado de necesidad en sentido estricto; es decir, una situación de peligro de un bien jurídico propio o ajeno, en que aparezca como inminente la producción de un mal grave, que sea inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber⁹¹⁴. A propósito de lo precedente, resultan de interés las reflexiones del catedrático de la Universidad de Zaragoza y discípulo de Antón Oneca en España –José Cerezo Mir-, quien invita a una interpretación no formalista, sino valorativa de esta causa de justificación, como también, de las restantes reguladas en el CPE. En segundo, porque los efectos de su no concreción positiva, como sucede en Alemania, incrementa, con la utilización de la legítima defensa o el estado de necesidad, la flexibilidad justificadora de determinados comportamientos, como pueden ser los excesos policiales, más constreñidos con la apreciación directa, como sucede en el Código Penal español, de las limitaciones reguladas en la normativa específica con incidencia en la justificación penal; situación ésta más garantista en relación a la posición negadora de la especialización de otros sectores del Ordenamiento Jurídico con proyección penal a través del cumplimiento de un deber que, como ha puesto de manifiesto, con tino crítico referido a la solución germana a favor del estado de necesidad y la legítima defensa o de la división de la antijuricidad con una comprensión estricta de la antijuricidad penal en relación a una antijuricidad general para el resto del sistema jurídico, PORTILLA CONTRERAS ha facilitado el margen de discrecionalidad policial,

⁹¹² OLMEDO CARDENETE, Miguel. “Artículo 20.7”... *Op. Cit.* p. 508.

⁹¹³ CEREZO MIR, José. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 291. Esta postura la emite, inmediatamente después de hacer el comentario a la postura antagónica –respecto de la doctrina mayoritaria– del Catedrático de la Universidad de Granada Esteban Juan Pérez Alonso.

⁹¹⁴ Sobre la infracción de deberes y relacionado con lo expuesto véase a CEREZO MIR, José. *Curso...* *Op. Cit.*, pp. 246 y ss., especialmente p. 249.

perjudicando de este modo las garantías que, a través de los requisitos de oportunidad y proporcionalidad se establecían normalmente⁹¹⁵. En tercero, porque si bien el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo pueden tener en común con el estado de necesidad una situación de conflicto de intereses, es inicialmente diferente; en el primero de ellos se trata de la realización de una conducta típica sobre el fundamento de una de las hipótesis descritas que entra en conflicto con otro deber, en este caso prevalente, derivado de una norma de cualquier otro sector del Ordenamiento Jurídico que regula previamente que la actuación del sujeto se produzca como consecuencia de un deber impuesto por ella o por el desarrollo de un derecho; dicho deber específico de lesionar un bien jurídico es diferente a la colisión de deberes que fundamenta el estado de necesidad.

Por otra parte, tenemos que el fundamento de esta causa de justificación se encuentra, según la opinión unánime en la moderna Ciencia del Derecho Penal español, en el principio del interés preponderante⁹¹⁶. Este principio resulta, sin embargo, insuficiente, pues en caso de conflicto de dos deberes iguales, la conducta será lícita si el sujeto cumple uno cualquiera de ellos. De otro lado, aunque el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual en el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentando a la constitucionalmente reconocida dignidad de la persona⁹¹⁷.

⁹¹⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *“El ejercicio legítimo... Op. Cit., p. 170.* En todo caso, la dogmática alemana enfoca estas hipótesis desde diferenciadas perspectivas, posiblemente por la inexistencia de una eximente parecida a la contenida en el n°7 del artículo 20 del Texto Punitivo español. Así Roxin que acepta el desempeño por cargos estatales de cierta coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos le parece insostenible el concepto jurídico-penal de antijuricidad o cualquier concepto especial de antijuricidad, pero sin una concluyente respuesta a los supuestos en los que el derecho de intervención vaya más allá de los presupuestos establecidos en las leyes que conceden la autorización, como si el Estado tuviera el gran privilegio de equivocarse y la gran necesidad social de justificarlo cubriendo las espaldas al funcionario que en el ejercicio de su cargo actúa al servicio del orden estatal: error, estado de necesidad, legítima defensa por parte del ciudadano afectado, etcétera. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit., pp. 737-740.*

⁹¹⁶ Véase, entre otros, a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit., pp. 478-479.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado, IV... Op. Cit. p. 519.* CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit. p. 291.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX.* Valencia, 2008, p. 130.

⁹¹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit., p. 284.*

3.2. Estructura funcional-sistemática

La regulación fijada por el número 7º del artículo 20 hace referencia, como reiteradamente se ha expuesto, a dos bloques en relación al origen de la eximente: por un lado, el cumplimiento de un deber; por otro, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sin embargo, la doctrina ha intentado unificar o incluso, desde otra perspectiva, ampliar semejante descripción, inicialmente para una mejor comprensión sistemática, no exenta de valoraciones de fondo de indudable interés.

La tesis unificadora parte de la base de que todas las expresiones que utiliza el Texto legal pueden ser integradas en la más amplia del ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido, CARBONELL MATEU plantea que el propio cumplimiento de un deber se fundamenta en la presencia de un derecho subjetivo; se tiene un deber en la medida en que esa persona tiene un derecho de este tipo, igual que, también, el oficio o cargo están compuestos por los llamados derechos-deberes; con esta precisión todas las variables a las que alude la eximente, en su comprensión de parte de una relación jurídica, pueden integrarse en la idea del ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, apreciado en su más extenso sentido⁹¹⁸.

La excesiva esquematización de la propuesta anterior ha llevado a otros autores a situar dos hipótesis justificadoras dentro de la eximente: el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho. Tal dualidad la argumentan en la idea de que quien ejerce legítimamente un cargo o un oficio lo hace bien porque cumple con su deber o bien porque ejercita un derecho. Se simplifica, pues, en dos opciones sobre la base inicial que el oficio o cargo son fuentes de posibles derechos o deberes⁹¹⁹.

⁹¹⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Artículo 20.7". En, *Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinados por Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, 1996, pp. 180-181.

⁹¹⁹ Mir Puig, sobre semejante estima, distingue entre cumplimiento de un deber que puede ser derivado de un oficio o cargo o no derivado de ellos, y ejercicio de un derecho que, igualmente puede ser derivado o no de aquéllos. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 484. En igual sentido: CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 360. OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Artículo 20.7"...*Op. Cit.*, p. 500.

Un tercer sector doctrinal como MORILLAS CUEVA⁹²⁰ ha optado por denominar concepción amplia, desde el momento en que no sólo diferencia deber -es obligatorio cumplirlo y su no ejecución puede llegar a ser incluso delictiva- y derecho -que puede ejercerse o no por lo que aparece como una facultad- sino también éste último del oficio o cargo. Por tanto, se parte de una trilogía de posibilidades: cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho y ejercicio legítimo de un oficio o cargo, incluso este último cabe desdoblarse en las dos hipótesis que presenta⁹²¹.

De las tesis expuestas es ésta última la que, sistemática y funcionalmente se nos presenta más adecuada. Ciertamente es que prevalece la posibilidad de una unificación en torno al ejercicio legítimo de un derecho, aunque presenta inconvenientes de adaptación, como la bifurcación entre los dos supuestos de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, pero no demerita la viabilidad de la distinción, como hace el legislador, entre uno y otro pues tienen naturaleza aplicativa diferente, como asimismo la poseen el ejercicio legítimo del oficio o cargo con respecto a este último, en atención a la fuente de que provienen y del carácter más profesional y reducido de aquellos con respecto del derecho, genéricamente determinado.

3.3. El cumplimiento de un deber

En el orden de ideas previamente esgrimido la primera fórmula empleada por el legislador es la del cumplimiento de un deber, deber que conlleva, a los efectos en los que estamos, por sí mismo, la lesión de un determinado bien jurídico penalmente tutelado: es el propio derecho, en sus diversas manifestaciones, el que le impone al sujeto la realización de una conducta determinada que además supone una acción penalmente típica⁹²². Ha de tratarse, en todo caso, de un deber jurídico, por lo que no cabe incluir deberes subjetivos de carácter ético, moral o religioso. Así lo expresa la SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 1995 cuando señala que «está claro, por tradicional interpretación jurisprudencial, que el obrar en cumplimiento de un

⁹²⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., p. 284.

⁹²¹ Al respecto véase a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* Op. Cit., p. 491.

⁹²² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. Cit., p. 285.

deber se refiere inexcusablemente a un deber legal y los deberes religiosos no alcanzan relieve jurídico, desarrollando sus efectos solamente en el orden moral, salvo que el Ordenamiento Jurídico los incorpore de alguna manera».

Obsérvese, además, que el precepto alude exclusivamente a cumplimiento de un deber sin la especificación que, por ejemplo, posteriormente hace al ejercicio “legítimo” de un derecho, oficio o cargo. Únicamente cabe asumir como deber que produce la ausencia de antijuricidad de un comportamiento típico el que esté previsto y desarrollado por el Ordenamiento Jurídico. Hay una relación directa entre el sujeto y la norma jurídica que la sirve de base para su actuación.

Es menester mencionar que, el que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes⁹²³. El deber de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada en los delitos de omisión) entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del Ordenamiento Jurídico. Actúe como actúe el sujeto, en la situación concreta en que se halla, infringirá un deber. El agente de las fuerzas de seguridad que tiene el deber de intervenir para restablecer el orden en una manifestación y, dadas las circunstancias del caso, de coaccionar, golpear o causar lesiones a un manifestante, infringirá este deber si se abstiene de realizar la acción prohibida en el delito de coacciones (art. 172), la falta de malos tratos (art. 617.2), o los delitos o faltas de lesiones (arts. 147 y ss. y 617.1). La acción típica será, en cambio, lícita si el deber cumplido era de rango superior al de omitir la acción prohibida⁹²⁴.

La ponderación de los deberes jurídicos remite a una ponderación de los intereses en conflicto a cuya tutela se orientan los correspondientes deberes.

⁹²³ Véase, acerca de la delimitación de la situación de colisión de deberes, a CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión de deberes en Derecho Penal*. Madrid, 1984, pp. 67 y ss.

⁹²⁴ BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad...* *Op. Cit.*, pp. 220-225 y 254-355. Según el cual el cumplimiento del deber de rango superior excluye ya generalmente la tipicidad; el rango del deber lo determina mediante las reglas de la ponderación de intereses «moduladas» por el principio *ultra posse nemo obligatur*. También véase a CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión...* *Op. Cit.*, p.38.

También aquí, como en el estado de necesidad, hay que tener en cuenta no sólo los bienes jurídicos, sino la totalidad de los intereses en juego⁹²⁵.

En los supuestos de conflicto de dos deberes de acción del mismo rango, la conducta del sujeto que dé cumplimiento a uno cualquiera de ellos será lícita. De lo contrario el sujeto no podría obrar nunca lícitamente en esa situación⁹²⁶.

Si entra en conflicto un deber de acción con un deber de omisión, que tiendan a proteger intereses iguales, el deber de omitir será de rango superior al deber de actuar⁹²⁷. Como puso de manifiesto KAUFMANN, el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir y, por ello, la infracción del deber de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir⁹²⁸ (las conductas omisivas son generalmente menos graves que las activas correspondientes)⁹²⁹.

⁹²⁵ En este sentido, CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 292. CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión... Op. Cit.*, pp. 122 y ss., 238 y 242.

⁹²⁶ Véase a CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 256-257 y 276 y ss. El Catedrático español cita el ejemplo en que, si un padre ve que dos de sus hijos menores se ahogan y, dadas las circunstancias del caso, sólo puede salvar a uno de ellos, obrará conforme a Derecho si salva a uno cualquiera de los dos. Lo mismo hay que decir del médico que sólo puede salvar a uno de los dos heridos en un accidente. Si los dos deberes de acción se orientan a la protección de intereses iguales, tendrá preferencia el deber de garante (en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, por ejemplo, el homicidio por omisión) frente al deber genérico de prestar socorro a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave (en el delito puro de omisión del artículo 195 del CPE). Si una persona sólo puede salvar a uno de dos niños, que se ahogan, uno de ellos es su hijo y frente al otro no ocupa una posición de garante, deberá salvar a su hijo. Si un médico sólo puede salvar la vida a su paciente o a un extraño víctimas del mismo accidente automovilístico, deberá salvar a su paciente. *Ídem.*, en nota 15.

⁹²⁷ Cuerda Riezu considera que no debe darse preferencia en carácter general al deber de omisión sobre el de acción, pero, por otra parte, estima que la equivalencia entre dichos deberes sólo podrá darse cuando entren en colisión un deber de acción que esté impuesto para evitar un resultado y un deber de omisión. *Vid.*, CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión... Op. Cit.*, pp. 185 y ss. 238 y 242 y ss.

⁹²⁸ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verla Otto Schwartz. Gotinga, 1959, pp.143 y 152.

⁹²⁹ *Ibidem.*, pp. 300 y ss. Esa menor gravedad de lo injusto puede reflejarse en la medición de la pena en el margen que al árbitro judicial ofrece en el artículo 66 del CPE. Al respecto, Cerezo Mir considera como innecesario que figure en el Texto Punitivo una atenuación específica. CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 294. En el mismo sentido, CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión... Op. Cit.*, pp. 186-187.

Si el deber cumplido es de rango inferior al infringido la conducta será ilícita pues, aunque no lo declare expresamente el número 7º del artículo 20, se deduce de una interpretación del precepto de acuerdo con el principio del interés preponderante⁹³⁰.

El que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión) actúa lícitamente. Sólo cuando se utilice a un ser humano como un mero instrumento o se atente de otro modo gravemente contra su dignidad la conducta será ilícita, aunque se realice en cumplimiento de un deber de rango superior o igual. Es preciso llevar a cabo, por ello, una interpretación restrictiva de esta causa de justificación, con base en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana por todos aquellos argumentos que hemos sostenido a lo largo de la investigación en cuanto a este derecho de anclaje constitucional.

Envolviéndonos en el ámbito médico y en relación con lo expuesto, encontramos el clásico supuesto del cirujano, que para salvar la vida de su paciente extirpa a otra persona, contra su voluntad, un riñón para llevar a cabo un trasplante, realiza el tipo de lesiones corporales del artículo 149 (pérdida de un órgano principal) y aunque el deber de salvar la vida a su paciente sea de rango superior al de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta será ilícita. Únicamente podrá verse excluida o atenuada la culpabilidad, si estaba realmente excluida o disminuida su capacidad de obrar conforme a Derecho, de modo que no le fuera exigible o la "exigibilidad" fuera menor⁹³¹.

⁹³⁰ No puede estimarse, por lo anterior, como hace Mir Puig, que el precepto contenido en el 20.7 del CPE resuelva un conflicto de leyes a favor de la norma no penal. *Cfr.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, 484 y ss.

⁹³¹ Al tenor de esta idea de culpabilidad, encontramos la concepción de Santiago Mir Puig quien define a aquella como «el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal. Sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concurra será el autor "culpable" y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona. La ausencia de tal normalidad no impide seguir desvalorando el hecho como antijurídico porque no supone una imposibilidad absoluta de motivar a la evitación del hecho, sino que sólo excluye la normalidad del proceso de motivación en que tiene lugar. Si no fuera así, si la falta de culpabilidad obedeciera a la total imposibilidad de acceso a la motivación normativa, no sería posible, seguramente, distinguir

Aunque criticable a nuestro modo de ver, CERREZO MIR cita el también conocido supuesto en donde el Juez autoriza a un médico a practicar una transfusión de sangre a una paciente Testigo de Jehová, que se oponía a ello por sus convicciones religiosas, si la considera necesaria para salvar su vida; dicho autor concluye que en este caso el galeno realiza el tipo del delito contra la libertad de conciencia del artículo 522.2 del Código Penal español⁹³² y aunque lo hace cumpliendo un deber de rango superior -el de prestar socorro a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 195), e incluso el deber de garante de su vida- que el de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta es ilícita pues implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana.

Nuestra crítica versa en que atendiendo a la exegesis del precepto enunciado *supra* -522.2 CPE- entendemos que no se fuerza -al miembro Testigo de Jehová- a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una creencia religiosa o a mudar de religión, sino simplemente a “infringir” algunos de sus preceptos⁹³³.

Ex profeso, entrecomillamos la palabra infringir, ya que, por un lado, encontramos que es común denominador que hoy en día los médicos sean constantemente cuestionados y atacados por sus imprudencias, negligencias e

entre antijuridicidad y culpabilidad». Véase a MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito...* *Op. Cit.*, pp. 107-108.

⁹³² De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. Artículo 522. Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos; 2. Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen. *Cfr.* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal...* *Op. Cit.*, p. 217. En este sentido véase también a BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. “Capacidad de decisión y consentimiento informado”. En, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez. (Coordinadores). Granada, 2006, p. 318.

⁹³³ En este sentido, véase a ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994, p. 448, nota 93. Señala dicho autor, que el médico realizaría en todo caso, el tipo de coacciones (artículo 172 CPE) en posible concurso ideal con el delito contra la libertad de conciencia del 522.2. Incluso, el médico podría tratar de justificar su actuación en objeción de conciencia -cuestión que daremos puntual análisis más adelante-.

impericias –algunas de ellas injustamente- y como consecuencia de ello se cuestione el hecho de si están cumpliendo con su verdadera labor –que en términos muy generales, sería mejor la salud-, pero por otro, ciertamente tenemos que afirmar y resolver este tipo de acciones en el sentido apuntado por el catedrático español, realmente –y esto lo afirmamos después de numerosas entrevistas con profesionales sanitarios- no llevaría más que a un acto de abstención por parte de los médicos cuando se presenten ante ellos miembros que pertenezcan a la religión en comento; sin duda sería un acto más de un cáncer contemporáneo en la práctica médica, la denominada medicina defensiva⁹³⁴.

Además y respecto al galeno, encontramos que la posición de garante desaparece en cuanto ha ofrecido expresamente el tratamiento al paciente y le ha informado sobre la trascendencia que tiene para su vida⁹³⁵. Dicho lo anterior concluimos señalando que en el caso que estudiamos, y si en realidad se **encuentra de por medio la vida del paciente**, el actuar del galeno podría encontrar justificación por el cumplimiento de su deber, no siéndolo así cuando no exista esa urgencia o ponderación del bien vida frente a la libre autodeterminación, caso en el cual se plantea como mejor solución que el profesional sanitario respete la voluntad de quien se somete a él, independientemente de la religión que éste último profese. De no hacerlo sería el delito de coacciones el que tendría a bien imputársele⁹³⁶.

⁹³⁴ Creemos de suma importancia mencionar e invitar a la comunidad penal –también en *pro* del principio de intervención mínima del Derecho Punitivo que tiene como característica la *última ratio*- que cuando se analicen estos temas, no se sea excesivamente formalista con la aplicación de Ley Penal, pues sin duda, esto conduciría indudablemente a un aislamiento de la verdadera realidad en la práctica médica contemporánea. Así pues, es mejor inmiscuirse en los conflictos que hoy en día son motivo de las denuncias a los profesionales sanitarios y desde ahí plantear soluciones que no se aparten de la Ley, pero que respondan a la realidad imperante en ese contexto.

⁹³⁵ *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho... Op. Cit.*, p. 450.

⁹³⁶ En este sentido véase a GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 206. De hecho, sobre la existencia en tales casos de un atentado a la libertad ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/1990, y a ella se refirió la STC 166/1996, de 28 de octubre de 1996, relativa a la reclamación planteada por un Testigo de Jehová de que la Seguridad Social costease la intervención realizada en un centro privado sin transfusión de sangre, cuando recordaba que «una asistencia médica coactiva constituiría una grave limitación vulneradora del Derecho Fundamental, a no ser que tuviera justificación

Las hipótesis a integrar en esta causa de justificación son múltiples, sobre todo en sus especiales ramificaciones⁹³⁷, pero como ya habíamos matizado, **dado el título principal que etiqueta a la presente investigación** y a una exposición más objetiva de la misma, trataremos de limitarnos a estudiar lo directamente relacionado a ella⁹³⁸.

3.4. Ejercicio legítimo de la profesión médica

Dentro del número 7º del artículo 20 del Texto Punitivo español en su segunda fórmula que emplea el legislador hace alusión al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁹³⁹. Más allá de que en la doctrina penal se ha dicho que, -en sentido de unidad y semántica exegética-legal- el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber y por ello se apueste⁹⁴⁰ por la posibilidad de simplificar la eximente, no entraremos a discutir ese asunto para concentrarnos

constitucional». Como tendremos ocasión de puntualizar *a posteriori*, esa posible justificación constitucional se refiere a los supuestos en los que la negativa del tratamiento pudiera poner en peligro la vida del sujeto.

⁹³⁷ De esta manera, en temas como el cumplimiento de un deber, como causa de justificación por los miembros de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad sólo haremos mención de algunos supuestos en particular, por ejemplo, el de los médicos que laboran en dicho medio.

⁹³⁸ Incluso dentro del ejercicio legítimo de un oficio o profesión son múltiples las ramificaciones que podemos encontrar, casi tantas como actividades. Dejando constancia que será la profesión médica la que ocupara nuestra mente y dedicación.

⁹³⁹ Si bien es cierto que la **distinción entre oficio y cargo** no es fácil de determinar. Es frecuente dejar **el primero de ellos para las actividades profesionales de los particulares**, manuales o de otro tipo; mientras que **el segundo parece pensado para los cargos públicos**, con lo que se incorpora en la mayoría de las ocasiones, con el cumplimiento de un deber.

⁹⁴⁰ Al respecto véase a CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 290. Este autor señala que la redacción de la eximente podría quedar así: "Esta exento de responsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho". En el mismo sentido Lorenzo Morillas Cueva hace alusión a que el legislador utiliza el término "legítimo" para aludir al derecho, cuestión que de inicio puede parecer innecesaria, pues se presume que el propio concepto de derecho lleva incluida la percepción de legítimo. *Cfr.* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 301 *in fine*. Al respecto, Cobo del Rosal/Vives Antón ponen de manifiesto una trilogía considerable que explica la función de semejante término junto al derecho: en primer lugar, significa que dicho ejercicio ha de transcurrir por causas legales y los medios empleados han de ser jurídicamente idóneos; en segundo, como derivación del anterior, el ejercicio nace de la tenencia de un título que lo ampara, o sea, que lo legitima y que ha de ser jurídicamente correcto; por último, con la utilización del adjetivo legítimo lo que realiza la legislación penal es una especie de reenvío a otros órdenes normativos, como el civil, el administrativo, etcétera. *Vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 471-473.

específicamente al ejercicio legítimo de de un oficio –concretamente el de la profesión médica- como causa de antijuridicidad.

Previo a dedicar atención al ejercicio legítimo de la profesión médica y precisamente en ánimo de dejar claro lo relacionado con el **ejercicio legítimo** de un derecho, no podemos pasar por alto la referencia –pues será decisivo en muchas de las posturas que adoptemos como conclusiones respecto de la resolución de determinados casos presentados en la práctica médica- a la jerarquía constitucional cuando se vean yuxtapuestos ciertos derechos de los pacientes.

En este sentido parece fuera de toda duda que a la Constitución no corresponde un mero valor programático, sino que las normas constitucionales son normas jurídicas y, precisamente, normas jurídicas del máximo rango.

En este tenor, creemos que es indiscutible por tanto, que la Constitución crea derechos y que esos derechos pueden servir de fundamento a la aplicación de la eximente del 20.7 de CPE y la de contenida en el 20.5 del mismo Ordenamiento Punitivo⁹⁴¹.

Ahora bien, no será este el modo normal de hacer operativos los derechos constitucionales. El ámbito del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales es el ámbito más propio de la libertad. Así, el ejercicio de los derechos constitucionales, que representan la realización del Orden Jurídico, habrá de ser, en términos generales irrelevante para el Derecho Penal, esto es, habrá de ser atípico⁹⁴². Las normas penales que tipifiquen conductas cuya

⁹⁴¹ Respecto a la forma mediante la cual los derechos constitucionales reconocidos han de alegarse en casación, véase el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J). La protección que el Ordenamiento Jurídico otorga a los derechos que dimanan de la Constitución es, naturalmente, más fuerte que la otorgada a las que no poseen un fundamento tan sólido, de modo que los derechos y libertades proclamados en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, así como la objeción de conciencia (artículo 30.2) son susceptibles de amparo constitucional, en los términos establecidos en los artículos 41 y ss., de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (L.OT.C.)

⁹⁴² En el mismo orden de ideas, entre otros, *cfr.*, a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 303. Agrega el Catedrático de la Universidad de Granada que, «los únicos límites aplicables al ejercicio de los derechos constitucionales son los que derivan del mismo sistema constitucional y de otros derechos incorporados por él y, por tanto de rango equivalente».

realización se halle amparada por una norma constitucional, a nuestro juicio, devienen en inconstitucionales.

Centrándonos en el ejercicio legítimo de la profesión médica como posible causa de justificación y en relación con lo que ya anunciábamos *supra* al hablar del estado de necesidad justificante, concluimos en que, a pesar de que la actividad sanitaria hoy en día sea en considerable medida analizada por la doctrina penal, la aplicación práctica que tiene el ejercicio legítimo como causa de justificación es minoritario, prefiriéndose buscar la antijuridicidad de la presunta conducta constitutiva de delito del galeno en el estado de necesidad justificante que queda contenido en el 20.5 del CPE.

4. Casos más destacados en el ambiente sanitario: ¿Responsabilidad del médico o antijuridicidad de su conducta?

Expuestas las líneas anteriores y a propósito de esperar el momento expositivo de llegar a este epígrafe por considerarlo como el más oportuno⁹⁴³ para analizar algunos casos relevantes que se pueden suscitar en la actividad sanitaria -y por ende, resaltar las particularidades que hay que tener en cuenta al momento de que se pretenda someter al profesional sanitario ante la Ley Penal⁹⁴⁴- proseguiremos a ubicar, cuando el médico puede verse amparado por la causa de justificación del ejercicio legítimo de su profesión, o es el estado de necesidad donde encontrará solución y amparo sobre lo negativamente cuestionado u “ofuscado” de su actuar profesional.

⁹⁴³ Sin embargo, no ha sido óbice para que desde el inicio de este trabajo y hasta este momento –en calidad de ejemplos- ya nos hayamos pronunciado respecto de algunos casos. Lo relativo a la oportunidad del momento expositivo estriba en que ya hemos analizado las características esenciales -para esta investigación- de las causas de justificación relativas al estado de necesidad justificante -20.5 CPE- y el cumplimiento de un deber ejercicio legítimo de un oficio o cargo -20.7 CPE-

⁹⁴⁴ Reiteraremos, en *pro* de evitar un uso excesivo del Derecho Punitivo- la importancia de ser cuidadosos ante la posible infracción del principio de intervención mínima en los problemas derivados del tratamiento médico, inclinándonos por buscar vías como la civil o la administrativa antes de llegar a la cada vez más usada –o por lo menos intentada en su recurrencia- vía penal.

4.1. Premisas introductorias

El ámbito médico ofrece un muestrario paradigmático de problemas de justificación. Así es al menos, en lo que respecta a la *praxis* del Derecho Penal de la mayoría de los países. Pero esta diversidad en cuanto al fundamento de la justificación no cambia en nada el hecho de que la deficiente intervención médica, considerada en principio como lesión típica⁹⁴⁵ requiera una justificación específica⁹⁴⁶.

Sin embargo, la necesidad de esta forma de legitimación no es en sí misma evidente, como se pone de relieve al observar el Derecho finlandés. Cuando en éste se expresaba que «la práctica de una intervención terapéutica sin el consentimiento del paciente (no se considera) punible como un delito contra la vida, la integridad corporal (salud) o la libertad, debido a la ausencia de una incriminación específica⁹⁴⁷», parece que al no concurrir ninguna

⁹⁴⁵ A pesar de que Cerezo Mir se manifiesta contrario a esta postura o, por lo menos no convencido. Argumenta que, si la intervención quirúrgica o la curación tienen un resultado favorable no puede hablarse, en rigor, de una lesión del bien jurídico protegido: la integridad corporal y la salud. No obstante, este autor también señala que según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho Penal española, el galeno, al hacer una herida, en el tratamiento médico-curativo, realiza el tipo de un delito de falta de lesiones corporales. Véanse a CERZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 316. En la misma línea y especificando que «generalmente, el resultado producido por una actuación médica, la mayoría de los casos médica-quirúrgica, supone muerte o lesiones en el paciente sobre el que se actúa». Cfr., MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 309. El Tribunal Supremo español, como señala Romeo Casabona, parecía inclinarse por este criterio, al exigir que la intervención fuera legítima para poder aplicar la eximente del número 11 del artículo 8º del viejo Código Penal (correspondiente a la del número 7º del artículo 20 del actual Texto Punitivo); véase ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 66. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 486.

⁹⁴⁶ *Ibidem.*, pp. 52 y ss.

⁹⁴⁷ En este sentido, la ponencia de R. LAHTI, expuesta en un coloquio de Derecho Penal escandinavo-alemán, organizado en mayo de 1985 en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht en Freiburg*. (Una parte de estas conferencias -incluida la de LAHTI- se publicó posteriormente en una colección anglo-alemana por A. Eser/G.P. FLETCHER (Ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Perspektive Justification and Excuse in a comparative erspective*, en la serie "Beiträge und Materialien des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht".) Cfr. ESER, Albin. *"Problemas de justificación... Op. Cit.*, p. nota 3. Sin embargo, en la discusión que siguió a la conferencia de LAHTI se puso de relieve que en Finlandia su punto de vista es debatido. Cabe mencionar que hoy en día esta discusión -incluso el sólo planteamiento resultaría absurdo- si se mira la minuciosa incorporación de los derechos de los pacientes en el tratamiento y procedimiento médico que engloba la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial

prohibición típica de la intervención terapéutica tampoco se da la correspondiente necesidad de justificación. A una conclusión parecida se podría llegar también en el Derecho alemán si determinadas intervenciones médicas se excluyesen desde el principio del tipo de lesiones, porque, por ejemplo, son adecuadas a la *lex artis*, comportan una mejoría de la salud y/o se practican con el consentimiento del paciente⁹⁴⁸. En estos casos ya no se plantearía, por consiguiente, el tema de la justificación penal. Parece, pues, que el problema de la justificación se convierte en un juego de técnica legislativa entre prohibición y permisón: Si inicialmente se prohíben determinadas acciones, tipificándolas, se plantea para ciertos supuestos excepcionales exentos de pena la necesidad de una justificación o, por lo menos, una disculpa. Si, por el contrario, se renuncia ya, desde un principio, a la prohibición, parece posible ahorrarse el problema de la justificación y de la exculpación.

Empero, esta impresión tan sólo es correcta si se parte de una consideración exclusivamente *inmanente al Derecho Penal*. Pues, sólo si se reduce la función de las causas de justificación y de exculpación a anular la antijuridicidad normalmente configurada a través de la tipicidad (o bien, a disculpar, por lo menos, un hecho que no es posible justificar), los problemas de justificación se limitarán a los casos en que previamente exista una prohibición o un mandato jurídico-penal.

Esta constituye, no obstante, una visión limitada y superficial, pues desconoce que la intromisión en intereses jurídicamente protegidos como, por ejemplo, en el ámbito de la actividad médica: la dignidad humana, la vida, la integridad física y la autodeterminación personal, que –como reiteradamente hemos apuntado- son bienes sujetos a una protección constitucional **exige una**

sobre principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, comprobada el 5 de diciembre de 2008. (*World Medical Association Declaration of Helsinki on Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*).

⁹⁴⁸ En este sentido, ciertamente la posición dominante en la doctrina alemana –si bien con fundamentaciones parcialmente divergentes-. Más ampliamente véase a ESSER, Albin. “§ 223 StGB... *Op. Cit.*, pp. 27 y ss.

legitimación aún cuando falte una protección específicamente penal de estos bienes jurídicos.

Las cuestiones anteriormente indicadas pueden constatarse ya en relación con el tratamiento curativo normal, es decir, aquél en el que se llevan a cabo intervenciones con una finalidad exclusivamente terapéutica-individual, por medio de métodos ya experimentados -a diferencia de la experimentación terapéutica y de la experimentación con seres humanos, que trataremos posteriormente-. De esta manera consideramos oportuno adelantar nuestro pensamiento diciendo que, el razonamiento conclusivo a que se llegue en cada caso dependerá de si se considera protegido al paciente sólo contra posibles perjuicios a su vida, salud⁹⁴⁹ y/o a su autodeterminación⁹⁵⁰, el que se planteen, en relación al médico, diferentes problemas de justificación.

⁹⁴⁹ Esto constituye lo que Albin Eser denomina ***Salus aegroti suprema lex***. Si el paciente sólo está protegido frente a lesiones o peligros para su salud contrarios a la *lex artis*, el médico estará justificado cuando actúe conforme a ésta y mejore (o, por lo menos, no empeore) el estado de salud de aquél. Con la consecuencia de que el consentimiento del paciente pierde en importancia. Como la exigencia del consentimiento tiene la finalidad de proteger el derecho a la autodeterminación del enfermo sobre su persona, en el caso de que su autonomía no constituya un bien jurídico protegido, su consentimiento -y, por consiguiente, también el correspondiente deber de información del médico- dejarán de ser relevantes. Y éste es verdaderamente el deseo de muchos **médicos que no quisieran ver en la voluntad**, sino en el **bienestar del paciente, el principio más elevado de su actividad**. Como consecuencia, la información del médico se reducirá también a un aspecto puramente terapéutico, es decir, sólo será exigible en la medida en que el bienestar del paciente precise de su cooperación y buena disposición, y éstas sólo puedan obtenerse mediante la correspondiente información; como sucede, por ejemplo, en relación con la correcta toma de los medicamentos prescritos, o bien en el seguimiento cuidadoso de las reglas de aplicación de una medida terapéutica en interés de la propia protección frente a posibles riesgos. Puesto que en este caso se trata tan sólo de informaciones dadas al enfermo en apoyo de la terapia, se habla de información terapéutica a diferencia de la información para la autodeterminación que tiene distintas características que ya hemos apuntado durante la presente investigación. Cfr. ESER, Albin. *“Problemas de justificación... Op. Cit.*, p. 12.

⁹⁵⁰ Si, por el contrario, a través de los tipos penales no sólo se quiere proteger el bienestar del paciente, sino -también- el respeto a su voluntad y, por tanto, a su derecho a la autodeterminación -***Voluntas aegroti suprema lex***-, su consentimiento se convierte en el principio central de justificación. Incluso cuando el médico actúe conforme a la *lex artis* y consiga una mejoría en la salud del paciente, la injerencia en la integridad física de éste sólo estará justificada si ha dado su conformidad. Como consecuencia, la información del médico adquiere una función distinta, o, por lo menos, más amplia: Dado que no se trata -tan sólo- de conseguir la buena disposición del paciente a cooperar en la terapia, sino que importa (también) en primer lugar el respeto a su autonomía y éste presupone que el paciente puede llevar a cabo su propia ponderación sobre el pro y el contra de una intervención, la información

De lo manifestado previamente, en calidad de planteamientos previos a considerar dentro del **tratamiento médico-curativo**, se desprende que, como común denominador en el resultado típico se tendrá que es el de muerte o lesiones los que adquieren relevancia. Así, con la intención de sentar algunas directrices respecto del tema en cuanto a la realidad española se refiere y con la figura del consentimiento como nexos totales para la decisiva valoración podemos proyectar la cuestión desde dos ángulos o perspectivas: supuestos en los que se produzcan actuaciones médicas con consentimiento del paciente y las que se realicen sin consentimiento de éste.

Respecto de las primeras es menester diferenciar en relación con el bien jurídico vida o con el de salud. En relación con **el primero**, dos pueden ser los actos del profesional sanitario que lleven a un resultado de muerte, siempre con el consentimiento del paciente. **De una parte**, tratamiento médico-quirúrgico con finalidad curativa, realizado con todos los requisitos de la *lex artis*⁹⁵¹ que, sin embargo, y por **atribuciones fortuitas** o por la gravedad del

completa que el médico le aporta se convierte en una **información para la autodeterminación**. El galeno debe decidir, amparándose en la reglamentación de la profesión médica (*Berufsrecht*) –en el ámbito alemán- o bien en una supuesta superioridad de juicio (*Vernunftthoheit*), aquéllo que, en verdad o supuestamente, es útil al bienestar del paciente, sino que es éste último el que debe poder decidir sobre los riesgos que está dispuesto a correr en interés de su bienestar. *Ibidem., supra.*, pp. 12-13.

⁹⁵¹ No podemos pasar por alto hacer una importante anotación respecto del reiteradamente citado presupuesto y requisito de la adecuación del profesional sanitario a la *lex artis* o *lex artis ad hoc* en su caso y este versa en que es un vocablo que puede ser más disfuncional en la práctica médica debido a que, como señala Carlos María Romeo Casabona y como también nosotros dimos puntual tratamiento en páginas anteriores «la *lex artis* correcta o válida no es necesariamente la que ha obtenido una aceptación generalizada». ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico... Op. Cit.*, p. 237. Véase también a JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible... Op. Cit.*, pp. 45 y ss. Es decir, el cuidado objetivamente debido obliga –sin olvidar y reiterando que ante el debate entre ¿obligación de medios del médico o de resultados?, **otorgamos preferencia por lo primero con sus respectivas puntualidades**, como el caso de la cirugía estética- al profesional de la Medicina a elegir la técnica, mayoritaria o minoritaria –en definitiva la que en ese caso considere más oportuno o conveniente para el enfermo y el caso concreto. **La práctica de la Medicina hoy en día y los profesionales sanitarios que den lectura a estas líneas, apuesto, comulgaran con nosotros** en el sentido de afirmar que muchas veces no han utilizado las técnicas que sugieren los protocolos de actuación –debido a su experiencia profesional y el caso particular que ante ellos se presenta- y el resultado ha sido exitoso. Sin abundar más en el debate, que podría generar nuestra idea –por considerarla relevante para otro proyecto de investigación-, como más adecuado parecería incluir –al consentimiento y a la “observancia” de las reglas de la *lex artis*- el hecho de que sea el principio de beneficencia-no maleficencia quien reine la intervención o el tratamiento

enfermo se produce la muerte, estará amparado en la susodicha causa de justificación del ejercicio de la profesión sanitaria del artículo 20.7 del CPE y, por tanto, exento de responsabilidad criminal⁹⁵², que incluso, como ya fundamentaba MEZGER puede llegar por atipicidad de la conducta⁹⁵³; **por otro lado**, el mismo supuesto pero no actuando conforme a las exigencias de la

sanitario. Esto, sin duda, coadyuvaría en cierta medida a dar una vez más nuestro voto de confianza a los profesionales de la medicina y recuperen el terreno que claramente han ido perdiendo desde los inicios del arte de curar en cuanto a este valor se refiere.

⁹⁵² En este sentido es importante, por extensa y fundamentada, STS de 3 de octubre –Sala de lo penal- de 1977 que declara no haber lugar al recurso presentado contra la sentencia de la Audiencia que absolvió a los tres procesados, cirujano, anestesista y médico de guardia, en el caso del fallecimiento del paciente en el período postquirúrgico inmediato a la intervención, porque existió adecuada información, consentimiento expreso del enfermo y de sus familiares más allegados, exposición previa de la incidencias quirúrgicas y aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia de quebranto de la confianza junto a una correcta técnica operatoria y adecuada atención facultativa en el postoperatorio. Por todos véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *“Aspectos penales... Op. Cit.”*, pp. 784 y ss. El mismo autor, en *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 310. Con relación a este tipo de supuestos y en un estudio que lleva como eje toral el análisis de la imputación objetiva véase a RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *“La concreción del deber objetivo... Op. Cit.”*, pp. 7-8. En el mencionado estudio, previo análisis de las distintos motivos que pueden fundamentar la atipicidad del profesional sanitario en este contexto (interpretación teleológica restrictiva, el consentimiento del paciente, etc.), la Profesora de la Universidad de Zaragoza en el ánimo de identificar cual es la mejor postura que fundamenta la impunidad de este caso, afirma con certeza, que: «la solución más convincente es aquella conforme a la cual se entiende que las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable no existe un desvalor penal del resultado (*sic*), porque entra en juego un criterio de exclusión que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa». Así mismo, hace una crítica antagónica -que desde nuestra óptica juzgamos válida- a la STS de 26 de febrero de 2001 (RJ 1340), donde ésta indica que «la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal».

⁹⁵³ Por todos véase a MEZGER, Edmundo. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 413-414 a cuyo pensamiento se adhieren ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p.258. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 506. Esta afirmación comulga con la posición que sostenemos a cerca del consentimiento informado en la actividad sanitaria otorgado válidamente –causa de atipicidad-. Es patente que en estos casos el consentimiento desaparece en parte el objeto de protección, pues el bien jurídico comprende no sólo el substrato material (el objeto de la acción), sino también una determinada relación con el individuo o la comunidad, que es la que fundamenta su protección. Hay una serie de bienes jurídicos que se protegen únicamente porque constituyen el fundamento de un mínimo de libertad; tal sería el caso, de la propiedad privada o la integridad corporal. El menoscabo del substrato material de estos bienes jurídicos no puede constituir un injusto si está cubierto o respaldado por la voluntad del sujeto pasivo, en definitiva, si no está en contradicción, sino por el contrario coincide positivamente con su libre autodeterminación.

citada *lex artis*, derivará en un homicidio por imprudencia profesional del artículo 142.2 o, en su caso y en muy escasas ocasiones, por dolo eventual, del artículo 138 del CPE, en el que, el consentimiento del sujeto pasivo legitima en abstracto y en inicio la intervención médica, pero no impide la responsabilidad penal y por tanto la no aplicación de la eximente, por la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo. Está claro que si la actuación médica finaliza con éxito, no existe ningún tipo de responsabilidad y su valoración hay que dirigirla, en todo caso, a las lesiones, pues no existe el resultado muerte⁹⁵⁴. No obstante a lo anterior y en cuanto se respecta al papel del dolo en estos supuestos, existen reflexiones que apuntan a que, aunque la intervención haya sido correcta de acuerdo con las reglas de la *lex artis* profesional, no impide calificar el hecho como lesión dolosa (con dolo directo) del artículo 149 del CPE, en tanto que, la persona es libre de decidir más allá de lo que, llegado el caso desde el punto de vista estrictamente médico, pudiera ser conveniente o aconsejable⁹⁵⁵.

Con relación al segundo, **bien jurídico salud**, el tema es más complejo por la función, ya analizada, que el consentimiento cumple en las lesiones. Por ello, nos tenemos que centrar en las hipótesis no contempladas por el artículo 156 del Texto Punitivo realizadas con el consentimiento del paciente. Aquéllas pueden producirse como intervenciones curativas médicamente indicadas y como no curativas y, a su vez, bajo los postulados de la *lex artis* o sin ellos. Como ya hemos sostenido en otros pasajes del presente trabajo -en atención al consentimiento- las actuaciones enmarcadas en la primera de las hipótesis es la de su atipicidad, en atención al bien jurídico protegido y su nula incidencia en él; parecido sucede con las no terapéuticas, aunque en éstas procede matizar que, para algunos autores, es posible realizar el tipo de lesiones y aplicar la

⁹⁵⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Aspectos penales... *Op. Cit.*, p. 785.

⁹⁵⁵ Véase a BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. “El dolo en la actividad sanitaria con resultado de lesiones o muerte”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, p. 125

causa justificativa en estudio⁹⁵⁶ y, para otros, entre los que nos incluimos como antes opinamos, también se está en una situación de atipicidad⁹⁵⁷. Cuando el facultativo obra, en estos casos, no conforme a la *lex artis* habrá que ir a los respectivos delitos de lesiones imprudentes o dolosos eventuales, en concordancia con lo que se dispone para las formas de homicidio.

En las segundas, intervenciones médicas sin consentimiento del paciente, la respuesta en atención al ejercicio legítimo de un oficio o profesión se hace más sencilla, aunque algunos autores las llevan a posibilidades de admisión de de la eximente. Por ejemplo MIR PUIG⁹⁵⁸ propugna dos alternativas: a) Admitir la justificación de las lesiones producidas por las intervenciones correctas –técnicamente- pero fracasadas, en virtud de la eximente 7ª del artículo 20 por ejercicio de oficio o cargo, o de alguna otra causa de dicho artículo, como el estado de necesidad -20.5 CPE-, pero estimar la presencia de un delito de coacciones; b) Rechazar la justificación de las lesiones producidas, **salvo en algunos casos de urgencia y gravedad para el estado de necesidad**, y entender que el artículo 20.7 solo ampara el ejercicio legítimo del oficio o cargo y sin consentimiento del paciente el médico no puede ejercer legítimamente el oficio o profesión.

Para MORILLAS CUEVA, en línea matizada con la última de las apreciaciones, sugiere la escisión igualmente en dos supuestos pero desde distinto contenido: una, intervenciones con resultado negativo motivado por tratamiento técnicamente incorrecto en las que de nuevo hay que repetir las conclusiones elaboradas para semejantes hipótesis con anterioridad, la única diferencia era la presencia de consentimiento para realizar el acto médico. Se produce, por tanto e inicialmente, una actuación imprudente o doloso eventual

⁹⁵⁶ En esta línea: ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho... Op. Cit.*, pp. 275-276. JORGE BARREIRO, Agustín. *La relevancia... Op. Cit.*, p. 12. CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 334.

⁹⁵⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento... Op. Cit.*, p. 301. En este sentido Claus Roxin afirma que lo mismo ha de regir en intervenciones con fines curativos como en aquellas que no persiguen dichos fines –la atipicidad de la conducta-, desde el momento en que en estas últimas el resultado final de un intervención de estas características puede ser tan provechosa para el bienestar físico y psíquico como una intervención curativa propiamente dicha. *Vid.*, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 524.

⁹⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 496.

del delito producido, homicidio o lesiones. Pero la cuestión, entendemos, no puede quedar exclusivamente en ese punto donde con frecuencia lo deja la doctrina y la jurisprudencia. Existen entre ambas situaciones una evidente desigualdad en los comportamientos que ha de romper la proclamada uniformidad: en uno se actúa con consentimiento, en el otro sin él. El resultado lesivo o letal imprudente o doloso eventual conlleva una específica conculcación del bien jurídico respectivo, vida o salud; pero ello no evita el también quebrantamiento de la libertad de autodeterminación del paciente, lo que puede conducir a un concurso ideal de delitos entre el homicidio o las lesiones y el atentado a la libertad –coacciones, 172 CPE-.

Otra, con tratamiento técnicamente correcto, en la que tampoco cabe justificarla en el ejercicio legítimo de un oficio o profesión ya que falta el consentimiento del paciente y que derivará, para unos, en un delito de lesiones, para otros, en un delito contra la libertad. Esta última precisión, con todas las dificultades que presenta, nos figura como la más apropiada a la legislación punitiva española porque difícilmente –al menos en principio- es factible hablar de lesiones cuando la actividad médica se ha desarrollado conforme a las reglas de la *lex artis*, aunque sin tener el consentimiento del paciente; a pesar de que, como hemos apuntado en líneas previas, de *lege ferenda*, sea, posiblemente lo más correcto, la creación, en este sentido, de un tipo específico, dentro de los delitos contra la libertad, a manera de como lo contemplan los Códigos penales de Austria y de Portugal⁹⁵⁹ y, en los términos que hemos apuntado dentro del epígrafe sobre el consentimiento presunto y la toma de posición al respecto.

****Excurso: El alcance de la posición de garante del galeno en el ejercicio de su profesión***

Es importante que, previo a inmiscuirnos en el análisis de algunas situaciones problemáticas presentadas día a día en el ambiente sanitario y emitir un juicio al respecto, expongamos algunas ideas que son dignas de tenerse en cuenta en el desarrollo del tratamiento médico- curativo.

⁹⁵⁹ Por todos, véase a ESER, Albin. “Problemas de justificación...Op. Cit., p. 15.

Es un hecho constatado, que hoy en día –al menos en la realidad práctica- no exista punto de comparación que pueda situar al profesional sanitario con la imagen de “cuasi deidad” –basado, principalmente en la confianza y credibilidad a su labor- que poseía en los inicios de la Medicina o incluso, hace cincuenta años. Y aunque existan diversos motivos a los que podamos atribuir esta mutación –de los cuales no entraremos a discutir en este momento expositivo-, **el deterioro de la relación entre éste y su paciente**, ocupa el cenit de cualquier otro que se trate de argumentar. Pero ciertamente **la realidad**, ante este panorama **no es tan desoladora como aparenta**, al menos, no es así para el médico en particular y para el gremio sanitario en general⁹⁶⁰, y, específicamente ahí, cuando con una intención de atribuirles responsabilidad, se le exigen respuestas, garantías o al menos palabras -con un tinte de consolación para el dolido- que justifiquen los hechos consecuencia de su proceder o, como veremos con algunos ejemplos, con cuestiones que escapan del alcance de sus manos.

Desconocer la validez de estas premisas y valorarlas en sentido contrario conduciría al camino de caer en un error de graves secuelas para la ya de por sí deteriorada relación entre el profesional sanitario y el usuario de los servicios de salud⁹⁶¹. Nos referimos pues a la **idea de atribuir al galeno la suerte de función tutelar genérica o de gendarme de la vida de las personas** en general que en absoluto le es propia. De igual forma que el profesional no puede responder por los supuestos en los que tiene conocimiento de que un enfermo grave no acude a la consulta, tampoco puede obligársele al seguimiento de un paciente que, consciente de su gravedad, decida marcharse del hospital. La pretensión contraria no sólo escaparía a los

⁹⁶⁰ **También** -como por ejemplo, veremos en algunos casos de eutanasia, entre otros- podría serlo **para el paciente** que en no pocas ocasiones se ve limitado, incluso coaccionado ante los deseos de hacer lo que le plazca con su propia vida.

⁹⁶¹ Deterioro que a su vez tiene repercusiones en el propio sistema sanitario y por supuesto en el Derecho Penal; teniendo en cuenta que después que se ha producido un altercado entre médico y paciente por una supuesta negligencia, impericia o imprudencia de aquél, el enfermo –y los desinformados abogados- optan por la vía penal para someter a consideración su realidad. Cuestión que sin duda, dirige al incierto –al menos en sus magnitudes de crecimiento- y **peligroso expansionismo del Derecho Punitivo**, sin decir más, de la gravedad que significa judicializar la práctica médica.

esquemas más básicos del sentido común, sino a lo que puede considerarse razonable o exigible en términos penales⁹⁶².

Estos son los únicos casos en los que podría entenderse cancelada la posición de garantía del médico. En el resto, la determinación de su responsabilidad como comitente omisivo requerirá responder previamente a dos cuestiones. La primera, la de los límites asistenciales a los que se entiende la posición de garantía; esto es, su ámbito o extensión. La segunda, la de determinar los presupuestos de la relevancia penal de la omisión como presupuesto del juicio de atribución normativa.

Conforme a los criterios anteriores, en los casos en lo que previamente se haya fundamentado la existencia de la posición de garantía del médico se plantea la cuestión en torno a los límites hasta los que se extiende. La respuesta debe tener presente que el objeto del compromiso que el médico asume no es la hipotética salvaguarda genérica de la vida y salud del paciente, sino que se refiere por definición a una dolencia concreta respecto a la que asume una **obligación de medios**⁹⁶³: intentar la curación o mejora de dicho padecimiento. Este aspecto a su vez acota la extensión de su deber, en cuanto que, en la medida en que se compromete a realizar una actividad curativa debe poner todos los medios necesarios a su alcance para garantizar, si no un resultado, sí la corrección del tratamiento y la paliación, en la medida de lo posible, del sufrimiento que al paciente ocasiona la dolencia por la que acudió en busca de ayuda sanitaria⁹⁶⁴.

De lo precedente derivan varias consecuencias prácticas. La primera, referida a que el facultativo no está obligado a realizar aquellas intervenciones que, pese a ser solicitadas por el paciente, no respondan a una finalidad

⁹⁶² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 480.

⁹⁶³ Sobre la naturaleza de la obligación, entre otros, véase a YUNGANO/LÓPEZ BOLADO/POGGI/ BRUNO, *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires, 1986, si bien, por la peculiaridades de la actividad, proponen denominarla "contrato de asistencia médica, pp. 94 ss., 107 ss. En la doctrina italiana, PRINCIGALLI, Ana María. *La responsabilidad del médico*. Napoli, 1983, pp. 37 y ss., con especial referencia a los supuestos de cirugía estética, pp. 41 y ss. véase también CRESPI, Alberto. *La responsabilidad pénale nel trattamento médico-chirurgico con esito infausto*. Palermo, 1955, pp. 11 y ss.

⁹⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 480.

curativa⁹⁶⁵, o no estén indicadas conforme a las reglas de la *lex artis*⁹⁶⁶ o simplemente escapen –fehacientemente- de sus posibilidades⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ En este rubro, merece la pena hacer una pausa en un supuesto cada vez más común en nuestra sociedad contemporánea y que envuelve, aunque en primera instancia no parezca, al profesional sanitario. Nos referimos pues a los **casos de dopaje** dentro de la actividad deportiva y específicamente a lo dispuesto por el tipo del 361 *bis* del CPE. Este precepto hace referencia a la conducta típica que se concreta en caso de que, sin justificación terapéutica, se prescriba, proporcione, dispense, suministre, administre, ofrezca o faciliten sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar las capacidades físicas –de los deportistas- o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido pongan en peligro la vida o la salud de los mismo. Así pues en estos casos y analizando lo dispuesto por el tipo penal, encontramos que difícilmente el profesional sanitario –en particular los que cuenten con licencia deportiva o habilitación equivalente- podría verse inmiscuido en un problema de responsabilidad y demandársele el deber de garante ante una situación que suponga actualizar algunos de los supuestos del tipo que estudiamos. Por un lado, porque es evidente que a pesar de estar solicitado por el paciente –el deportista-, el dopaje no cumple una finalidad curativa –salvo aisladas excepciones terapéuticas, en donde al mismo tiempo mencionamos que la aludida excepción sería la única premisa porque la conducta del galeno se pudiera encontrar justificada por el 20.7 del CPE- y por otro, tampoco es una conducta que se apegue a las reglas de la *lex artis ad hoc*. (Sin abundar en lo que ética, administrativamente, incluso para la salud pública y la propia del deportista puede ser reprochable el mencionado *ítem*). Con mayor amplitud y especialidad en el tema, véase el estudio de SUÁREZ LÓPEZ, José María. “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 355-375.

⁹⁶⁶ Esta interpretación es deducible del artículo 11 de la Ley General de Sanidad cuando consagra entre las obligaciones del paciente la de responsabilizarse por el uso adecuado de las prestaciones sanitarias.

⁹⁶⁷ De aquí que el término facultativo como sinónimo utilizado para nombrar al médico, en su acepción gramatical encierra el hecho de “estar facultado” **para realizar ciertas funciones** –de ahí que incluso, la Medicina haya optado, en *pro* de delimitar competencias para servir mejor, las distintas especialidades médicas- y no para aquellas que escapen a las posibilidades reales del caso concreto. **Quien piense lo opuesto** tenemos que decir que podría plantearse la posibilidad de optar por denominar “magos de la Ciencia Médica” a quienes la **ejercen legalmente** –matizamos el termino legalmente, por la polémica que genera el hecho de aquellos que practican el “santerismo” o actividades afines, que indudablemente son un lastre para la profesión sanitaria, incluso, podemos calificarlas como practicas constitutivas de delitos- en vez de utilizar el término, médico, doctor, facultativo, galeno, profesional sanitario u **otro que no atribuya un poder especial o sobrenatural**. En este orden de ideas es oportuno mencionar que el facultativo que no cuente con la capacitación para actuar y a pesar de ello intervenga como si detentara conocimientos en el arte médico, puede verse inmiscuido en el delito de intrusismo. En un análisis de esta figura delictiva en el marco de la actividad sanitaria véase a MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “El médico como sujeto pasivo del delito”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 57-62.

Es lo que sucede, por ejemplo, en casos como el de la embarazada que solicite al médico que le practique una cesárea pese a no presentar dificultades para un parto natural, o en aquel otro en el que el paciente solicite al dentista que le extraiga toda la dentadura por estar convencido de que así le desaparecerán los dolores de cabeza⁹⁶⁸.

Secundaria consecuencia que se desprende de la afirmación anterior es que, por ejemplo, el especialista que ha asumido el tratamiento del paciente de una afección concreta responde de las omisiones relativas a la misma, no así respecto a otras posibles patologías ajenas a aquélla que en el curso del tratamiento pudieran aparecer o descubrirse⁹⁶⁹.

Baste pensar en el especialista de aparato digestivo que ni trata ni advierte al paciente, por ejemplo, de un posible tumor de pulmón que pudiera padecer. Lo contrario supondría convertir al médico en garante, no ya por razón de lo que asume, sino de la genérica protección de un bien jurídico, lo que por definición es ajeno a la actividad médica.

En tercer lugar, en tanto que entendemos que el compromiso del médico se extiende al correcto tratamiento de la dolencia en cuestión, dicha posición de garantía no puede ceñirse sólo a los actos que a él corresponda realizar de forma inmediata y personal, sino también a los que de forma indirecta forman parte del tratamiento que prescribe. Este último aspecto cobra suma importancia a la hora de delimitar la responsabilidad de un facultativo respecto a la actuación de otros miembros de su equipo⁹⁷⁰. Según entendemos, y

⁹⁶⁸ Cuestión diferente es, lógicamente, que en estos supuestos también pese sobre el médico la obligación de manifestar la verdad al paciente –que va unida con la obligación de brindar una información para la autodeterminación-. Así, por ejemplo, en el caso de la embarazada, deberá informarle que no le va a practicar la cesárea y no mantenerla engañada hasta el momento del parto. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 481.

⁹⁶⁹ Siempre y cuando –por ejemplo- no hablemos del supuesto en que en tras una neumonectomía –extracción de un pulmón- el galeno haya omitido mencionar “prescripciones claves” –información terapéutica- respecto a los cuidados postoperatorios que éste debiera observar. Tal es el caso de que requería un tubo nasogástrico, que se introduce a través de la nariz y dentro del estómago para extraer las secreciones estomacales para paliar sus dolores en ésta parte del cuerpo.

⁹⁷⁰ Al respecto y por todos, véase a GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, pp. 398 y ss.

comulgamos con la opinión de GÓMEZ RIVERO; en tanto que el compromiso del médico se extiende a garantizar al paciente un tratamiento adecuado de la dolencia en cuestión, no puede exonerarse incondicionalmente de la suerte que pueda correr el mismo al entrar en contacto con la actuación de otros profesionales a los que, por razones de división del trabajo, bien le remite, bien realizan tareas delegadas de aquél⁹⁷¹.

En último término, tal vez no esté de más aducir en que, en tanto que el compromiso de actuar del médico se refiere no sólo a curar o sanar la dolencia que se le ha confiado sino que se extiende también a paliar los sufrimientos del paciente derivados de la misma, su responsabilidad como comitente omisivo puede surgir no sólo en los casos en los que omite la terapia curativa indicada sino también en aquellos otros en los que –con ciertas puntualidades, por no decir limitaciones- no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento⁹⁷². Es, en definitiva, una omisión que abre el capítulo de la eventual responsabilidad del médico por el dolor que no evita que sufra el paciente.

A la hora de delimitar la posible responsabilidad del médico en tales casos es conveniente hacer varias observaciones. La primera de ellas se orienta a depurar los casos en los que pueda decirse que concurre el presupuesto mínimo común para apreciar tanto un delito como una falta de lesiones; a saber, que la lesión requiera objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa. Creemos que, en el ámbito que ahora se trata, el mismo habrá de identificarse justamente con el acto paliativo del dolor que el médico omite, ya que es precisamente el hecho de no proporcionar el medicamento lo que hace que persista aquél, lo que a su vez demanda realizar una asistencia médica que precisamente consiste en practicar el tratamiento

⁹⁷¹ *Ídem*.

⁹⁷² En este sentido, Claus Roxin, quien apunta incluso a la posibilidad de apreciar un delito de omisión del deber de socorro en los casos en que no concorra la posición de garante. ROXIN, Claus. "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia". En, *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal*. Granada, 2001, p. 6. Traducción del título original por Miguel Olmedo Cardenete.

que el médico omitió. Una segunda reflexión se refiere al apunte de que esa primera lesión representada por el mantenimiento del dolor puede a su vez dar lugar a una responsabilidad adicional. Baste pensar en los casos, sin duda extremos, pero posibles, en los que a consecuencia de un dolor agudo se produzca un resultado adjunto, como puede ser que el paciente entre en estado de coma.

Por lo demás, para la articulación dogmática de la responsabilidad por dicho resultado habría de atenderse, conforme a las reglas generales, a si la no eliminación del dolor fue dolosa o imprudente. En el primer caso la responsabilidad por el resultado más grave habría de discurrir conforme a las reglas de la preterintencionalidad -suponiendo, claro está, que el resultado ulterior fuese imprudente-; en el segundo caso habría de apreciarse un concurso entre las distintas lesiones imprudentes. Por último, casi ni que decir tiene que la responsabilidad del médico por no mitigar el dolor puede entrar en concurso real de delitos⁹⁷³ con otro resultado cuando éste no provenga de aquella omisión sino de una actuación independiente. Sirva de muestra el caso en el que verbigracia, durante la amputación de una pierna o una extracción de terceros molares se interviene al paciente sin anestesia y adicionalmente en el curso de la operación le aqueja un paro cardiaco por la intensidad del dolor que le provoca lesiones irreversibles si no padecía de problemas de corazón o incluso la muerte si ya tenía antecedentes⁹⁷⁴.

⁹⁷³ Sobre la cuestión referente a los concursos de delito (y naturalmente de falta) en España, especialmente el real y el ideal, por todos véase a SUÁREZ LÓPEZ, José María. En, *El concurso real de delitos*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2001, el que, además de un análisis abierto con notable marca ideológico-jurídica, y sustentado «en la línea marcada por MORILLAS CUEVA (p. 148), sugiere un texto modificador de las reglas vigentes contenidas en los arts. 73 a 78 del CPE. También, en un estudio especializado del concurso de normas penales y, especialmente en un análisis a la luz del Código Penal español vigente, véase a CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada, 2000, pp. 185-192.

⁹⁷⁴ Hasta aquí los criterios que delimitan el contenido y alcance de la obligación de garantía del médico. Junto a ella, queda abierta, lógicamente, la posibilidad de fundamentar la posición de garante de otros sujetos, tal es el caso de los padres, cuestión que no obstante limitaremos para un posterior estudio.

4.2. La manifestación negativa del paciente para someterse al tratamiento: Causa de peligro para el bien jurídico salud o integridad física

En distintos momentos expositivos de la presente investigación hemos constatado, como línea de principio, **salvo lo establecido en alguna disposición puntual relativa a especiales situaciones de sujeción⁹⁷⁵ o de riesgo para terceros⁹⁷⁶**, es un **derecho básico del paciente el poder decidir**

⁹⁷⁵ Así, por ejemplo, dispone el artículo 140 del Reglamento Penitenciario: 1. Los internos ingresados en el Establecimiento serán examinados por el médico con el fin de conocer su estado físico y mental; descubrir la posible existencia de enfermedades; adoptando en su caso las medidas necesarias, proponer el aislamiento de los sospechosos de enfermedades infecto contagiosas y de perturbaciones mentales y observar las peculiaridades físicas y mentales de cada interno a efectos de clasificación; 2. De este reconocimiento se dejará constancia en la historia clínica del interno y en el libro de reconocimiento de ingresos, haciendo expresa constancia de cuantos antecedentes clínicos refiera aquél y el origen de los mismos. Señala el artículo 210 del Reglamento Penitenciario: 1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando existe peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la autoridad judicial; 2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un riesgo evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial; 3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un centro hospitalario y no se encuentre con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la autoridad judicial competente la autorización de ingreso de detenidos, presos o penados en un centro hospitalario, salvo en casos de urgencia en que la comunicación a dicha autoridad se hará posteriormente de forma inmediata.

⁹⁷⁶ Así, el precepto jurídico 9.3 de la Ley 41/2002 dispone que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones médicas indispensables en favor de la salud del paciente cuando, entre otras razones, exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Por su parte, la LO 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública establece en su art. 1: Al objeto de proteger la salud y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Artículo 2: Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Artículo 3: Con el fin de controlar enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Véanse también los artículos 8.2, 9,10, 11, 12.3 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 abril 1977),

en condiciones de libertad si desea someterse a la terapia que necesita y, en su caso, hasta dónde quiere llegar con la misma. Entre otros, en la doctrina española TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁹⁷⁷, el derecho del paciente a rechazar el tratamiento tiene el carácter de **Derecho Fundamental**, en cuanto integra el contenido esencial del derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Ley Fundamental⁹⁷⁸, sin perjuicio de que otros derechos o valores constitucionales (tales como la libertad del art. 1.1, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, en su caso la libertad religiosa) puedan servir de ulterior apoyo al reconocimiento de la libertad del paciente.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta, que este postulado indiscutible no es más que el reverso de la afirmación en torno a que el presupuesto de la legitimidad de cualquier intervención médica es el presupuesto sinérgico del binomio consentimiento-informado del enfermo. Así, de la misma forma que parecería disparatado que el médico obligase a pasar por su consulta a quien sospecha que tiene problemas de salud, resultaría inadmisibles que obligase a someterse a tratamiento a quien, por miedo o por cualquier otro tipo de razones, se negase al mismo. Esto sería un absurdo que pensamos que nadie

que posibilitan la injerencia de la autoridad pública, en tanto estén previstas las medidas en la Ley y constituyan el medio necesario para la protección de la salud o los derechos y libertades de los demás. En la doctrina véase NEUMAN, Elías. "El VIH en la prisión y confidencialidad médica". En, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Salamanca, 2001, pp. 391 y ss.

⁹⁷⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación al suicidio... Op. Cit.*, pp. 36 y ss.

⁹⁷⁸ Los derechos consagrados en el artículo 15 de la CE han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a injerencias evidentes, sino también frente a los riesgos que pueden surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada, de modo que para apreciar la vulneración de dicho precepto constitucional no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse. Por tanto el derecho a la integridad física puede verse no solo lesionado por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos. S 62/2007 de 27 de marzo. El derecho a la integridad física y moral constituye un derecho *erga omnes*, que puede ser vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares. S 74/2007, de 16 de abril. Véase al respecto HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBAÑEZ, José Luis. *Constitución española. Con la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tratados Internacionales suscritos por España. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 5ª ed. Madrid, 2010, p. 76.

estaría dispuesto a discutir. Por eso, al menos como regla general, dispone el apartado 4 del artículo 2 de la Ley 41/2002 que, **todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento**⁹⁷⁹.

Empero, pese a que se trata de una premisa que como línea de principio apenas necesita de mayor fundamento, su validez o, al menos su vigencia sin matices, suele ponerse en tela de juicio cuando entran en juego determinadas circunstancias que pudieran fundamentar un interés superior; en concreto, por lo que ahora nos interesa, **cuando el respeto de la voluntad del enfermo que se niega al tratamiento determina la puesta en peligro de su vida o salud.**

Dada la pluralidad de riesgos que puede conllevar la falta de intervención, resulta conveniente distinguir a efectos expositivos y de delimitación de la investigación, dos grupos distintos de casos, en cuanto que su diferente estructura morfológica tiene que estar necesariamente presente en la forma de encarar su solución. Los **primeros** serían aquellos en los que el paciente se niega a un tratamiento cuya omisión o rechazo, si bien puede producirle a corto plazo un empeoramiento de su estado de salud, no tiene por qué causarle necesariamente la muerte; los **segundos** son los supuestos en los que la renuncia a la terapia supone un inminente peligro para la vida del enfermo. Con esta distinción, en definitiva, se trata de abordar de forma separada las situaciones en las que el bien jurídico afectado de forma inmediata sea la salud o integridad física, de un lado, y la vida, de otro. En el epígrafe siguiente, nos dedicaremos a tratar con cierto detalle a cada uno de ellos por separado.

⁹⁷⁹ Al tenor de esta afirmación y brindando un avance en el planteamiento de las situaciones problemáticas que se presentan cuando se ven colisionados derechos y deberes en el ambiente sanitario, nos encontramos con la opinión de Jesús María Silva Sánchez quien al pronunciarse sobre las relaciones de sujeción entre la administración sanitaria y los presos, defiende enérgicamente la no intervención contra la voluntad del enfermo de SIDA (aun existiendo la posibilidad de peligro para salud pública –exigiendo que haya indicios evidentes-) pues conculcaría el Derecho Fundamental a la intimidad del preso. *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”. En, *Problemas jurídico-penales del SIDA*. Barcelona, 1993, p. 104.

4.2.1. Negación del enfermo: Causa de peligro para su salud, sin producirse la muerte

Si bien es verdad que toda lesión o menoscabo de la integridad física conlleva la posibilidad más o menos remota de que el curso causal de la enfermedad termine poniendo en peligro la vida, se tratan en este apartado los supuestos en que **dicho riesgo de muerte no es actual ni inminente**, de tal modo que la eventual negativa del enfermo a la terapia que precisa sólo compromete su estado de salud. Aquí se incluyen casos, por ejemplo, como el del paciente que se niega a ser intervenido de un quiste, el que se opone a que le extraigan piedras de la vesícula, o incluso a que se le realice un trasplante de riñón cuando prefiere seguir sometido a las posibilidades más limitadas que le ofrecen los tratamientos alternativos. También en este apartado debe incluirse el ya reiterado conocido supuesto de negativa del paciente a una transfusión sanguínea por motivos religiosos cuando, dada la fase de la enfermedad, aun no existe peligro para su vida. Lo mismo habría que decir respecto a los casos de huelga de hambre cuando el huelguista aún no ha entrado en fase terminal.

Ante todo, cualquier intento de ofrecer una línea de solución para esos supuestos en los que la negativa del paciente al tratamiento incide en su salud, requiere hacer una matización *ex ante* que contribuya a delimitar y a ubicar su problemática desde la óptica jurídico-penal. Así obliga a hacerlo el hecho de que el rechazo del tratamiento pueda enfocarse desde la lógica estructural de dos construcciones dogmáticas que, respectivamente, responden a principios diferentes. En efecto, es posible, en primer lugar, plantear la renuncia del paciente en términos de la efectiva lesión del bien jurídico salud. Desde esta óptica, como afirma GÓMEZ RIVERO, el único elemento al que habría de condicionarse la viabilidad de tal renuncia es al predicado en torno a la disponibilidad de dicho bien jurídico representado por la salud e integridad física, algo cuyo reconocimiento en absoluto se plantea como dudoso. Esta la lógica argumentativa habrá de estar tras los casos en que la negativa del paciente a la terapia que precisa se traduzca necesariamente en una lesión a

su salud o integridad física⁹⁸⁰. Baste pensar en los casos en que se le afirma al enfermo que si no se somete a la intervención se producirán de forma inminente y segura complicaciones adicionales que agravarán su estado de salud.

No es esto, sin embargo, lo que sucede en todos, ni siquiera en la mayoría de los casos en que el paciente opta por renunciar al tratamiento. Al contrario, el cúmulo de circunstancias y de imponderables que rodean a todo lo relacionado con la salud y el proceso curativo hace que sea posible identificar un buen número de supuestos en los que las consecuencias de la falta de intervención o terapia prescrita se limitan a representar un riesgo de empeoramiento de su salud; esto es, los casos cuya nota de identidad es que cuando el enfermo se niega a ser intervenido no asume de forma directa la producción de una lesión, sino el **riesgo** de que la misma se produzca. Desde la fenomenología propia de estos casos, su aproximación penal no puede afrontarse desde la lógica propia de la disponibilidad del bien jurídico, sino desde los esquemas teóricos de las **auto-puestas en peligro**⁹⁸¹. Como es sabido, el diseño dogmático de este expediente se orienta a dejar al margen de la intervención penal los supuestos en los que la situación de riesgo es asumida de forma voluntaria y responsable por quien se somete a la misma, de tal modo que los resultados que eventualmente pudieran derivarse de ella habrían de atribuirse de forma exclusiva al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando ésta es mayor de edad y se encuentra en plenas condiciones de disponer.

La aplicación de dicha figura al ámbito que ahora interesa determina que cuando el enfermo, tras haber sido informado de manera clara y precisa de los riesgos que conlleva su renuncia al tratamiento persista en la negativa al mismo, será él el único responsable de las consecuencias lesivas que puedan producirse; por decirlo en otras palabras, en tales supuestos estará actuando a riesgo propio sin que, por tanto, pueda dirigir pretensión resarcitoria alguna

⁹⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 203.

⁹⁸¹ En relación a la fenomenología de casos que se aquí se exponen véase a TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La víctima en Derecho Penal*. Pamplona, 1998, pp. 132 y ss.

contra el médico que le informó oportunamente de los riesgos de su actitud⁹⁸². Situación que, en caso de un resultado negativo en el caso en concreto y el enfermo desee denunciar al profesional sanitario, este, si existe algo que se le pueda imputar –a lo que creemos difícil al menos en la teoría, teniendo en cuenta que los vicios del sistema en la práctica suelen hacer posible cualquier cosa- podría verse amparado por la eximente del 20.7 en cuanto hace al ejercicio legítimo de su profesión.

Como señala STERNBERG-LIEBEN en la doctrina alemana⁹⁸³, suponer lo contrario significaría negar al individuo un espacio mínimo de libertad, tal como reclama el derecho básico al libre desarrollo de la personalidad, traducido ahora en la posibilidad de decidir la procedencia misma del tratamiento⁹⁸⁴ y,

⁹⁸² En la doctrina española parte de un planteamiento distinto TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid, 1999, pp. 340 y ss. Para esta autora el respeto a la voluntad del enfermo debe fundamentarse, no en términos del reconocimiento de un espacio de libertad, sino como expresión del derecho a la integridad física reconocido constitucionalmente. Esta línea de solución, entiende, es la única que permite trazar un criterio que lleve a soluciones distintas en los casos de suicidio asistido, porque la misma obliga al Estado a reconocer la validez de una negativa libremente formulada a soportar un tratamiento médico, pero no le impone tener que tolerar acciones que consistan en introducir en el cuerpo de una persona -a solicitud de ésta- agentes externos que ocasionen su muerte, p. 343. No obstante, pese a no desconocer las ventajas del razonamiento, María del Carmen Gómez Rivero entiende que el mismo supone reconducir a la postre el problema a los límites de la contemplación relativa de dicho derecho a la integridad física con el alcance que se conceda al reconocimiento constitucional del derecho a la vida. De hecho, cuando Tomás-Valiente parece hacer frente implícitamente a este argumento realiza una afirmación que no convence a Gómez Rivero: «pretender justificar la vulneración de tal derecho (la integridad física) con el argumento de que la misma es necesaria para preservar la vida del sujeto no es, a mi juicio, admisible: el puro paternalismo fuerte, ausente todo daño o riesgo para terceros, no puede considerarse una justificación suficiente de la vulneración de un Derecho Fundamental». Continúa matizando que «no le parece que esta argumentación sólo sería decisiva si el reconocimiento del derecho a la preservación de la vida pudiera justificarse exclusivamente desde actitudes paternalistas, algo que, sin embargo, como la Tomás-Valiente reconoce, no tiene por qué ser así: Esos mismos argumentos no paternalistas que maneja en relación con otros supuestos que no son los de rechazo al tratamiento, podrían justificar también la prevalencia del derecho a la vida en el caso que ahora interesa». GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.* p. 204, nota 310.

⁹⁸³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Die objective... Op. Cit.*, pp. 248 y ss.

⁹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ª ed., revisada y puesta al día. Valencia, 2009, pp. 69 y ss. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *“El consentimiento... Op. Cit.*, p. 154; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y voluntad*. Valencia, 1993, pp. 249 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *“Prolongación... Op. Cit.*, p. 723; En relación con la específica problemática del Sida, ROMEO CASABONA, Carlos María. “El paciente de Sida y la afectación de su libertad de someterse a tratamiento y a su confidencialidad”. En, *JANO*, nº1024, 1993, p.

con ello, el derecho a ponderar de forma libre y responsable si se somete a una situación de riesgo, bien sea por renunciar totalmente a cualquier terapia, bien por preferir otras alternativas de menor eficacia. Ante esto resulta de interés lo sostenido por MUÑOZ CONDE cuando afirma que el problema ni siquiera debería plantearse⁹⁸⁵.

En síntesis, tenemos que, **debe reconocerse pleno ámbito de juego a la decisión libre del enfermo tanto para decidir renunciar a la protección de su salud**, ya sea por la vía de la disposición del bien jurídico en los casos en que con seguridad se produzca una consecuencia lesiva, ya sea para asumir el riesgo en los casos, la mayoría, en los que aquélla se presenta como de incierta producción. Llegados a este punto, puede contestarse sin dificultad a la pregunta en torno a si **¿sería posible fundamentar la responsabilidad del médico por un delito de lesiones en comisión por omisión, en caso de que atendiera a la voluntad del enfermo contraria a la terapia, y a consecuencia de ello se produjera un empeoramiento de su estado de salud?** A estas alturas de la investigación no cabe más que decir que, **la respuesta tiene que ser terminantemente negativa.**

56; el mismo, en, *“Límites de la posición... Op. Cit.*, pp. 343 y ss. TOMÁS-VADENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad... Op. Cit.*, pp. 75 y ss. Esta autora fundamenta su solución en la premisa de que la libertad de autodeterminación del paciente pasa por el respeto de lo que denomina su propio plan de vida, de tal modo, que “sólo cuando el sujeto se compone irracionalmente, es decir, en contra de lo que él mismo reconoce como su bienestar...cabrá imponer (cumplido el requisito de la proporcionalidad...) una medida paternalista, (p. 69). De ahí deduce que la decisión del Testigo de Jehová que se niega al tratamiento debe valorarse como racional, puesto que con ella el sujeto satisface los bienes por él más altamente valorados (p. 75).

⁹⁸⁵ «Cuando la negativa a la transfusión provenga del paciente, adulto y en pleno uso de sus facultades mentales, pues en este caso se trata simplemente de un ejercicio legítimo del derecho a disponer sobre su propio cuerpo a través del consentimiento como presupuesto de cualquier tipo de intervención médica; por eso me parece especialmente desafortunada la *praxis* que se lleva a cabo en algunos hospitales españoles todavía de recabar la autorización del Juez de guardia para la transfusión, cuando el médico considera que es necesaria y urgente para la salvación del paciente y éste se niega a admitirla. Especialmente preocupante es esta actitud porque además de conculcar el Derecho Fundamental a la libertad de conciencia puede conculcar también el derecho del paciente a elegir la forma de tratamiento que le parezca más conveniente». MUÑOZ CONDE, Francisco. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona, 1997, pp. 88 y ss. En un estudio amplio sobre las garantías del paciente frente al sistema sanitario español véase a ESCOBAR ROCA, Guillermo. “Los Derechos Fundamentales sociales y la protección a la salud”. En, *Revista de Derecho Político*. Número 71-72, 2008, pp. 111-148.

Es prudente acentuar, que la opción contraria, esto es, la de desconocer la voluntad del enfermo y, con ella, fundamentar el deber de obrar, del médico, únicamente, como hace alusión TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁹⁸⁶, podría echar sus raíces en una comprensión estandarizada u objetiva de lo que haya de entenderse por bienestar, esto es, en una comprensión desligada por completo de los deseos e intereses del paciente. Ello supondría adoptar un punto de partida que, al desatender la voluntad real del enfermo, sólo podría conducir a su cosificación, esto es, a su denigración a un mero objeto de tratamiento, lo que se correspondería con una trasnochada actitud paternalista del médico que en absoluto hoy día le es propia⁹⁸⁷.

Ulterior consecuencia en el orden penal y a la que ya hemos venido hecho alusión, es que, afirmado el derecho del paciente a renunciar al tratamiento, cuando el médico realice la intervención pese a la ausencia del consentimiento o incluso mediando la oposición expresa del paciente, habría de apreciarse un delito de coacciones⁹⁸⁸ o, en su caso, de detenciones ilegales⁹⁸⁹.

Inclusive, en estos casos **ni siquiera sería posible admitir un estado de necesidad que actuase justificando la conducta**. En primer término, porque en la mayoría de los supuestos en los que la negativa del enfermo se traduce en un riesgo futuro de empeoramiento de su salud, **faltaría el requisito de la inminencia del mal que está en la base conceptual misma del estado de necesidad del 20.5** que enmarca en Texto Punitivo. En segundo puesto, porque incluso en los casos en que aquella renuncia se tradujera en un empeoramiento certero del estado de salud del enfermo, a su apreciación se

⁹⁸⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad...* Op. Cit., pp. 37 y 49.

⁹⁸⁷ Ese proceder se opondría claramente, a los Derechos Constitucionales básicos a la **libertad** (artículo 1.1 CE), la **dignidad humana**, el **libre desarrollo de la personalidad** (artículo 10 CE) y a la **integridad física** (artículo 15 CE).

⁹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. Cit., pp. 70-71. Véase también la Sentencia 120/1990, y a ella se refirió la STC 166/1996, de 28 de octubre de 1996.

⁹⁸⁹ El bien jurídico protegido por el delito de detenciones ilegales (art. 163 del CPE) es el de la libertad ambulatoria. Esta no resulta menoscabada, cuando el sujeto pasivo aprueba en el contexto concreto una privación o restricción de la mencionada libertad. Y ello, porque entonces esta privación o restricción no puede interpretarse como verdadera privación o restricción de la libertad ambulatoria. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, BALDÓ LAVILA, Francisco y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Casos de la Jurisprudencia Penal...* Op. Cit., pp. 259 *in fine* y 260.

opondrían igualmente otros argumentos. En efecto, como se reconoce de forma mayoritaria en la doctrina, cuando el bien que se pretende salvar es disponible no puede considerarse lícita la acción salvadora realizada contra la voluntad del sujeto que hipotéticamente se trata de favorecer⁹⁹⁰. En el ámbito de los bienes disponibles, **el estado de necesidad sólo puede encontrar acogida cuando con él se trata de salvaguardar un bien que su titular tiene interés en preservar**, puesto que sólo cuando concurre esta premisa básica puede decirse que existe un interés digno de protección que pudiera entrar en colisión con el otro bien que finalmente se acaba lesionando. Lo contrario sólo podría sostenerse desde una concepción del individuo que pusiera exclusivamente el acento en su dimensión social, con el consiguiente desconocimiento de su capacidad decisoria para asumir de forma libre y responsable situaciones de riesgo⁹⁹¹. Todo ello sin olvidar que, de ser coherentes, el desconocimiento de este espacio de libertad llevaría consigo despojar de sentido al derecho que, según hemos tratado en el epígrafe correspondiente, se reconoce de forma unánime al paciente: el de estar informado.

⁹⁹⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 207.

⁹⁹¹ En la doctrina italiana véase Gianfranco Iadecola, quien a partir de dicha comprensión social del individuo no sólo llega a considerar lícita *per se* la conducta del médico que impone el tratamiento sin la voluntad del paciente, sino que apunta incluso al deber de actuar que gravaría al facultativo en tal caso, en IADecOLA, Gianfranco. "Il trattamento médico-chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente". En, *La Giustizia penale*, 1989-1, pp. 120 y ss. También véase al mismo autor en, "Rechazo de los cuidados y derecho a morir". En, *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, volumen 19, número 2, 2008, pp. 153-162. Relevantes y conclusivos -a nuestra consideración- para lo que se sostiene, son los argumentos del Catedrático italiano: «La proposición es demasiado unívoca para poder ser incorrecta, de modo que, corresponde a un preciso precepto deontológico el abstenerse del inicio o de la prosecución de tratamientos de salud en presencia la voluntad contraria el enfermo. No debería resultar ni siquiera objeto de algún reclamo deontológico el médico que, actuando la voluntad del paciente, interrumpa la actividad de ventilación artificial en curso, aún surgiendo, como efecto, la muerte del asistido (así como, por las noticias, parece haber sucedido en el "caso Welby"). Por otra parte, por como se ha sugerido, la disciplina deontológica atribuye –al mismo tiempo– al médico la prerrogativa de la autonomía y de la libertad profesional en el desenvolvimiento de su actividad: las cuales permanecen como su privilegio "inalienable", consintiéndole de sustraerse a posturas y prestaciones médicas contrastantes, más allá de con su convencimiento clínico, con su misma conciencia. De ello se desprende que, en virtud de tal cláusula de libertad diagnóstica-terapéutica, el médico no incurriría en ningún reclamo deontológico cuando decidiese no aceptar los "*desiderata*" del enfermo y no actuar la solicitada interrupción de la ventilación artificial en curso». *Ibidem.*, p. 161.

Si esta información es la espina dorsal del tratamiento médico, el significado que cabalmente la dota de sentido no es que el paciente **sepa** a lo que se le va a someter con o sin su voluntad. Si se le reconoce este derecho es justamente para que así tenga una posibilidad de elegir, de ponderar los riesgos y decidir, de manera libre y responsable, si decide o no asumirlos⁹⁹².

Abundando en lo que respecta el trinomio: negación del paciente al tratamiento-respeto a la libre autodeterminación y la posible responsabilidad del médico por los delitos de coacciones o amenazas; resultan de particular relevancia, sobre todo por no escapar a una realidad práctica dentro de la profesión médica, algunos supuestos expuestos por GÓMEZ RIVERO.

Así, descartado que en tales supuestos en los que se presiona al paciente o se le ocultan determinados extremos la eventual producción de un daño pueda reconducirse a su decisión responsable, el título de responsabilidad vendrá condicionado por la conjugación de dos variables: la primera, que el vicio de la voluntad obedezca a una presión externa o, por el contrario, a una maniobra de ocultación o engaño; la segunda, que el causante de esa distorsión de la voluntad sea un tercero o una persona que por definición ocupa una posición de garantía respecto al enfermo, como sucede con el médico que ha asumido su tratamiento.

El resultado que arroja la conjugación de esas dos variables llevará a afirmar la responsabilidad por un delito de lesiones en comisión por omisión - siempre, lógicamente, que se den el resto de los supuestos de equivalencia estructural- en todos los casos en que el agente dé dicha maniobra haya sido el médico que trataba al paciente, puesto que, mientras esté vigente el compromiso asistencial que motivó la demanda sanitaria, el médico ocupa una posición de garantía respecto al tratamiento de la dolencia que aquél le confió⁹⁹³. Al respecto la autora en comentario, realiza dos tipos de precisiones relativas a los casos en que se haya presionado al paciente para que rehuse la terapia. La **primera**, que cuando la intensidad de dicha presión sea tal que anule por completo la voluntad del enfermo, el médico no sólo habrá de

⁹⁹² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 208.

⁹⁹³ *Ibidem., supra.*, segunda parte, tema 1.2, relativo a la responsabilidad penal del médico en comisión por omisión, pp. 336 y ss.

responder por un delito de lesiones sino también por el correspondiente delito de coacciones o amenazas, que entraría así en relación concursal con aquél; la **segunda** aclaración se refiere a los casos en que la presión no se traduzca en la anulación de la voluntad del enfermo, sino sólo en un vicio en el proceso de su formación.

Frente a estos supuestos, en aquellos otros, sin duda más infrecuentes, en los que el vicio de la voluntad no traiga su causa de la maniobra del médico que se ha comprometido a tratar al paciente sino la de un tercero, la responsabilidad de éste por un delito de lesiones en comisión por omisión requerirá fundamentar su previa posición de garantía por injerencia, ya sea por engaño -como sucede, por ejemplo, en los casos en que se le destruye o se le impide ver el informe que ha elaborado el médico en el que constan los riesgos de la negativa-, ya sea por un acto de presión intimidatoria o incluso física. Constatada dicha posición de garantía, la responsabilidad por el resultado lesivo como comitente omisivo requerirá, lógicamente, comprobar la concurrencia del resto de los requisitos de dicha figura, especialmente la existencia de equivalencia estructural. Por lo demás, al igual que sostuvimos a propósito de la responsabilidad del médico, todo ello sin perjuicio de apreciar un concurso de delitos con las amenazas y coacciones cuando se den sus presupuestos y de aplicar, en su caso, la cláusula del art. 155 respecto a la responsabilidad por lesiones en los casos de presiones de menor intensidad.

4.2.2. Negación del paciente: Motivo de peligro para su vida

A diferencia de los casos anteriores en los que la negativa a la terapia indicada encontraba como referente inmediato una situación de riesgo para su salud o integridad física, y, con ello, sólo mediatamente un riesgo para su vida, en los que ahora interesan la gravedad de la enfermedad coloca al enfermo ante el riesgo inmediato de muerte. Se tratan en este apartado los supuestos en los que la oposición del paciente a recibir el tratamiento que necesita le coloca en una situación de riesgo inminente de pérdida de su vida. La cuestión aquí, teniendo presente el bien jurídico que está de por medio, se torna particularmente compleja. Ante esto, es nuestro cometido, ocuparnos de

analizar dichos supuestos bajo una óptica jurídico-penal objetiva que responda a la realidad contemporánea de la práctica médica.

Ante la luz de los casos que aquí vamos a estudiar, resulta de interés la **necesidad de diferenciar los motivos o razones** que pueden estar tras la **decisión del paciente** a no ser atendido por el facultativo –pese a saber el riesgo que corre su vida-. En la línea propuesta por MUÑOZ CONDE⁹⁹⁴, dos grandes grupos de casos en función de la voluntad o de los móviles que con tal negativa persiga el enfermo; en concreto, de que tenga voluntad de morir (ejemplo, suicida que se niega a ser atendido), o que, por el contrario, se limite a aceptar el riesgo de la muerte motivado por razones de índole religiosa (Testigos de Jehová) o meramente reivindicativas (huelgas de hambre).

Ab initio, es menester ubicar la magnitud del problema y matizar las **dos vertientes que adquieren protagonismo. Por un lado**, bien es cierto que desde **el punto de vista del enfermo** o, si se prefiere, desde el punto de vista de la situación de riesgo que pende sobre él, tal diferencia –señalada supra y generado de los dos grandes grupos de casos- es completamente irrelevante, puesto que el efecto sobre su vida es único: una situación de riesgo inminente de pérdida de la misma. Aquella **distinción**, sin embargo, resulta obligada desde el momento en que la cuestión se enfoca desde la circunstancia que encierra **la posible responsabilidad penal de terceros**. Desde esta perspectiva adquiere singular protagonismo la razón a que obedece la negativa del paciente. Ahora, en efecto, el dato de la existencia o no de la voluntad suicida condiciona de entrada el tipo delictivo por el que puedan responder los terceros: un suicidio, en el primer caso; un homicidio, en el segundo.

Debe advertirse, con todo, que si bien –como indicamos al inicio de este epígrafe- este punto de partida obedece a la necesidad de respetar el diferente trazo valorativo que marca el propio Código Penal entre el homicidio y las conductas de colaboración en el suicidio⁹⁹⁵, los perfiles o criterios con los que

⁹⁹⁴ Véase a MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. Cit., pp. 69-78.

⁹⁹⁵ Con mayor amplitud, y especial tratamiento crítico sobre lo que dispone la doctrina y la jurisprudencia sobre el homicidio consentido y la intervención en el suicidio ajeno, véase a OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo *et. al.* “Responsabilidad penal por la intervención en

reconducir a uno u otro tipo delictivo la distinta fenomenología de supuestos que pueden **presentarse no gozan de aceptación doctrinal unánime**. De hecho, uno de los **grandes focos de discusión gira en torno a la posibilidad de atraer hacia el espectro de aplicación de los tipos relativos al suicidio también los supuestos de renuncia a tratamientos médicos y los de huelgas de hambre**. El razonamiento que está en la base de esta afirmación como expone TÓMAS-VALIENTE LANUZA, suele vincularse a la clasificación de las formas de dolo que tradicionalmente se admiten en la dogmática penal. Así, es usual afirmar que en los casos en los que el paciente rechaza el tratamiento alentado por sus convicciones personales -ya sean políticas, religiosas o de cualquier otra índole- es posible descubrir un paralelismo innegable con la expresión de una actitud de aceptación, o cuanto menos de indiferencia, que permite reconducir la negativa al tratamiento a una forma de dolo directo de segundo grado y, en su caso, a la actitud propia del dolo eventual⁹⁹⁶.

Sin negar las que hay de cierto en ese paralelismo, y proporcionando nuestro voto doctrinal al pensamiento de GÓMEZ RIVERO⁹⁹⁷, que a su vez es partidaria de la línea sostenida por MUÑOZ CONDE, creemos que los casos en los que el sujeto no tiene voluntad directa de morir deben reconducirse a la tipología delictiva del homicidio. El razonamiento que aquí se reprende sólo sería correcto si lo que tratara de calibrarse en el plano normativo fuese una voluntad delictiva; es decir, si se partiera de que el suicidio es punible para el suicida y, a partir de ahí, se tratase de completar el tipo subjetivo de ese hipotético delito conforme a la actitud interna que revela el sujeto. Desde esta visión, nada se opondría a afirmar que, por ejemplo, al huelguista de hambre le es atribuible su muerte en términos, cuando menos, de dolo eventual. Esa construcción naufraga, sin embargo, cuando lo que se trata de determinar no es el título subjetivo por el que hipotéticamente debiera responder quien es, al menos, indiferente ante su muerte, sino **la eventual responsabilidad del**

el suicidio ajeno y en el homicidio consentido". En, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de de Política Criminal*. Lima, 2008, pp. 125-174.

⁹⁹⁶ En este orden de ideas véase a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad...*

Op. Cit., pp. 418 y ss.

⁹⁹⁷ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* *Op. Cit.*, p.213.

médico y de los terceros en general obligados a asistirle. Así debe entenderse teniendo en cuenta que la percepción de la realidad tal como se manifiesta en el más puro plano fenomenológico, esto es, ajena todavía a traducciones valorativas, es la única que puede cabalmente comprender las verdaderas razones que están en la base de cada decisión y la única, en definitiva, que puede dar la clave para determinar si quien antepone sus convicciones a su propia vida es o no un auténtico suicida. Si justamente la dificultad de todo lo relacionado con el respeto de la voluntad del paciente obedece a la necesidad de atender al cúmulo de condicionamientos que laten bajo su decisión, la única forma -medianamente efectiva o mejor posicionada- de aproximarse a su problemática es no desconocer que, como rotulara MUÑOZ CONDE, ni el huelguista ni el enfermo que rechaza la transfusión tienen voluntad de morir, sino de conseguir su reivindicación o simplemente de curarse de una forma que no priorice la transfusión⁹⁹⁸.

4.2.2.1. Referencia a los Testigos de Jehová y al huelguista de hambre

Cabe advertir que no es, en absoluto, intención del presente trabajo, ni de quien sobre el escribe, tratar de vulnerar -de cualquier forma- el dogma que libremente puede ser predicado por el ser humano. Ni mucho menos reivindicarlo. Simplemente, nuestro propósito concluye en realizar el análisis de supuestos que poseen una frecuencia considerable dentro de la práctica médica y que su incorrecto tratamiento, sobre todo cuando es el bien jurídico vida quien se debate, puede ir más allá de una simple vulneración a la libertad, llevando el asunto a consecuencias jurídico-penales considerables.

⁹⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial... Op. Cit.*, p. 70. Así, el catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla sostiene, por ejemplo, que la voluntad del huelguista es, en estos casos, conseguir su objetivo reivindicatorio –posiblemente por razones políticas, o al menos las estadísticas prueban que esta es la principal causa de incitación-, no morir, aunque para ello asuma el riesgo de perder la vida o dañar seriamente su salud. Privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de una forma tan anómala y peligrosa como la huelga de hambre, supone un auténtico delito contra su libertad. *Ibidem.*, p. 71. También en comunión con este pensamiento véase a GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia, 1999, pp. 537 y ss.

Hoy en día, es de conocimiento casi general el hecho de que, quienes profesan la confesión religiosa denominada: Testigos de Jehová, se niegan a recibir transfusiones sanguíneas porque, según la exégesis, transfiere la corriente de vida de una persona a otra, lo que se prohíbe por Jehová en su palabra. Ello les lleva a rechazar la transfusión incluso cuando son informados de que no existe una terapia alternativa y que su vida o, en su caso, la de las personas sometidas a su tutela, corre serio peligro. La pregunta que se plantea entonces es la siguiente: ¿Debe intervenir en tales casos el médico contra la voluntad del enfermo o, por el contrario, debe respetar su decisión, de tal modo que si, pese a haberle advertido del riesgo, se produce un resultado letal aquél quede totalmente exento de responsabilidad?

Es cierto que pueden identificarse algunos casos cuya solución no presenta dificultad alguna. Así sucede cuando esas personas se sustraen a la terapia evitando ponerse en contacto con el facultativo, casos en los que la posible muerte o resultados lesivos que se produzcan entran de lleno en su ámbito de su responsabilidad. En efecto, si algo está fuera de discusión es que al médico no puede asignársele una suerte de función fiscalizadora del estado de salud de las personas en general que tuviera que ejercer por iniciativa propia. Ello le convertiría en una especie de gendarme de la salud pública; algo por completo inaceptable⁹⁹⁹.

Pero hasta aquí, las cosas pueden encontrar respuesta por las premisas que en el epígrafe anterior dejamos establecidas respecto a la jerarquía que encuentra el respeto a la libre autodeterminación. Empero, los verdaderos problemas surgen allí donde el paciente ya ha entrado en una relación asistencial con el médico y, una vez que éste prescribe la transfusión, aquél manifiesta su negativa a someterse a la misma. Ni que decir tiene que las dudas no surgen sólo con relación a los Testigos de Jehová. Los mismos son los términos del debate en los casos en que la puesta en peligro de la vida obedece a otros **motivos de conciencia** que impulsan al sujeto a reivindicar determinadas exigencias mediante la medida extrema de presión que suponen las huelgas de hambre. También aquí el dilema que se suscita es el que, como

⁹⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 214.

plantea ESER¹⁰⁰⁰, si debe prevalecer la máxima *salus aegroti suprema lex* -y con ello el derecho constitucional a la vida¹⁰⁰¹- o, por el contrario, aquélla que reza *voluntas aegroti suprema lex* -y con ello, los principios constitucionales de libertad, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad física-, entendida aquella voluntad como expresión de las creencias o convicciones de cualquier tipo. La pregunta que es necesario plantearse entonces es la siguiente: ¿Debe respetar el médico, hasta sus últimas consecuencias, la negativa del huelguista a recibir alimentos o, por el contrario, está autorizado e incluso obligado a poner fin a la misma mediante la alimentación o transfusión forzosa?

Ya desde la presentación de la problemática se pone de manifiesto que el respeto a la voluntad, por un lado, y el interés representado por el mantenimiento de la vida como soporte del resto de los derechos del individuo, por otro, se sitúan en una relación de tensión cuyos extremos son aparentemente irreconciliables. La prevalencia de uno de ellos supone por definición la lesión del otro. La consecuencia inmediata es que el mantenimiento de la vida pese a que su titular acepte una situación de riesgo para la misma **sólo se justificaría** si pudiera descubrirse un fundamento con el que legitimar el sacrificio de aquél derecho en aras de éste. Si tal fundamento no prospera, la solución habría de ser el respeto absoluto a la voluntad del afectado, de tal modo que quien contraviniera la misma incurriría en responsabilidad penal, ya sea por un delito de lesiones, coacciones o detenciones ilegales.

El pronunciamiento más trascendente en la década de los 90 se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, relativa a la huelga de hambre mantenida por una serie de reclusos

¹⁰⁰⁰ Cfr., ESER, Albin. "*Problemas de justificación...* Op. Cit., pp. 12-15.

¹⁰⁰¹ Por cuanto hace a la realidad española y a esta tendencia, esto es, la de intentar justificar la primacía del bien jurídico vida frente a la voluntad de su titular de ponerla en peligro, responde la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1994, de 27 de enero. Si bien condicionada en última instancia por motivos de índole procesal, en ella se desestimó la demanda de amparo planteada por un Testigo de Jehová al que se le había practicado contra su voluntad una transfusión sanguínea al amparo de una autorización judicial, resultando, además, que como consecuencia de esa transfusión se le había transmitido el virus de la hepatitis C.

pertenecientes al colectivo **GRAPO**¹⁰⁰². En ella el Tribunal Constitucional se planteó la conformidad con el Texto Constitucional de la resolución judicial que ordenaba a la Administración penitenciaria prestar asistencia médica obligatoria a los huelguistas y, en especial, a alimentarles, incluso contra su voluntad, cuando con la huelga de hambre se pusiera en peligro su vida hasta el punto

¹⁰⁰² El origen de la organización terrorista GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascistas Primero de Octubre) se remonta a la década de los 60, cuando un grupo de radicales marxistas-leninistas escindidos del PCE y en el exilio se reunió en Bruselas para fundar la Organización de Marxistas Leninistas Españoles (OMLE), que se autodisolvió en 1975. De ahí surgió el Partido Comunista Español Reconstituido (PCE-r), en cuyo I congreso, en ese mismo año, se decidió crear una “sección técnica” o brazo armado del partido, los GRAPO. El grupo terrorista abrió su historial delictivo el 2 de agosto de 1975 contra dos guardias civiles en el cañódromo de Madrid, uno de los cuales falleció. Desde entonces ha causado 87 víctimas mortales, la última de ellas un policía nacional que fue asesinado de un disparo en el barrio madrileño de Carabanchel el 17 de noviembre de 2000. A lo largo de su violenta carrera los GRAPO han elegido mayoritariamente como blancos a edificios públicos de Madrid, Cataluña, Galicia y Zaragoza. Las armas que suelen emplear son las arrebatadas a sus víctimas, así como las que les entran por Portugal y las adquiridas en el “mercado negro”. Los GRAPO han perpetrado numerosos atracos -sólo entre 1988 y 1992 obtuvieron un botín que superó los 238 millones de pesetas-, algún secuestro y el cobro del “impuesto revolucionario” para poder financiar sus actuaciones más importantes. Entre las acciones más relevantes de los GRAPO destacan: 1. 11 diciembre 1976 Secuestro del presidente del Consejo de Estado Antonio María de Oriol y Urquijo; 2. 24 enero 1977 Secuestro del teniente general y presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar Emilio Villaescusa Quilis; 3. 1978 Asesinato del Director de Instituciones Penitenciarias Jesús Haddad; 4. 8 enero 1979 Asesinato del presidente de la Sala VI del Tribunal Supremo Miguel Cruz Cuenca; 5. 26 mayo 1979 Atentado contra la cafetería madrileña “California 47”, que produjo 8 muertos y 40 heridos; 6. El 9 de octubre de 1977 fueron detenidos todos los miembros del Comité Central, el comando Madrid y el secretario general del PCE-r, Manuel Pérez Martínez, “camarada Arenas”; 7. El 5 de diciembre de 1992 la Guardia Civil apresó a tres de los cabecillas de la banda: Laureano Ortega Ortega, Encarnación León Lara y Elvira Diéguez Silveira; 8. En 1979 se desarrolló una operación contra los GRAPO en Madrid, Valencia y Barcelona, que culminó con la detención de 26 activistas, entre ellos el dirigente José María Sánchez Casas; 9. El 3 de noviembre de 1995, la Policía detuvo a quince personas entre Cádiz, Valencia y Barcelona. En esta última ciudad fueron detenidos los “históricos” Enrique Cuadra Echeandía y Concepción González Rodríguez, mientras que de los ocho detenidos en Cádiz sólo pasaron a disposición judicial tres de ellos; 10. El 26 de noviembre de 2002: La Guardia Civil y la Policía gala detuvieron el 26 de noviembre de 2002 a 14 personas, ocho en Francia y seis en España, entre ellos los miembros de la cúpula de la organización, formada por el veterano terrorista Fernando Hierro Chomón, Gema Rodríguez de Miguel y Marcos Martín Ponce; 11. 19 de marzo de 2003. El Juez Garzón suspende las actividades del PCE(r) por considerarlo el brazo político de los GRAPO; 12. 23 de julio de 2003. Condenados en Francia a 10 años de prisión los máximos dirigentes de los GRAPO y del PCEr: el líder histórico del PCEr, Manuel Pérez Martínez, “camarada Arenas” y el jefe del “comando central” de los GRAPO, Fernando Silva Sande, la compañera de Pérez Martínez, Isabel Llaquet Baldellou, y José Luis Elipe López; 13. 2 de marzo de 2004. Procesados 24 presuntos miembros de los GRAPO por integración en banda armada. Véase: “Los grapo terroristas germinados en los años 60”. En, *Diario El Mundo*. Madrid. Nota del 18 de julio de 2002, p.38. Consultado el 15 de marzo de 2010.

de llevarles a una situación de inconsciencia. El Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de **reconocer la conformidad de la alimentación forzosa** con los Derechos Fundamentales a la libertad ideológica, a la dignidad y el reconocimiento en el artículo 15 de la CE del derecho a la vida. No obstante, y aquí reside el punto de apoyo con el que relativiza e incluso enturbia sus argumentos, insistió en todo momento en que el contenido del fallo estaba condicionado por el dato de la especial relación de dependencia en que se encontraban los reclusos frente a la Administración penitenciaria¹⁰⁰³.

En efecto, presupuesto del fallo del TC es que la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la L.O.G.P.¹⁰⁰⁴, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los Derechos Fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ En la doctrina que se ha ocupado del tema suele ser mayoritaria la postura que, a partir del carácter irreversible de la decisión, se muestra partidaria de proceder a la alimentación allí donde el huelguista entre en estado de inconsciencia y no pueda, por tanto, seguir actualizando su negativa. Así, Francisco Muñoz Conde entiende que, «el caso del huelguista, cuando su voluntad no pueda ser ya manifestada o no se pueda conocer si ha cambiado de opinión, tampoco puede hablarse en rigor de suicidio, porque realmente nunca quiso morir, sino conseguir sus reivindicaciones. Pero, precisamente desde este momento, y **en la medida que la voluntad de seguir la huelga no puede ser ya manifestada, surgen para los demás (familiares, médicos, Administración) la obligación de alimentarle, incurriendo en caso contrario, no ya en un delito de cooperación al suicidio, sino en un verdadero homicidio en comisión por omisión**». Naturalmente que con la alimentación forzosa puede frustrarse el propósito originario del suicida de llegar hasta el fin. Pero desde el momento en que ya no puede expresar su voluntad, no podemos saber, sino presumir o conjeturar, qué es lo que realmente quiere, si ha cambiado o no de opinión. **La duda debe resolverse en este caso a favor de la vida.** MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial... Op. Cit.*, p. 69. Véase también a NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid, 1999, pp. 139 y ss.

¹⁰⁰⁴ Por todos véase a FERRER GUTIÉRREZ, Antonio. *Ley general penitenciaria: su reglamento y disposiciones complementarias. Anotadas y concordadas*. Valencia, 2004, p.

¹⁰⁰⁵ Sobre esta problemática véase a BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Disponibilidad de la propia vida”. En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, pp. 1133-1144. En este artículo de Miguel Bajo Fernández, donde realiza un análisis del Código Penal español

Sentado esto, por lo que se refiere a la posible vulneración del derecho a la vida, sostiene que el mismo tiene «un contenido de protección positiva que impide considerarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». Y si bien el Alto Tribunal reconoce que el poder fáctico de disposición sobre la propia muerte pertenece al ámbito personal del individuo en cuanto manifestación de un *agere licere* -o libertad de hacer generada al amparo de la necesidad de respetar la voluntad ajena- que la Ley no prohíbe, concluye que no es «en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho»¹⁰⁰⁶.

Como bien aduce TÓMAS-VALIENTE LANUZA¹⁰⁰⁷ estas cuestiones son, en definitiva, declaraciones absolutamente impregnadas por la situación de relación especial que une al recluso con la Administración penitenciaria. Ante esto, GÓMEZ RIVERO¹⁰⁰⁸ afirma que «cuando incidentalmente el Alto Tribunal aparta sus argumentos de dicho ropaje y se distancia del contexto sobre el que tiene que pronunciarse, parece admitir, al menos tímidamente, la prevalencia

y de algunas consideraciones del Tribunal Constitucional, resulta interesantes la reflexión de este autor respecto de la ambivalencia –“en unos casos sí y en otros no”- que puede tener el consentimiento a morir como posible excluyente de responsabilidad para terceros.

¹⁰⁰⁶ Deben destacarse los votos particulares de Rodríguez-Piñero y Leguina, quienes sostuvieron que el deber de la Administración penitenciaria de velar por la salud e integridad física de los reclusos encuentra su límite en la voluntad del enfermo. Conforme al voto particular del primero: «La obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocerse el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria». Por su parte, el voto particular de Leguina insistía en que «No estando en juego Derechos Fundamentales de terceros, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin menoscabo ni daño de los demás».

¹⁰⁰⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación...* Op. Cit., pp. 31 y ss.

¹⁰⁰⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 217.

del derecho a decidir. Con todo, no puede ocultarse la impresión de que ese tímido reconocimiento es más un argumento para robustecer la solución que mantiene en el ámbito de la relación carcelaria que un pronunciamiento definitivo respecto a la valoración del resto de los casos». Es lo que parece deducirse de las palabras del Tribunal Constitucional cuando afirma: «...Una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él le afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico...».

Ya en un fallo posterior, el Tribunal Constitucional volvería a tener ocasión de pronunciarse al respecto en un caso bastante parecido en el que, en realidad, lo que hacía no era más que confirmar la doctrina sentada en la STC 120/1990 y resolver la cuestión en torno a si los fallos judiciales ahora recurridos ante él la habían respetado. Se trata de la Sentencia 137/1990, de 19 de julio de 1990, que resolvió un recurso de amparo planteado por algunos reclusos del Centro Penitenciario de Soria pertenecientes al grupo GRAPO que habían adoptado como medida reivindicatoria una huelga de hambre para obtener de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la concentración en un único establecimiento de los internos pertenecientes a dicha organización. El recurso se interpuso frente a la decisión de la Audiencia Provincial de Guadalajara que confirmó lo acordado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, autorizando el empleo de los medios coercitivos estrictamente necesarios para evitar un daño a su integridad física, sin esperar a la situación de pérdida de conocimiento debido a la posible irreversibilidad del coma que pudiera producirse¹⁰⁰⁹. En la Sentencia, el Tribunal Constitucional

¹⁰⁰⁹ Debe observarse, como ha destacado ARRIBAS LÓPEZ, que este criterio difícilmente resultará aplicable a otros supuestos en los que, sin embargo, la pasividad de la Administración penitenciaria puede determinar igualmente que se produzca un resultado lesivo para el interno. Es lo que sucederá cuando se trate de procesos patológicos prolongados en el tiempo (por ejemplo, padecimiento del SIDA o tuberculosis), debido a la imposibilidad de apreciar un riesgo vital inmediato derivado de su negativa a someterse a la medicación prescrita y la consiguiente necesidad entonces de hacer caso omiso a su voluntad en todas las ocasiones en las que se

volvió a reiterar la totalidad de los argumentos manejados ya por la Sentencia 129/1990 para descartar la posible vulneración de los derechos consagrados en los artículos 15, 16.1, 17.1 y 18.1 de la CE.

En la misma línea debe mencionarse la STC de 11/1991, de 17 de enero, que traía su causa del recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cáceres, de 4 de junio de 1990, y contra el dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres de 2 de julio siguiente, por los que se acordaba que un interno, miembro del GRAPO, no recibiese asistencia médica ni fuese alimentado forzosamente hasta que perdiese la conciencia o tomase una decisión contraria a la que venía sosteniendo.

Frente a las alegaciones del Ministerio Fiscal así como del Abogado del Estado, que sostenían que dicho criterio vulneraba la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia más arriba referida, el Alto Tribunal, tras ratificarse en la misma, consideró que el criterio defendido por las sentencias recurridas no era contradictorio con aquella doctrina, no representando más que una pequeña discrepancia en torno al momento en que la situación de riesgo legitima la intervención: «si se declaró compatible con la Constitución y con los Derechos Fundamentales entonces invocados que la alimentación forzosa tuviera lugar una vez que la vida de los reclusos en huelga de hambre corriera grave peligro, lo que se determinaría previo los oportunos informes médicos y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estableciera, no puede extraerse de esta declaración que la fijación del momento a partir del cual se permita la alimentación forzosa haya de sujetarse necesariamente al mismo momento en todos los casos en que resulte aplicable el art. 3.4 de la LOGP. Porque, en síntesis, lo que ahora se pide en este recurso de amparo, no es más que la anulación de unas resoluciones judiciales que difieren sólo parcialmente y en forma motivada del

negara a tomar dicha medicación. Véase su artículo denominado: “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en centros penitenciarios”. En, *Revista española de sanidad penitenciaria*. Volumen11, número 2, 2009, pp. 57-63. También véase el mismo en, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 705, 2006, pp. 1-5.

momento en que, a juicio de los órganos judiciales competentes, ha de procederse a la intervención sanitaria y a la alimentación coactiva por parte de la Administración Penitenciaria para asegurar el derecho a la vida del interno que se niega a recibir alimentos... es el inminente o evidenciable peligro de muerte lo que justifica, según unas y otras resoluciones, la intervención coactiva de la administración del centro penitenciario para prestar asistencia terapéutica y alimentaria a los reclusos en huelga de hambre¹⁰¹⁰».

Sobre esta problemática, pero ahora, estando de por medio un menor de edad y dejando atrás el ámbito penitenciario resulta de interés la Sentencia de 18 de julio de 2002 en la que el Tribunal Constitucional volvería a tener que enfrentarse con uno de los casos más polémicos en torno a los límites de la libertad de obrar. En ella, se trataba de resolver un recurso de amparo presentado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997, que resolvía un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca seguida por delito de homicidio.

Respecto de la Sentencia en comento, tenemos como los hechos enjuiciados los siguientes: a consecuencia de una caída en bicicleta, un niño de

¹⁰¹⁰ En aplicación de esta doctrina del TC merecen destacarse los respectivos autos de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2006 y de 16 de noviembre del mismo año en relación con la huelga de hambre mantenida por De Juana Chaos como medio de protesta por su condena por un delito de amenazas terroristas a la pena de 12 años y 7 meses de prisión. El primero de los Autos **autorizó que se procediera a la alimentación forzosa del interno, de forma coactiva si fuere necesario, en el caso de que corriera peligro su vida o salud**, lo que cifró en el momento en que “pueda iniciarse un periodo irreversible de grave peligro de deterioro físico o de pérdida de su vida”. Por su parte, el Auto de 16 de noviembre autorizó la realización de cuantos controles se considerasen oportunos para evaluar el estado físico del interno, así como su ingreso en un centro hospitalario si se considerase necesario, si bien **garantizando en todo caso el respeto de su dignidad**. De forma crítica sobre esta doctrina véase GARCÍA GUERRERO, Julio y MARTÍN SÁNCHEZ, Vicente. “El dilema del médico ante la huelga de hambre”. En, *Diario El País*, 19 de diciembre de 2006, p. 40, quienes desde el punto de vista de los facultativos de la Administración penitenciaria denuncian **la difícil situación en que se encuentran estos profesionales**. Por ello sostienen que el facultativo debería limitarse a «**comunicar al paciente si está dispuesto a aceptar su decisión, sea cual sea, y si no es así, se lo comunicará para que sea posible que otro profesional se haga cargo de la asistencia; ante las manifestaciones explícitas, libres y reiteradas de un paciente que juzga competente, de no querer alimentarse, debería buscar otro profesional que ratificara su juicio sobre la competencia del paciente; si el paciente es considerado competente su opción deberá ser respetada y no se decidirá cuándo se debe iniciar una alimentación forzada porque la respuesta es nunca por respeto a la libre elección del paciente**».

13 años refirió en días posteriores episodios de hemorragias nasales, lo que motivó que la madre lo llevase a un centro sanitario, donde aconsejaron el traslado del menor al hospital, en el que le prescribieron una transfusión sanguínea. Los padres **manifestaron que su religión no permitía tal terapia, por ser Testigos de Jehová, rogando por ello a los médicos que le practicasen un tratamiento alternativo.** Al ser informados de que no existía otra terapia, **solicitaron el alta del hijo** para llevarlo a otros centros donde se le pudiera **aplicar ese tratamiento alternativo, petición a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que peligraba la vida del menor.** Desde el centro hospitalario se solicitó autorización al Juzgado de guardia para realizar la transfusión, siendo concedida el 9 de septiembre de 1994. Pero al ir a practicarla, el menor, sin intervención alguna de sus padres, “la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral”. A la vista de los hechos, los médicos solicitaron a los padres que realizaran una labor persuasiva sobre el hijo, algo a lo que éstos no accedieron por violentar sus creencias. La imposibilidad de practicar la transfusión motivó que los médicos concedieran el alta del paciente del centro hospitalario.

Tras visitar nuevos Hospitales en los que igualmente se les indicó como única terapia la transfusión de sangre, los padres regresaron a su domicilio, en el que permanecieron hasta que el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esa localidad informando sobre la situación del menor y oído el Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de 12 de septiembre autorizar la entrada en el domicilio del menor para que recibiera inmediatamente la asistencia médica que necesitaba. Los padres, una vez más, acataron sin resistencia la decisión, siendo el propio padre el que bajó al menor a la ambulancia para que fuera conducido al Hospital, donde llegó en estado de coma profundo, totalmente inconsciente. Allí se procedió a realizar la transfusión ordenada judicialmente. El niño falleció al día siguiente. Según los dictámenes médicos, si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que necesitaba habría tenido a corto y medio plazo una alta posibilidad de

supervivencia, y a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que padecía, que no pudo llegar a ser diagnosticada.

La Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres del menor en la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 al considerar que el niño tenía juicio suficiente para negarse a la transfusión. El razonamiento que estuvo en la base del fallo fue tanto la capacidad del menor para ejercer su derecho a la autodeterminación¹⁰¹¹, como la inexigibilidad de que los padres se opongan a sus propias razones de conciencia¹⁰¹². El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca y **les condenó como autores de un delito de homicidio**, si bien apreciando la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación. Para ello manejó varios argumentos de lectura convergente: el primero, la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de 13 años de edad; el segundo, que la mención del orden público en el art. 16 de la CE no se ciñe a su perturbación material, sino que tiene un significado jurídico institucional más profundo, y que por tal hay que entender los intereses y los fines generales que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado. Por ello, «la libertad de conciencia y de religión no se garantizan de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas...el derecho a la vida y la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u

¹⁰¹¹ La Sentencia razonaba tanto sobre la base del artículo 92 del CC como del artículo 181 del CPE que -en la fecha del fallo- establecen que los mayores de doce años pueden consentir en una relación sexual.

¹⁰¹² El Tribunal entendió que «no es exigible que los padres del menor, tras llevar a su hijo a un centro adecuado, tengan obligatoriamente que renunciar, en contra de su conciencia, a sus convicciones religiosas para pasar a pedir o aprobar una transfusión que consideran moralmente perniciosa e inadecuada, no siendo tampoco jurídicamente exigible que dicho progenitor deba intentar convencer a su hijo de algo que... ni él mismo está convencido y que iría totalmente en contra de las enseñanzas que, en un uso y ejercicio regular, normal y ordinario de su libertad religiosa, había ido transmitiendo a su hijo desde mucho antes de que se produjera el accidente, o de que se exteriorizaran los primeros síntomas de la enfermedad. De este modo, los padres, después de reclamar la asistencia médica por los cauces convencionales, dando a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituirles, si lo cree conveniente, en el ejercicio de la autoridad familiar... cumplen con su deber de garantes, por no serles jurídicamente exigible nada más allá».

objeción de los padres»; el tercer argumento destacaba que, «la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a las transfusiones de sangre». Conforme a lo anterior, condenó a los padres como autores de un delito de homicidio con la concurrencia con carácter de muy cualificada de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión.

Contra a esa Sentencia, se presentó ante el Tribunal Constitucional demanda de amparo alegando la violación de los Derechos Fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral y a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes, reconocidos en los artículos 15 y 16.1 de la Constitución, cuestionándose la exigibilidad de que los padres actuaran contra la voluntad expresada del hijo.

Si bien los argumentos del Tribunal Constitucional se concentraron en torno a la subsistencia de la posición de garantía de los padres en tal caso, lo que consideró que cedía por razones vinculadas a la idea de inexigibilidad frente a su libertad religiosa, el Alto Tribunal tuvo que volver a posicionarse en torno a los límites de la renuncia al tratamiento cuando la negativa conlleva una situación de riesgo para la vida. Para ello, recordó una vez más la doctrina que ya sentara en Sentencias anteriores en torno al reconocimiento de que la libertad religiosa tiene, además de una manifestación interna que garantiza la existencia de un ámbito íntimo de creencias, también una manifestación externa que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros...Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales...

Por otra parte, retomando igualmente la doctrina ya sentada en otras Sentencias, aprovechó para volver a afirmar que cuando se plantea la cuestión de la disponibilidad de la vida, no puede extraerse del derecho constitucional a la misma un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte y, con ello, el derecho a exigir la colaboración activa de terceros con tal fin. Como ya sentara el Tribunal Constitucional en las Sentencias comentadas, lo único que puede reconocerse al individuo es un *agere licere* como reducto de su

libertad: La decisión de arrostrar la propia muerte no es un Derecho Fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa el Texto Constitucional español.

No obstante, pese a ese reconocimiento el Tribunal Constitucional hizo de inmediato una afirmación que escindía la luz verde a la posibilidad de admitir dicho espacio mínimo de libertad en el caso concreto que enjuiciaba. Tras admitir, en efecto, que el menor también es titular del derecho a la libertad religiosa y que, más allá de él, al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación “que tiene por objeto el propio sustrato corporal...y que se traduce en el marco constitucional como un Derecho Fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”, entendió que esa regla tiene ciertos límites. Así, aquella capacidad genérica no es por sí sola suficiente para reconocer eficacia jurídica a un acto que, “por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”. Además, continuaba el Tribunal, en el caso enjuiciado no podría apreciarse su capacidad para consentir porque “no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza...que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, había de adoptar”.

Dejando a un lado lo dudoso que resulta negar en el caso enjuiciado la capacidad del menor -ya que la enérgica oposición que mostraba a recibir la sangre revelaba un convencimiento propio y no expresión del de sus padres¹⁰¹³- así como el reconocimiento, ahora digno de aplauso, de que la

¹⁰¹³ En un sentido distinto y que nos parece, en principio sensato, ROMEO CASABONA, para quien, al margen de que entienda que, en general, no puede concederse relevancia al consentimiento del menor cuando se traduce en una puesta en peligro de su vida, sostiene que en el caso enjuiciado por el TS faltaba la madurez de aquél, puesto que la reacción de auténtico terror por parte del menor ante la posibilidad de la transfusión «parece compatible con una actitud madura y serena de firmeza». En, “*¿Límites de la posición de garante ...Op. Cit.*”, p. 337. No obstante la opinión de Carlos María Romeo Casabona, y, como ya hemos hecho alusión en líneas anteriores a cerca de la dificultad que representa establecer un patrón de reacción humana ante situaciones peligrosas, encontramos más adecuada la opinión de GÓMEZ RIVERO, quien entiende que, el dato de una reacción histérica ante la idea de la transfusión no puede valorarse por sí sola como elemento suficiente para negar su madurez; y

capacidad de consentir de aquél se vincula a su capacidad natural de entender y querer, lo que interesa destacar es que **el razonamiento del Tribunal Constitucional descansa en la idea de excepcionar esa regla general allí donde se implique un interés superior, como es, en el caso enjuiciado, la vida del menor**. De esta forma, vino implícitamente a reconocer la implicación de una suerte de intereses de Derecho Público que vedarían el respeto al dogma de la autodeterminación del paciente como principio rector de la actividad médica¹⁰¹⁴. Ellos obligarían a pasar a primer plano, no el respeto de su voluntad, sino un bien jurídico de mayor calado que apunta al bienestar o indemnidad del menor¹⁰¹⁵.

En el ámbito de jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ocuparse de la específica problemática de los Testigos de Jehová. Como GÓMEZ RIVERO señala, al margen de algunos autos en los que legitima las autorizaciones concedidas por algunos jueces para realizar la

no ya sólo porque el modo de reaccionar de cada uno ante una misma situación no depende en muchas ocasiones de la madurez, sino de la propia personalidad de cada cual, sino porque dicha reacción se presta a interpretarse en sentido diametralmente opuesto, esto es, como muestra de la firmeza e interiorización de las convicciones religiosas del menor más allá de lo que sea el credo de los padres. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 223, nota 337. En la misma línea que esta última, véase también a TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La víctima... Op. Cit.* pp. 136 y ss.

¹⁰¹⁴ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*. Granada, 1994, pp. 314 y ss.

¹⁰¹⁵ En estas condiciones habría de negarse igualmente cualquier valor decisorio a la voluntad de los padres o representantes que se orientaran a obstaculizar la terapia que el menor precisa. Y no ya sólo porque en tal caso su decisión habría de valorarse como un abuso o desviación de su poder de representación incompatibles con el interés estatal en la preservación de la incolumidad o indemnidad del menor. *Vid.* ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos... Op. Cit.*, pp. 95 y ss., quien apunta que “la solución estaría además avalada ahora por lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil, es decir, por el posible incumplimiento por parte de los padres del deber de velar por los hijos, y por la excepción que el artículo 162 del mismo Código hace. Teniendo en cuenta que según la común opinión social, negarse a recibir un tratamiento puede ser perjudicial para el hijo, parece que estaremos ante un abuso en el ejercicio de la patria potestad, cuyo reconocimiento permitiría proceder al médico”. También porque, ya en el específico ámbito de los Testigos de Jehová, como observa Carlos María Romeo Casabona, la colisión se produce ahora entre “la vida y salud del hijo o del incapaz con la conciencia de los padres, no con la propia conciencia del hijo”, ROMEO CASABONA, Carlos María. “La objeción de conciencia en la praxis médica”. En, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1996, pp. 85 y ss.

transfusión¹⁰¹⁶, el Alto Tribunal sólo se ha enfrentado en dos Sentencias al problema de la colisión del derecho a la vida y a la libertad del sujeto, en este caso, en su vertiente religiosa. Estos pronunciamientos, además de escasos, pueden parecer, al menos a primera vista, si no contradictorios, sí al menos condicionados por las circunstancias del caso concreto que se enjuicia y por la solución a la que apriorísticamente se quiere llegar¹⁰¹⁷. En efecto, también ahora da la impresión de que el Tribunal sólo afirma de forma rotunda la necesidad de respetar la voluntad del paciente cuando a continuación las circunstancias del caso le permiten afirmar que no es eso lo que sucede en el supuesto sobre el que tiene que pronunciarse.

La primera de ellas es la Sentencia de 27 de marzo de 1990, en la que se enjuiciaban los siguientes hechos: Una mujer, X., tras sufrir una tunda por parte de su marido, fue ingresada en el hospital, donde se le colocó un catéter para continuar su hemoterapia¹⁰¹⁸. En estas condiciones, según el relato fáctico, “X. quedó encamada, en estado de inconsciencia, en compañía de su hermana política, cuando se personó C.D., buscando la tarjeta que acreditaba que X., como Testigo de Jehová, no quería que se le hiciesen transfusiones de sangre, manifestando que por ello no se le podían hacer tales transfusiones, lo

¹⁰¹⁶ Entre otros, véanse los Autos de 14 de marzo de 1979, donde el Tribunal admitió la concurrencia de un **estado de necesidad** que justificaría la lesión del derecho a la libertad religiosa ante el peligro de muerte; de 22 de diciembre de 1983, que deduce que, conforme al art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa el Juez estaba “legítimamente autorizado” para autorizar la transfusión, y 25 de enero de 1984; o de 20 de junio de 1984: “el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas, según dicho art. 3, y en *pro* de ella actuó el Magistrado-Juez, otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas”. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 224.

¹⁰¹⁷ *Ídem., supra.*

¹⁰¹⁸ La hemoterapia es una especialidad médica compleja en la que los aspectos clínicos y de laboratorio relacionados con la transfusión se conjugan con cometidos de tipo organizativo, imprescindible para lograr el máximo aprovechamiento de un recurso escaso como lo es la sangre. La mayoría de las donaciones: concentrado de hematíes, concentrado de plaquetas, plasma y crioprecipitado. Así, la hemoterapia es la medida obligada al efectuar procedimientos técnicos que permiten obtener el componente sanguíneo deseado para determinados procesos operatorios o situaciones en las que se necesite algún componente de la sangre, es conocida también como medicina transfusional; en si básicamente la hemoterapia consiste en hacer una transfusión total de sangre o de alguno de sus componentes (plasma, plasma fresco congelado, etc.) a un paciente que de acuerdo al problema que tenga necesite uno u otro de acuerdo a la condición en la que se encuentre. *Cfr.* PEREIRA SAAVEDRA, Arturo. “Hematología”. En, AA.VV. *Medicina Interna*. P. Farreras Valentí y Ciril Rozman (Directores). 15ª ed. Volumen II. Barcelona, 2006, pp. 1814-1819.

que motivó una situación de tensión entre el visitante y la acompañante de la enferma que determinó que ésta saliese de la habitación buscando a la enfermera y cuando ambas regresaron encontraron que el catéter había sido quitado por el procesado y que éste presionaba con su mano el brazo de la hospitalizada impidiendo la hemorragia que se había producido. Posteriormente el procesado C.D, cuando el Médico de guardia ordenó que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión se opuso a ello, llegando incluso a decir que se exigiría responsabilidad por ello. A consecuencia de todo lo relatado X fallece aquella misma tarde por el shock hipovolémico que estaba contenido por la aportación de sangre que recibía”.

La Audiencia condenó a C.D. como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte a la pena de un año de prisión menor. El Tribunal Supremo casó la Sentencia y le condenó por un delito de homicidio con dolo eventual con la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional, a la pena de seis años y un día de prisión mayor. Pese a que el caso concurría la peculiaridad de no quedar acreditada la voluntad de la paciente, el Tribunal Supremo hizo una declaración genérica que excedía al supuesto en cuestión, al afirmar que el eventual consentimiento de la víctima:

«Excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuricidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz». La sentencia concluía recordando la doctrina establecida en otras resoluciones (Autos de 27 de septiembre de 1978, 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983) «que reconocían el valor indisponible de la vida humana resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con el derecho a la libertad religiosa, ambos constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto *era del todo exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma*».

La segunda Sentencia en la que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema fue la ya citada de 27 de junio de 1997. Si bien el objeto principal de la misma era la cuestión en torno a la capacidad para consentir de un Testigo de Jehová menor de edad así como el alcance de la posición de garantía de los padres, el Alto Tribunal reconoció como principio

general el de prevalencia de la voluntad del paciente. Así, tras dejar sentado que en la colisión entre el respeto a las creencias religiosas y el derecho a la vida la ponderación debe ser distinta según que el afectado sea un menor o mayor de edad, afirmó:

«El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección».

Hasta aquí el camino por algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que, como advertíamos, **llama la atención el dato de que las declaraciones contundentes de los Tribunales, tanto Constitucional como Supremo, en torno al reconocimiento de un ámbito de libertad sólo se produzcan allí donde las circunstancias del caso impidan su aplicación en el supuesto que enjuician.** Es el momento ahora de adoptar una postura al respecto.

Siendo seguidores del pensamiento de GÓMEZ RIVERO, creemos que el tratamiento de estos casos en los que, si bien el paciente no desea la muerte, su negativa al tratamiento da paso a una situación que aboca indefectiblemente a la pérdida de aquélla, requiere no perder de vista un dato que se erige en la auténtica espina dorsal de su solución. Este no es otro que el hecho de que la inminencia de la muerte destierra la problemática de la renuncia del paciente del espacio propio de las autopuestas en peligro para encararla frontalmente con el dogma de la indisponibilidad de la vida y, con ello, de la punibilidad de las contribuciones de terceros que se orientan a su destrucción. En efecto, cuando el sujeto entra en fase terminal su actitud no se corresponde ya con un acto de puesta en peligro. Por el contrario, lo que entonces se cuestiona es la posibilidad de disponer de su vida mediante la persistencia de su negativa a la terapia¹⁰¹⁹.

Así planteado el problema, la contrariedad a Derecho de las conductas que favorezcan esa actitud no es difícil de fundamentar a partir de un argumento a *maiore ad minus* –quien puede lo más, puede lo menos-. Porque si bien es verdad que del reconocimiento constitucional de la libertad en el art.

¹⁰¹⁹ Por todos véase a GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 227.

1.1 CE así como del derecho al respeto a la integridad física en el art. 15 pudiera admitirse que, como posible opción del legislador ordinario, sería perfectamente compatible con el Texto Fundamental el reconocimiento de la impunidad de las colaboraciones en un suicidio libre¹⁰²⁰, a su admisión se oponen razones vinculadas, ya de *lege lata*, al Derecho Positivo. En efecto, si el Código Penal no autoriza las contribuciones activas ni pasivas por parte de terceros a la muerte de quien tiene voluntad de poner fin a su vida, mucho menos podría autorizar una contribución (omisiva) que se orienta a facilitar la muerte de quien se enfrenta a la pérdida de su vida pese a no tener voluntad suicida. Admitir lo contrario supondría desconocer el espíritu de la prohibición penal, por mucho que con su violación se pretendiera llegar a soluciones que se estimaran más adecuadas desde un punto de vista político-criminal; un debate que habría de plantearse entonces en términos de *lege ferenda* a partir de las posibilidades que ofrece la conjugación del valor de los distintos intereses implicados en su reconocimiento constitucional, pero no como una cuestión que pudiera discutirse de *lege lata*.

Debe observarse por lo demás que desde esta premisa decae el sentido y la necesidad misma de manejar argumentos adicionales que apuntasen a que cuando el paciente entra en fase terminal ni siquiera podría asegurarse la persistencia de su negativa a la terapia. Porque al tacharse, en cuanto opción de Derecho Positivo, como contraria a Derecho la contribución de poner fin a la vida de un tercero, la conducta seguiría siendo penalmente relevante en cualquier caso, esto es, ya tuviera el paciente voluntad de morir o no.

Por lo que hace al ámbito penitenciario, esta solución la consagra la Ley General Penitenciaria. Es cierto que la misma contiene una previsión que, al menos a primera vista, parece autorizar con carácter general una intervención coercitiva por parte de la Administración penitenciaria en el ámbito de la salud; en concreto, el art. 45.1 b) de la Ley, que dentro del Capítulo IV dedicado al régimen disciplinario, prevé la posibilidad de que con autorización del Director, se utilicen medios coercitivos **para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas**. Sin embargo, el sentido de esta previsión es, como advierte DÍEZ RIPOLLÉS, sólo el de restablecer la normalidad regimental en

¹⁰²⁰ TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación...* Op. Cit., pp. 36 y ss.

casos excepcionales¹⁰²¹. A decir verdad, es el art. 210.1 del Reglamento Penitenciario el que se ocupa de la situación que ahora interesa, conforme al cual, **sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste** (el interno) **se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso.** De estas actuaciones se dará conocimiento a la autoridad judicial¹⁰²². Como suele admitirse en la doctrina, la procedencia de dicha autorización habrá de limitarse a los supuestos de pérdida de conciencia¹⁰²³.

En cualquier caso, junto a estas razones que manejábamos más arriba con carácter general a propósito de las situaciones de pérdida inminente de la vida, en los supuestos específicos de huelgas de hambre pueden manejarse a favor de la interpretación que hemos venido sosteniendo una serie de argumentos relacionados con la realidad contextual que envuelve a la decisión. El primero, la dificultad para considerar libre, en el auténtico sentido de la palabra, el consentimiento expresado por el sujeto en tal situación conflictual o, lo que es lo mismo, la necesidad de no desconocer que su decisión nace y se agota en un motivo reivindicatorio; el segundo, un argumento político criminal que de nuevo vuelve a enlazar con la realidad pragmática de las huelgas de

¹⁰²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis *et. al. Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Valencia, 1997, p. 255.

¹⁰²² Pero la observancia del citado artículo 210.1 del R.P. no resulta ser pacífica, de hecho los aspectos más polémicos de los tratamientos médicos se encuentran en esta sede –derecho del preso a la sanidad-. Así, con especial acierto lo entiende Jaime Miguel Peris Riera cuando analiza el Derecho a la salud desde la perspectiva del preso y la relación de sujeción especial entre éste y la Administración Penitenciaria, quien sugiere que, «debido a los Derechos Fundamentales que la situación envuelve (la vida, la salud o el libre desarrollo de la personalidad del individuo) hubiera sido conveniente regularlo en la L.O.G.P. y no en el R.P., también habría sido conveniente introducir junto a esta referencia otra relativa a la alimentación de los huelguistas, íntimamente vinculada a la primera pero con unas claras particularidades». *Vid.* PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Por un pleno Derecho Sanitario del recluso”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, p. 278-280.

¹⁰²³ *Ídem., supra*. Véase también a NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio... Op. Cit.*, p.p. 138 y ss. En una posición adversa, *cfr.*, a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”. En, *ADPCP*, 1987, p. 474. Para quien la voluntad del huelguista debe respetarse incluso cuando el mismo pierde la conciencia.

hambre, puesto que, como observa MUÑOZ CONDE¹⁰²⁴, «un respeto a ultranza de la voluntad del huelguista, incluso cuando éste ha perdido la conciencia puede ser para el Gobierno un cómodo expediente para desembarazarse de sus más temidos adversarios políticos. Bastaría con colocarlos en una situación desesperada o excesivamente opresiva en prisión para, aún de modo indirecto, inducirles a la huelga de hambre, dejando luego simplemente, en un escrupuloso y democrático respeto a la libertad individual, que ésta llegue hasta el final¹⁰²⁵».

En síntesis, puede decirse que tanto con carácter general como en el específico ámbito de la Administración penitenciaria y huelgas de hambre, **cuando el sujeto haya entrado en estado de inconsciencia no puede considerarse lícita la mera pasividad ante esas conductas. Ello plantea ante todo la pregunta en torno a los presupuestos bajo los cuales el médico deba responder por el resultado lesivo en comisión por omisión.** Baste anticipar ahora que en casos como los de huelgas de hambres en centros penitenciarios y en general en los supuestos en los que el sujeto no puede o no quiere sustraerse totalmente al tratamiento sanitario, es posible

¹⁰²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial... Op. Cit.*, p. 69 y ss.

¹⁰²⁵ En concordancia con estas ideas planteadas por Muñoz Conde, nos remitimos por su gran interés y trascendencia al caso del cubano Orlando Zapata, quien iniciara una huelga de hambre -durante 85 días- por las malas condiciones que se vivían en la prisión. El ahora occiso afirmaba que “el régimen cubano mata a sus oponentes dentro de las prisiones”. “No es una casualidad sino una generalidad; es la esencia criminal de los hermanos Fidel y Raúl Castro”. Tras este hecho, no han faltado quienes se unan a esa voz de reclamo; tal es el caso de Guillermo Fariñas quien, -como afirmábamos *supra*, en estos casos la mayoría de las veces la intención no es morir sino reivindicar una causa- afirma que “Nadie quiere morir. Esto no es un suicidio. Esto es un reclamo, pero hay momentos en la historia de las naciones y en la coyuntura personal de los ciudadanos de cada país, en que se requiere de mártires”. Fariñas asegura que “el acoso a los presos políticos aumenta por enfrentamiento público contra el régimen y eso trae como consecuencia la represalia con golpizas, torturas, manipulación a los familiares, amenazas. Se quitan visitas reglamentarias, conyugales y la asistencia médica, porque se convierten en los portavoces de la situación precaria que viven todos los presos. A los oponentes al régimen los están asesinando de manera planificada y deliberada. Se está jugando la dignidad de la disidencia cubana”. Véase a SÁNCHEZ, Renata. “Mi lucha no es un suicidio, dice Fariñas”. En, *Diario El Universal*. Año: 93 | número 33,747. México. Versión electrónica, disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/internacional/66693.html>. Noticia del 17 de marzo de 2010. De esta manera, una vez más, podemos apreciar que “respetar la voluntad” en los casos que la vida este de por medio y sobre todo en este panorama en concreto, quebranta más garantías constitucionales que de las que ampara.

delimitar bajo determinados presupuestos ámbitos de responsabilidad del médico conforme a aquel título delictivo.

Diversa cuestión es la relativa a si, allí donde se aprecie la responsabilidad del profesional conforme a un delito de omisión impropia¹⁰²⁶, sería posible afirmar la concurrencia de una causa de justificación; básicamente un estado de necesidad¹⁰²⁷, que asegure la impunidad de la conducta del médico que decide obrar con el único móvil de salvaguardar la vida del paciente.

¹⁰²⁶ También denominada comisión por omisión, consistente en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva produciendo un resultado tanto típico-jurídico como material. De ahí que se diga que en los delitos que se originan en una omisión impropia se causa una mutación en el mundo exterior al abstenerse el agente de realizar lo que la norma espera de él. *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario... Op. Cit.*, p. 739. En un estudio totalmente crítico, desmembrando la tesis mantenida por Gimbernat Ordeig y partiendo de la idea de que el problema central de las omisiones impropias reside en la cuestión de bajo qué condiciones puede equipararse una omisión o un hacer positivo, de tal manera que resulte subsumible en un delito de acción véase a ROXIN, Claus. "Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia". En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, pp.1543-1558. Así mismo y respecto de la concepción dominante en Alemania tenemos que el tratamiento que se le da a la omisión impropia va estar en función, sobre todo, de una preexistente posición de garante, defendiéndose un gran número de teorías diversas a la hora de una concreción más precisa, camino distinto del que transita Enrique Gimbernat Ordeig, considerando a la omisión impropia, en relación con la comisión, no como un aliud (*sic*), el cual debe equipararse a la comisión con ayuda de criterios especiales, sino que pretende subsumir determinadas omisiones directamente –es decir, sin que sea necesario una equiparación legal- en el tipo de los delitos de comisión, p. 1544.

¹⁰²⁷ Entre otros, BUENO ARÚS, Francisco. "El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario". En, *AP*, número 31, 1991, pp. 401 y ss., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)". En, Eser/Gimbernat/Perron, *Justificación y exculpación en Derecho Penal. Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 63 y ss., ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho... Op. Cit.*, pp. 369 y ss. No obstante lo anterior, tenemos que, en algunos ámbitos especiales pudiera plantearse la concurrencia de una causa de justificación distinta. Así, José Luis Díez Ripollés, en relación con la específica problemática de las huelgas de hambre, sostiene que lo que podría venir en consideración es el ejercicio de un derecho (art. 8.11 CP del anterior CP), manejando a favor de la intervención argumentos que tienen que ver con intereses político-criminales. Distinta es la opinión que sostiene respecto al problema de los Testigos de Jehová, casos en los que niega que la conducta pueda quedar justificada por el ejercicio de un derecho, tanto por el plus adicional que representa en estos casos el respeto a la voluntad religiosa, como por la ausencia de los argumentos político criminales presentes en los casos de huelgas de hambre. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos... Op. Cit.*, pp. 247 y ss.

La posibilidad de apreciar un estado de necesidad cuando el médico actúa para salvar la vida del enfermo pese a su voluntad contraria ha sido negada por cierto sector doctrinal¹⁰²⁸. Así, por ejemplo, en contra de la misma argumenta BAJO FERNÁNDEZ, que “los elementos en conflicto no son sólo la vida humana y la integridad física, sino que entran en juego convicciones éticas de la comunidad y las valoraciones ético-sociales para resolver la ponderación necesaria en este supuesto...el mal causado contra la voluntad de quien lo sufre, **producido por quien no se encuentra en una situación de necesidad**, ha de considerarse superior al evitado, aunque se tratara de la muerte, si falta la necesaria adecuación a los valores fundamentales de la comunidad jurídica”¹⁰²⁹.

¹⁰²⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad... Op. Cit.*, pp. 506 y ss., GARCÍA ÁLVAREZ. Pastora. *La puesta en peligro... Op. Cit.*, pp. 537 y ss., GALÁN CORTÉS, Julio César. *El consentimiento informado... Op. Cit.*, pp. 60 y ss. Véase también BUENO ARÚS, Francisco. “*El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico... Op. Cit.*”, 165 y ss., con el argumento de que no puede hablarse de estado de necesidad cuando los bienes jurídicos en aparente conflicto pertenecen al mismo sujeto. Con singular energía se opone a la apreciación de un estado de necesidad FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I) y (II). En, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1994, número 133, p. 3, para quien el mismo sólo sería posible desde una comprensión de la vida en términos puramente biológicos, en lugar de como un concepto global que define el personalísimo proyecto vital que cada individuo se da a sí mismo. Además, sería imposible atribuir a un tercero -no sometido a situación de necesidad- la facultad de verificar una valoración de los bienes en conflicto contraria a la del titular de aquéllos; todo eso sin desconocer, según el autor, la incerteza que conlleva siempre, por sus riesgos, cualquier intervención: «Ya no se trata sólo, pues, de respetar como más valioso un determinado proyecto vital, asumido por un una minoría -la de los Testigos de Jehová, en este caso-, sino de reconocer, humildemente, la incapacidad de los “nuevos brujos” de asegurar el éxito de una terapia, la transfusión de sangre, adornada además del riesgo de transmisión de enfermedades». Este razonamiento lleva al autor, incluso, a tachar de inconstitucional el entonces vigente art. 10.9 de la Ley General de Sanidad (cuyo contenido corresponde con el art. 2.4 –que detalla sobre los principios básicos- de la Ley básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de información y Documentación clínica, que además contempla las excepciones a la exigencia del consentimiento, entre otras, por razones de urgencia.

¹⁰²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “*La intervención médica... Op. Cit.*”, 494 y ss. el mismo en “Agresión médica y consentimiento del paciente”. En, *CPC* 1985, pp. 130 ss. Este autor se plantea una curiosa colisión de derechos en los siguientes términos: “o expulsión de la institución hospitalaria contra la voluntad del enfermo o transfusión de sangre contra la voluntad del enfermo”, pp. 137 y ss., colisión que evidencia en cualquier caso la ausencia de responsabilidad médica por el resultado caso de que el acto médico no se realice por oposición del paciente.

Más sensata nos resulta la postura sostenida por los autores que, como MUÑOZ CONDE, si bien no descartan la posibilidad de apreciar dicha causa de justificación en el ámbito médico, reservan su operatividad a determinados supuestos. Este autor ciñe la apreciación del estado de necesidad a los casos en los que el paciente que se encuentra en peligro inminente de muerte sufra alteraciones en su capacidad de decidir debidas a su propia patología (verbigracia, la alimentación forzosa de anoréxicos terminales). «El tratamiento coactivo no estará, en cambio, justificado en los casos en los que el rechazo del tratamiento entre dentro del ámbito de elección del paciente y éste esté en condiciones de disponer libremente sobre su salud».

Según el Catedrático español fiel partidario de ROXIN, asegura que el mismo criterio es aplicable, como línea de principio, a los supuestos de huelgas de hambre reivindicativas, casos para los que también propone respetar como regla general la voluntad del huelguista. No obstante, de inmediato señala que cuando se plantee la duda sobre la capacidad de éste para decidir de forma consciente debe considerarse justificada la alimentación intravenosa¹⁰³⁰. Mayúscula es la amplitud con la que está dispuesto a apreciar los presupuestos de dicha causa de justificación en las conductas relativas al suicidio. Así, por ejemplo, en el caso del médico de un servicio de urgencias que intenta salvar la vida de quien se acaba de intentar ahorcar, entiende que el posible delito de coacciones habría de entenderse justificado por la concurrencia de un estado de necesidad. Para ello, aparte de razones humanitarias, invoca como argumento la existencia del art. 143, que castiga incluso la comisión por omisión de la cooperación al suicidio, así como del art. 195, que impone la obligación de ayudar a todo el que se encuentre en situación de desamparo y peligro manifiesto y grave.

Entre los autores que restringen los supuestos en los que resulte viable apreciar un estado de necesidad debe citarse también a LUZÓN PEÑA¹⁰³¹. Punto de partida del razonamiento de este autor es que dicha causa de justificación requiere que amenace producirse un mal, no en sentido natural,

¹⁰³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial... Op. Cit.*, pp. 69 y ss.

¹⁰³¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de un tercero) en caso de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis". En, *Estudios de Derecho Penal*. Barcelona, 1991, pp. 175 y ss.

sino jurídico. Dicho mal –continúa exponiendo- sólo se produciría cuando el riesgo para la vida procediera del ejercicio de una huelga de hambre, no cuando se trate de un enfermo o accidentado. Es decir, en el caso del accidentado o enfermo (en el que habría que incluir el Testigo de Jehová), no puede decirse que el sujeto tenga una actitud suicida, puesto que no se provoca la muerte, sino que se limita a aceptarla como una consecuencia posible ante la concurrencia de causas externas o naturales. Por ello, porque no se trata de un suicidio, no puede valorarse como un mal en sentido jurídico. Distinta habría de ser la valoración en el caso del huelguista de hambre, donde “no es un proceso externo o natural lo que va a provocar el resultado dañoso, sino la propia negativa del sujeto a ingerir alimentos”¹⁰³². No obstante, aclara el autor, en relación con la huelga de hambre dicha solución habría de limitarse a los supuestos en los que ésta ponga en peligro la vida del sujeto. No se extendería, por tanto, a aquellos otros en los que la huelga de hambre amenace con causar daños en la salud o integridad física del huelguista. En ellos, al ser atípicas las autolesiones, no podría hablarse de un mal en sentido jurídico y, con ello, decaería la posibilidad de fundamentar un estado de necesidad¹⁰³³.

Sin desconocer la racionalidad de este tipo de propuestas orientadas a depurar las coordenadas en las que resulte procedente apreciar un estado de necesidad, comulgamos con GÓMEZ RIVERO, quien entiende que el dato de que el bien jurídico que entra en conflicto con la libertad sea la vida del paciente justifica que en estos casos pueda apreciarse con mayor amplitud dicha causa de justificación que en aquellos otros en los que el bien jurídico afectado es exclusivamente la salud del sujeto¹⁰³⁴.

En efecto, a diferencia de cuando abordamos los casos en los que la negativa del paciente al tratamiento no suponía un riesgo vital, casos en los que negaba la posibilidad de apreciar dicha causa de justificación, pensamos que cuando el bien que se pone en peligro es la vida la respuesta tiene que ser afirmativa. Así lo avalan razones tanto de orden dogmático como político

¹⁰³² *Ibidem.*, p. 183.

¹⁰³³ *Ibidem.*, p. 189.

¹⁰³⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 232.

criminal. Lo primero, porque el dato de que la voluntad del paciente tenga que ser respetada como línea de principio lo único que significa es que la misma representa un interés digno de protección que, justamente por ello, está en condiciones de entrar en colisión con otro valor como es la vida. En otras palabras, el hecho de reconocer, el merecimiento de tutela de la voluntad del titular y, con ello, su derecho a decidir exponerse a una situación de riesgo, lo único que determina es que cobre sentido el recurso a los esquemas del estado de necesidad, que conceptualmente requiere reconocer la plena eficacia del otro interés que entra en pugna con la vida: la voluntad del paciente. La cuestión se traslada entonces a comprobar el valor relativo que deba otorgarse a uno y otro.

Así, puede entenderse que la prevalencia de la vida en caso de conflicto puede extraerse sin mayores dificultades del valor superior del que goza en el Ordenamiento Jurídico, hasta el punto de que el legislador ha optado por incriminar determinadas conductas que rompen los esquemas tradicionales de la teoría del delito, como sucede con los actos de participación en el suicidio. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, verbigracia, en el Auto de 14 de marzo de 1979, en el que reconoció que, si bien con la autorización de la transfusión sanguínea se “lesionó un bien jurídico de dicha persona...con ello causó un mal menor que el que se trataba de evitar como era la más que posible muerte del querellante”¹⁰³⁵.

Más allá de lo precedente, en **pro de la posibilidad de apreciar un estado de necesidad en tales casos** hablarían las inadmisibles consecuencias político criminales a que habría de llegarse en caso contrario. Porque entonces debería castigarse al sanitario que, si bien ha actuado desafiando la voluntad del paciente, lo ha hecho, no movido por intereses personales o pretensiones falsas, sino con el fin altruista de salvaguardar su vida, móvil que la sensibilidad jurídica se resiste a incriminar. No hay mejor prueba de lo indeseable de esta solución que la tendencia casi mecánica del Tribunal Supremo a confirmar sin excepción las autorizaciones judiciales para

¹⁰³⁵ Véase a BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *“La intervención médica... Op. Cit., pp. 127 y ss.*

que el médico pueda practicar la transfusión¹⁰³⁶. Es más, en el capítulo de observaciones político-criminales no pueden dejar de considerarse las consecuencias que habrían de extraerse para el personal auxiliar que ayudase al médico en su labor. Si por el contrario, nos mostráramos reacios a aceptar la causa de justificación y admitirse todo lo más una causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad, habría de recurrirse a una legitimación adicional de su conducta para evitar la injusta solución de dejar intacta la responsabilidad de aquellos. Sin duda, esta sería una situación que sería claramente proclive a crear un ambiente de inseguridad jurídica para el personal sanitario, cuestión que, como ya hemos apuntado en otro momento, sólo serviría para acrecentar los ya delicados problemas que se suscitan entre los pacientes y los profesionales de la salud. A su vez, esto culminaría en un aumento de denuncias y por ende mayor Derecho Penal, cuestiones éstas últimas, inadmisibles para nuestra ideología.

4.2.2.2. El médico frente a los pacientes suicidas: ¿Existencia de responsabilidad penal del galeno?

Una vez abordados los casos anteriores, en donde, por un lado teníamos a aquellos sujetos que con su actitud renuente a la terapia ponían en riesgo su salud y por otro, los que mediante su comportamiento –aunque no fuera ese su deseo, sino una forma de reivindicar sus derechos- colocaban en peligro su propia vida; corresponde ahora analizar aquellos otros casos en los que el galeno se enfrentará a determinados individuos que tienen el propósito de poner fin a su vida, negándose por ello a recibir la asistencia médica que precisa. Son, en definitiva, los casos en los que el paciente que se niega al tratamiento delata una actitud suicida, ordenada conscientemente a poner fin a su existencia. Baste pensar en el caso paradigmático de quien hubiera fracasado en su intento de causarse la muerte y se negase a recibir asistencia médica.

En Alemania se planteó un supuesto que puede ilustrar esta problemática. Se trataba del caso conocido como “*Wittig*”, sentenciado por el

¹⁰³⁶ Cfr., los Autos del TS de 14 de marzo de 1979, de 22 de diciembre de 1983 y de 25 de enero de 1984.

Tribunal Supremo Federal en 1984. Una mujer gravemente enferma y cansada de la vida quiso poner fin a su existencia mediante una sobredosis de morfina y somníferos. Para asegurarse de que no sería asistida, dejó escrito un texto donde constaba lo siguiente: «En pleno uso de mis facultades le pido a mi médico que no me ingrese en un hospital, residencia o en una unidad de cuidados intensivos, así como que no emplee medicamentos que alarguen mi vida. Quiero tener una muerte digna». El médico de cabecera llegó cuando estaba aún viva, aun cuando inconsciente, y omitió internarla en el hospital, esperando hasta que sobreviniera el fallecimiento. El Tribunal Supremo Federal absolvió al médico, si bien con el argumento de que si la paciente hubiera sido sometida a terapias de reanimación, habría quedado dañada de forma grave e irreversible¹⁰³⁷.

Dejando a un lado el elemento de dificultad adicional que plantea en este caso el dato de que la mujer padecía una enfermedad grave e incurable, algo que arrastra su problemática hacia el específico ámbito de la eutanasia, cuando se trata de valorar penalmente la conducta del médico que no auxilia al paciente que quiere poner fin a su vida, la primera calificación que pudiera plantearse es la intervención en el suicidio en comisión por omisión, conforme al artículo 143 CPE. Como es sabido, este artículo castiga en sus tres primeros apartados, respectivamente, las conductas de inducción, cooperación necesaria y cooperación ejecutiva al suicidio¹⁰³⁸.

Al respecto de la situación en comento y en un alumbrador estudio de GÓMEZ RIVERO¹⁰³⁹, la Catedrática de la Universidad de Sevilla entiende que salvo la primera modalidad, la inducción, que es conceptualmente incompatible con la comisión omisiva, el resto de las formas típicas de intervención en el suicidio ajeno pueden cometerse en **comisión por omisión**. De hecho, la conducta de cooperación necesaria omisiva está llamada a plantearse con una frecuencia realmente extraordinaria, ya que, como afirmara GIMBERNAT, por regla general, el que va a matarse, más que de la ayuda activa de nadie, lo que

¹⁰³⁷ Véase a ROXIN, Claus. *“Tratamiento jurídico-penal... Op. Cit.*, p. 13.

¹⁰³⁸ Con un estudio más detallado sobre este ítem véase a TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad... Op. Cit.*, pp. 295 y ss.

¹⁰³⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. “La intervención omisiva en el suicidio de un tercero”. En, *AP*, número 2, 1998, pp. 896 y ss.

precisa de verdad es que no le interrumpan el plan que puede realizar perfectamente en solitario¹⁰⁴⁰. A decir verdad, la problemática central que se plantea en relación con esta figura es el de precisar sus contornos frente a otra que le es adyacente: la complicidad.

La cuestión, que ya en general se presenta como una de las más complejas en la teoría de la participación¹⁰⁴¹, espesa aun más sus dificultades en la figura delictiva que ahora interesa, ya que, como es sabido, el precepto 143 del Texto Punitivo incrimina exclusivamente las conductas de inducción, cooperación necesaria y cooperación ejecutiva al suicidio, dejando al margen de su ámbito típico la mera complicidad. De esta manera tenemos que, según la forma en que se aprecie la contribución del tercero, como complicidad o cooperación necesaria, la consecuencia será la impunidad o la responsabilidad conforme al artículo 143 CPE¹⁰⁴².

Antes esto, y siendo posible aceptar como baremo delimitador de una y otra figura el criterio normativo del incremento del riesgo¹⁰⁴³, la tarea de fijar la línea limítrofe entre uno y otro supuesto requiere evaluar cabalmente en cada caso si la conducta omisiva del médico se ha limitado simplemente a favorecer la consecución del propósito suicida del enfermo o si, por el contrario, supuso un incremento del riesgo de su producción de tal modo que pudiera decirse que sin el mismo aquél no sería realizable. Con todo, pese a que no es posible formular reglas que con validez general permitan resolver la variedad de supuestos que pueden presentarse en la práctica, los propios condicionamientos que están en la base de la relación médico-paciente y en el origen mismo de su posición de garantía, determinan que la mayoría de las veces la contribución omisiva del médico haya de valorarse como una forma de cooperación necesaria y no simplemente de complicidad. Así fuerza a entenderlo el dato de que cuando el paciente se encuentra en régimen de internamiento es el médico y su personal auxiliar quienes asumen por completo

¹⁰⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Inducción y auxilio al suicidio". En, *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid, 1990, p. 277.

¹⁰⁴¹ LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997, pp. 407 y ss.

¹⁰⁴² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* *Op. Cit.*, p. 234.

¹⁰⁴³ LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen. *La complicidad...* *Op. Cit.*, pp. 255 y ss.

su cuidado, de tal suerte que el enfermo sólo tiene posibilidades de conseguir su propósito suicida cuando consigue eludir la actividad terapéutica y, en general, el cuidado de aquellos. Puede decirse, por tanto, que al menos en estos supuestos de internamiento, en la mayoría de los casos la omisión del médico ha de valorarse como una contribución que, en términos de cuantificación de riesgo, posibilita -y no meramente favorece- la decisión suicida¹⁰⁴⁴.

Pero, a pesar de los variados supuestos que podemos plantear dentro del escenario de la actividad médica y que se encuentran en potencia para ajustarse a las premisas de lo que dispone el artículo 143 del Texto Punitivo español, pensamos que el verdadero núcleo del conflicto sobre lo que estamos tratando, radica en dilucidar hasta donde llega la posición de garante del médico frente a un supuesto reconocimiento del espacio de libertad del paciente cuando este muestra claramente su rechazo por continuar con su vida. No queremos decir que la patente manifestación de voluntad antagónica de seguir viviendo por parte del enfermo anule el deber de garante del profesional sanitario. Pero ello no impide que éste se anule en virtud de argumentos relacionados específicamente con el origen de su deber de obrar, normalmente un acto contractual, cuya vigencia, por tanto, se extiende hasta donde lo haga la voluntad de las mismas. De esta forma, cuando decae la voluntad del paciente mediante un **acto por el que se sustrae por completo** al compromiso que en su día demandó, decaen también los pilares que fundamentaban el deber de obrar de la otra parte de la relación, el médico. En este sentido, VALLS PRIETO se muestra concluyente cuando parte de la idea de que ni la Constitución ni el Código Penal obligan a vivir. Por tanto, no es la primacía de un determinado bien jurídico sobre otros sino una ponderación de los mismos en los cuales el titular de dicho bien puede disponer de ellos¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 235.

¹⁰⁴⁵ De esta manera, el Profesor de la Universidad de Granada, considera que en estas circunstancias se debe respetar siempre la decisión del titular de morir, incluso cuando no tenga una enfermedad grave o sufra severos padecimientos, siendo aconsejable despenalizar los comportamientos del artículo 143 del CPE. Véase a VALLS PRIETO, Javier. "Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas". En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 34-35.

En este tenor, podemos concluir diciendo que cuando el médico respete en tales casos la voluntad del paciente resultará imposible fundamentar su responsabilidad –en omisión impropia o comisión por omisión- por el resultado letal. En este sentido pueden reproducirse las palabras de ROXIN cuando comenta el caso *Wittig*:

«Cuando el Tribunal Supremo Federal advierte que a menudo los suicidas no son responsables y que en caso de que se les salve en buen estado rara vez se arrepienten de ello, sencillamente debe afirmarse, cuando sea reconocible una anomalía psíquica, un deber de tratar y socorrer al paciente. Pero no es éste el supuesto o, por lo menos, debe ser descartada con seguridad su similitud con el nuestro, dado que **no hay motivo racional alguno que impida respetar la decisión autónoma del paciente también para el caso del suicidio**. La desaprobación moral, la mayoría de las veces deducida por motivos religiosos, de una muerte libre que condujo inicialmente al Tribunal Supremo Federal al rechazo de toda decisión de suicidio, no puede acogerse en un Ordenamiento Jurídico que no conoce en modo alguno obligaciones morales o religiosas...naturalmente que un paciente puede arrepentirse, independientemente de la resolución al suicidio, de rehusar un tratamiento en el momento en el que ya es demasiado tarde para salvarlo. Pero ello no afecta en nada a la impunidad de la eutanasia pasiva, por lo que un argumento acerca del suicidio no puede conducir razonablemente a un resultado contrario»¹⁰⁴⁶.

Referida nuestra conclusión ante los supuestos anteriores resta platearse la posibilidad de que el médico pueda verse envuelto en un delito de omisión propia relacionado con los artículos 195 y 196 del CPE.

A pesar de que hay voces partidas en cuanto a la atribución o no de responsabilidad al galeno en lo que al precepto que comprende el 196 del Código Penal español se refiere, que incluso pueden alcanzar su inclinación doctrinal por “cuestiones morales”, nosotros nos decantamos por creer que, en el caso que ahora ocupa nuestra atención, la misma redacción del artículo en comento –especialmente en su primer requisito¹⁰⁴⁷- hace inadmisibile la posibilidad de que el galeno responda a título delictivo alguno. Esto, debido a que quien en este caso se niega a la asistencia no es el galeno sino el propio

¹⁰⁴⁶ Véase a ROXIN, Claus. “*Tratamiento jurídico-penal...* Op. Cit., pp. 13 y ss.

¹⁰⁴⁷ Del artículo 196 del CPE obsérvense las palabras que resaltamos y que corresponden al primer requisito que se desprende de la exegesis del mismo: “El profesional que, estando obligado a ello, **denegare asistencia sanitaria** o abandonare los servicios sanitarios...”. Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal...* Op. Cit., p. 114.

paciente, por lo que presumir la denegación de asistencia sanitaria resulta baladí.

Empero, queda abordar lo que sucede respecto de la eventual posibilidad que se den los requerimientos que plantea la omisión genérica del deber de socorro contenida en el artículo 195 del CPE cuando el galeno no presta asistencia a la persona que se manifiesta adversa a su acción “salvadora”¹⁰⁴⁸.

Ante la fenomenología que presenta al caso que ahora nos ocupa y a *contrario sensu* de quienes valoran distintos criterios –verbigracia, el hecho de que el sujeto se encuentre o no consciente- a fin de aceptar la **obligación del galeno fundada en el deber de obrar** -que la persona se encuentre desamparada en peligro manifiesto y grave-, pensamos que **dicho argumento** –incluso, a efectos político-criminales- **queda truncado ahí donde el presupuesto objetivo de ese “deber” no se actualiza**¹⁰⁴⁹ debido a que es la propia víctima no sólo la que acepta, sino la que se ha colocado en dicha situación de desamparo y riesgo¹⁰⁵⁰.

Otros autores, si bien es cierto que llegan a la misma conclusión de impunidad del omitente, proyectan su razonamiento a una sede sistemática distinta: la antijuricidad. En la doctrina española es el caso de SILVA

¹⁰⁴⁸ En la doctrina suele generarse un debate por el posible concurso aparente de normas que puede existir entre el contenido del artículo 195 y el 196 del Texto Punitivo, cuando a la denegación de asistencia sanitaria se refiere. Al respecto de este tópico, véase a BLANCO LOZANO, Carlos. *La omisión del deber de socorro en el Derecho Penal*. Barcelona, 2009, pp. 107-108.

¹⁰⁴⁹ HUERTA TOCILDO, Susana. “Las posiciones de garantía en el delito de comisión por omisión”. En, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid, 1987, p. 183; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Estado de necesidad... *Op. Cit.*, p. 58. ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho... Op. Cit.*, pp. 439 y ss.

¹⁰⁵⁰ Como bien apunta María del Carmen Gómez Rivero; esta afirmación puede quedar sujeta al mantenimiento de la postura suicida por parte de la víctima una vez realizada su acción contraria a seguir viviendo. Planteándose de mayor complejidad aquellos casos en los que por coma o inconsciencia es imposible saber la voluntad del suicida. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 239, nota 375. De esto y en comunión con la Catedrática de la Universidad de Sevilla –que a su vez, bien la acción podría devenir por un consentimiento presunto del galeno en los términos que hemos apuntados para esta figura, especialmente en los estados de inconsciencia o imposibilidad para manifestar el consentimiento por quien adolece- **pensamos que la voluntad de aquel no puede apreciarse por el médico en el sentido de permanencia de su inicial deseo de morir** y, el facultativo – por ética y motivado por principios deontológicos- deberá, por consiguiente, realizar lo pertinente para preservar la vida de quien ante él se somete.

SÁNCHEZ, quien considera que es inexigible la prestación de socorro a quien no lo desea¹⁰⁵¹.

La determinación de las bases a partir de las cuales discutir la posibilidad de reconducir a la tipicidad de un delito de omisión pura la inactividad ante el suicidio pasa por atender a la razón de ser que ha llevado al legislador a tipificar estas conductas¹⁰⁵². La respuesta cobra la mayor trascendencia en cuanto condiciona de forma directa la solución que se sostenga. De vincularse el injusto de la omisión del deber de socorro al del tipo delictivo al que se refiere, la consecuencia lógica habría de ser negar en estos casos la aplicación del art. 195 CPE. El argumento es fácil de entender: baste pensar que, en puridad, si se interrelacionan ambos injustos, la conducta de no prestar socorro a quien se encuentra en situación grave a consecuencia de un acto suicida no representa sino una forma de complicidad en el suicidio¹⁰⁵³. Por ello, si se quiere respetar la filosofía del precepto, la solución tendría que ser sostener también la atipicidad de las conductas que ahora se tratan, puesto que si el legislador no ha querido castigar la complicidad a la conducta de quien desea poner fin a su vida, con más razón habrá de concederse la impunidad a la colaboración de quien, por no ser garante, ni siquiera podría calificarse como cómplice por omisión.

****Excurso: A propósito de la libertad de conciencia y la negativa de pacientes a transfusiones sanguíneas. Una mirada al panorama latinoamericano***

Como se ha dejado claro en líneas precedentes, la negativa a los tratamientos médicos es una premisa latente a favor del principio de autonomía¹⁰⁵⁴ y como tal deriva en una correlativa obligación para los profesionales sanitarios e instituciones sanitarias públicas y privadas de ser respetada e inserta en los protocolos asistenciales. Sin duda cuando en la

¹⁰⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La responsabilidad penal del médico por omisión". En, *La Ley*. Número 1, 1987, pp. 955-966.

¹⁰⁵² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 241.

¹⁰⁵³ *Ídem*.

¹⁰⁵⁴ Artículo 2.4 de la Ley 41/2002: «Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito».

relación clínica profesional sanitario-paciente el principio de autonomía deriva en una negativa a un tratamiento tras una previa información por parte del médico se genera una evidente situación de conflicto, aumentada, cuando dicha opción terapéutica es única y en un contexto clínico de urgencia; como hemos hecho alusión, una de las situaciones más características y más generalmente conocida es la negativa de los Testigos de Jehová a la administración parenteral de hemoderivados¹⁰⁵⁵ que ocurre tanto en España como en el resto de países latinoamericanos que ahora estudiaremos.

Sobre el planteamiento anterior nos hemos pronunciado ya, sobre lo que sucede al respecto en el ámbito español, así como también de los distintos aspectos jurídico-penales en lo que atañe a la posible responsabilidad penal del médico derivada de su proceder. Ahora, y sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo, sino meramente comparativo será el turno de exponer lo que sucede respecto al *ítem* de la libertad de conciencia, libertad clínica y el tratamiento sanitario en países como Argentina, Chile, México, Perú, Uruguay y Brasil.

A efectos de evitar reiteraciones, donde, desde luego mantenemos las conclusiones a las que llegamos sobre cada caso concreto –durante el estudio de la realidad española- que interviene la negativa del paciente al tratamiento, cabe adelantar que, conforme a la estructura de reflexión en la doctrina, en la jurisprudencia y en la Ley, se asientan en todos los países sobre las mismas variables, si bien la respuesta difiere en función de la propia configuración y planificación de sus sistemas sanitarios, y asimismo por la base sociológica de su ciudadanía sanitaria.

La situación legal en **Argentina**, se puede definir como de inexistencia de un marco jurídico exhaustivo, quizás como en España la propia práctica clínica, su variabilidad su dinamismo aconseja no regular un caso tan

¹⁰⁵⁵ Componentes de la sangre. Son las fracciones separadas de una unidad de sangre, como el plasma, albúmina, gammaglobulina, concentrado de eritrocitos, plaquetas y factor VIII. Vid. BLAIR, Barbara. *Administración de sangre y hemoderivados*. (Video). Producido por Medical University of South Carolina. Barcelona, 1999.

específico como la negativa de la objeción de conciencia de pacientes ante la necesidad de realizar una transfusión sanguínea¹⁰⁵⁶.

La jurisprudencia argentina¹⁰⁵⁷ sobre esta cuestión puede concretarse en los siguientes criterios¹⁰⁵⁸:

- a) Debe ser admitida la objeción de conciencia a las transfusiones de sangre presentada por pacientes mayores de edad y capaces, fundadas en razones religiosas o de conciencia aunque de ello se siga

¹⁰⁵⁶ ANTEQUERA VINAGRE, José María. "Libertad de conciencia, libertad clínica y tratamientos sanitarios: estudio de la negativa de pacientes a transfusiones sanguíneas. Un estudio comparado de los Ordenamientos jurídicos de Argentina, Chile, Perú, México, Uruguay y Brasil". En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Coordinado por Isidoro Martín Sánchez. Granada, 2010, p.383.

¹⁰⁵⁷ El referente jurisprudencial sobre esta materia en Argentina es la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 6 de abril de 1993. Causa Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar. En él, seis jueces del Alto Tribunal, con distintos argumentos (unos por el derecho a la libertad religiosa, otro por el señorío sobre el propio cuerpo, etc.), se definieron a favor del respeto a la objeción de conciencia, o sea, a la voluntad del enfermo. El Dr. Eduardo Gerome, en una Nota publicada en el diario. La Nación de Buenos Aires, el 27 de octubre de 1995, con el título "Libertad de conciencia y Medicina", al analizar un fallo de la Cámara Civil por el que se denegaba a un sanatorio la autorización para practicar una transfusión; a manera de síntesis del problema señalaba que la decisión judicial venía a dar una solución justa, anteriormente no siempre reconocida. En efecto, la costumbre era que los Tribunales dieran primacía al valor vida por sobre la decisión del propio interesado. El fallo, en cambio, situaba el derecho a la libertad por encima del derecho a la salud o a la vida. Agregaba el Dr. Gerome que "Precisamente, la libertad de conciencia forma parte de esta esfera de libertad, que debe ser primordialmente respetada porque atañe a la dignidad de la persona. Ese derecho a la dignidad, por ser superior en rango y jerarquía a los demás, debe ser reconocido como tal por el Ordenamiento legal". Últimamente la situación ha comenzado a variar lentamente. Mientras la *Watchtower Society* (Sociedad de la Torre que Vigila) se mantiene firme en sus creencias, han comenzado a aparecer voces disidentes que cada vez son más. Sostienen que una transfusión de sangre es un tejido líquido o un trasplante de un órgano, y no una comida, y por lo tanto no viola la admonición de las Escrituras de "abstenerse de comer sangre". Se ha creado la Asociación de Testigos de Jehová para la Reforma sobre la Sangre que sostiene que la *Watchtower Society* –entidad jurídica de los Testigos de Jehová- debe modificar su doctrina, porque se trata de un asunto de vida o muerte para miles de Testigos. Piensa que los fieles deben tener el derecho de decidir si aceptan o no varios tipos de terapéuticas con sangre y sus derivados, sin el miedo de ser echados de su religión, y que la *Watchtower Society* debe cesar su propaganda sobre el uso de la sangre. Mientras el aspecto legal es claro, y el médico se va simplificando, persiste el problema ético, que es la base de todo el asunto. Cfr., a JUAN BOCACCI, Ricardo. "Una objeción de conciencia: El rechazo a las transfusiones en los Testigos de Jehová". En, *Cuadernos de Medicina Forense*. Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, año 2, número 1, 2003, pp.19-25.

¹⁰⁵⁸ Véase al respecto NAVARRO FLORIA, Juan G. y LO PRETE, Octavio. "Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en la República Argentina". En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada, 2010, pp. 29 y ss.

riesgo a su vida. La existencia de hijos menores no modifica la necesidad de proteger la opción individual del adulto capaz sujeto a la necesidad del tratamiento médico;

b) Es siempre necesario que haya sido tras una decisión meditada y libre;

c) Se establece una protección ante los menores e incapaces cuyos padres se oponen a una transfusión sanguínea. En este caso la oposición de los padres o representantes legales se tendrán como irrelevantes.

Existe una respuesta legal y jurisprudencia que no difiere del marco que se plantea en el Ordenamiento Jurídico Español.

Tampoco en el **Ordenamiento Jurídico chileno** existe norma específica que establezca un panorama de seguridad jurídica para los clínicos. Existe numerosos pronunciamientos judiciales que han ido perfilando el criterio jurídico más adecuado según el caso concreto; a modo de ejemplo los pronunciamientos difieren cuando la transfusión sanguínea es urgente de cuando no lo es. El posicionamiento de los tribunales depende de la ponderación de los bienes-valores constitucionales que entren en conflicto.

Existe también un criterio muy consolidado en no admitir la objeción de conciencia de los padres cuando es el menor el que requiere el citado tratamiento médico¹⁰⁵⁹. También existe una clara posición jurisprudencia de establecer un deber del médico para proteger la vida del paciente. A modo de ejemplo de la gran similitud entre la Jurisprudencia española y la chilena cabe indicar a manera ilustrativa:

«En efecto, si ya puede resultar discutible que el derecho a la vida y a la salud física y psíquica, impongan a los titulares de estos derechos, al menos desde el punto de vista constitucional y con ello que pueda exigirse en esta órbita, la prohibición de realizar acciones y omisiones que pudieren ser estimadas como auto-atentados»¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ En este sentido se cita la Sentencia de la Corte Apelaciones de Copiapó. Director del Hospital Regional de Copiapó con Marissa del Carmen Leuquén Tolosa, causa rol 230-2008, de 8 de agosto, considerando cuarto.

¹⁰⁶⁰ *Ídem., supra.*

En cuanto al **ambiente Nacional mexicano** y los rechazos al tratamiento consistente en transfusión sanguínea por motivos religiosos se refiere¹⁰⁶¹, se constata que la negativa de pacientes Testigos de Jehová a recibir transfusiones sanguíneas genera en los centros sanitarios mexicanos¹⁰⁶² problemas similares que en España.

Así, y por lo que a la realidad mexicana compete precisamos las siguientes cuestiones. La Norma Oficial Mexicana (NOM 003-SSA2- 1993) “Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos”, establece que el médico es el responsable de indicar cuándo es necesaria una transfusión sanguínea¹⁰⁶³. Una valoración deficiente que provoca la transfusión innecesaria puede tener efectos desfavorables en la salud, además de implicaciones. El imponer sin la autorización del paciente Testigo de Jehová una transfusión sanguínea, sin tratarse de una emergencia real, imprescindible para la vida, puede vulnerar el principio de autonomía, toda vez que sus valores religiosos los considera violados, independientemente de que los pacientes Testigos de Jehová con su negativa no desean comprometer los valores y la ética del médico¹⁰⁶⁴. Es necesario tomar en cuenta que en México el derecho a la protección a la salud no sólo es un bien individual, también es social¹⁰⁶⁵. Por lo tanto, se considera una garantía que se encuentra

¹⁰⁶¹ RAMÍREZ SALAZAR, Carlos/JIMÉNEZ CORONA, María Eugenia y RIVERA CISNEROS, Antonio Eugenio. “Aspectos jurídicos en casos de transfusión sanguínea en Testigos de Jehová”. En, *Gaceta Médica de México*. Volumen 139, número 4, México, 2003, pp. 423-425. También véase a PÉREZ FERRER, Antonio *et. al.* “Fundamentos del rechazo a la transfusión sanguínea por los Testigos de Jehová. Aspectos ético-legales y consideraciones anestésicas en su tratamiento”. En, *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*. Volumen 53, número 1. Madrid, 2006, pp. 31-41.

¹⁰⁶² CASAS MARTÍNEZ, María de la Luz. “La objeción de conciencia en México”. En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada, 2010, pp. 153 y ss.

¹⁰⁶³ Norma Oficial Mexicana NOM-003-SSA2-1993. “Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos”.

¹⁰⁶⁴ GARAY, Alain. “Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea”. En, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. Volumen 5, número 1. Costa Rica, 2000, pp. 11-15. También véase el interesante artículo de RODRÍGUEZ MOYADO, Héctor. “Medicina sin transfusiones”. En, *Revista Médica del IMSS* (Instituto Mexicano del Seguro Social). Volumen 43, número 3. México, 2005, pp. 229-235.

¹⁰⁶⁵ Sobre esto y para el epígrafe en general véanse las recomendaciones para la atención de pacientes Testigos de Jehová en México: 1. Para transfundir es necesario obtener el consentimiento con información; 2. Si se considera indispensable la transfusión en un procedimiento electivo, de acuerdo con los criterios establecidos, permitir la participación de los médicos de los Comités de Enlace de la Congregación Testigos de Jehová, para valorar otras

en el artículo 4 de la Constitución de México y se define como la máxima jerarquía en el derecho social a la vida¹⁰⁶⁶. Otro aspecto legal que debe tomarse en cuenta es lo que señala el reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica en el artículo 9: «Que la atención médica deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos a que orienta la práctica médica». En el artículo 73 dice: «El responsable del servicio de urgencias del establecimiento está obligado a tomar las medidas necesarias que aseguren la valoración médica del usuario y el tratamiento completo de la urgencia o la estabilización de sus condiciones generales para que pueda ser transferido». En el artículo 81 señala: «Cuando no sea posible obtener la autorización por incapacidad del paciente y ausencia de las personas a que se refiere el párrafo que antecede, los médicos autorizados del hospital de que se trate, previa valoración del caso y con el acuerdo de por lo menos dos de ellos, llevarán a cabo el procedimiento terapéutico que el caso requiera, dejando constancia por escrito en el expediente clínico»¹⁰⁶⁷.

La salud es un bien superior tutelado y protegido por la Norma Oficial Mexicana; por lo tanto, el Estado está obligado a protegerla de la enfermedad y prolongarla cuando sea posible, siempre con dignidad y disminuyendo el sufrimiento como lo señalan los artículos 2, 23 y 32 de la Ley General de Salud.

alternativas; 3. No negar la hospitalización a pesar de que no se proporcionen donadores de sangre; 4. Cuando no se tenga la capacidad para atender a pacientes Testigos de Jehová sin transfusión de sangre, no deberá suspenderse la atención médica y, si es posible, deberá referirse formalmente al paciente a una unidad con esta capacidad; 5. En caso de estado de necesidad (urgencia real), el médico debe preservar la vida ante otros bienes jurídicos y debe respetarse su libertad prescriptiva; 6. Las instituciones de salud deben promover la creación de comités hospitalarios de medicina transfusional para apoyar la toma de decisiones y difundir guías para el tratamiento transfusional. Instituciones participantes en su elaboración: CONAMED, Subsecretaría de Innovación y Calidad, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud, Dirección General de Asociaciones Religiosas de la SEGOB (Secretaría de Gobernación), CNTS (Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea), CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos), Academia Mexicana de Cirugía, Comisión Nacional de Bioética, Academia Nacional Mexicana de Bioética.

¹⁰⁶⁶ Véase el artículo referido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Con su última reforma, también publicada en el DOF el 24 de agosto de 2009.

¹⁰⁶⁷ El Ordenamiento Jurídico mexicano sí reconoce de forma expresa la libertad prescriptiva (en España la denominada libertad clínica) como garante del derecho a la vida y a la integridad física.

En su artículo 33, la Ley General de Profesiones señala que: «El profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente»¹⁰⁶⁸. El Código Civil del Distrito Federal dice: «No aceptándose una conducta negligente», ni que “la voluntad de los particulares exima de las observancias de la Ley ni alterarla ni modificarla”.

Así pues, de lo anterior se desprende que en México, en la práctica clínica cotidiana es impostergable conocer y actualizarse acerca de los aspectos éticos, científicos y legales involucrados, ya que el médico tiene el deber y la responsabilidad de establecer su propio criterio con cada uno de sus pacientes¹⁰⁶⁹. Esto le permitirá decidir, de manera más precisa, y fundamentar su proceder adecuadamente, así como reconocer la importancia de tomar en cuenta la competencia del paciente para la toma de decisiones, considerando sus valores y preferencias. Con base en la legislación médica, si se trata de una urgencia y la transfusión no admite demora porque se pone en riesgo un órgano, su función o la vida, **siempre debe actuarse por el bien del paciente, con base en el criterio médico y la mejor evidencia científica**¹⁰⁷⁰. En los casos de menores, si la madurez del niño es suficiente, deberá respetarse la decisión de aceptar o rechazar la transfusión y también deben ofrecerle las alternativas discutidas. Cuando no puedan decidir por falta de juicio suficiente, es necesario respetar la decisión de los padres, con la excepción de los casos en que esté en peligro la vida. Lo más importante para el médico debe ser nunca negar atención ni abandonar a un paciente y proporcionar la atención

¹⁰⁶⁸ Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional relativo al ejercicio profesional, vigente al 2 de febrero de 2010. Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/257/default.htm?s=>

¹⁰⁶⁹ Véase el minucioso estudio que realizaron en el tema que ahora estudiamos TENA TAMAYO, Carlos *et. al.* “Actitud médica ante la negativa de recibir hemotransfusión por pacientes Testigos de Jehová”. En, *Revista de Ginecología y Obstetricia de México*. Volumen 10. México, 2006, pp. 523-531. Dicha investigación incluye datos estadísticos sobre tipos de trasplantes o tejidos que aceptan o no recibir los Testigos de Jehová, edades de los pacientes sujetos a tratamientos, origen de las inconformidades por cada uno de los estados de la República mexicana, un diagnóstico de los padecimientos de los pacientes y los que fueron consignados en los expedientes de queja, el nivel de atención médica donde se generó la inconformidad, etcétera.

¹⁰⁷⁰ PIMENTEL PÉREZ, Alejandro Gustavo. “Los Testigos de Jehová y el consentimiento informado”. En, *Revista Médica del IMSS* (Instituto Mexicano del Seguro Social). Volumen 40, número 6. México, 2002, pp. 495-504.

médica solicitada con apego a los principios éticos, científicos y legales que rigen la medicina contemporánea.

En Perú, al igual que en España, existen normas sanitarias que de forma clara vienen a establecer el derecho del paciente a autorizar un tratamiento médico o quirúrgico. Se han producido además negativas al tratamiento de Testigos de Jehová con evidente repercusión mediática. Estos casos son excepcionales tanto por la propia configuración del sistema sanitario como del peso específico de la medicina ancestral. No obstante se ha producido a través de otras instancias como la Defensoría del Pueblo de Perú algunas recomendaciones sobre la negativa de Testigos de Jehová a recibir hemoderivados, recomendaciones más en aras de posibilitar un cambio normativo¹⁰⁷¹.

En el ámbito del **Ordenamiento Jurídico de Uruguay** también se han generado tensiones, tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia; ésta última ha ido evolucionando hasta configurar el derecho del paciente a la objeción de conciencia ante terapias con hemoderivados. Como ocurre también en España han sido muy pocos los casos en los que se ha recurrido al ámbito judicial para dirimir estas cuestiones y siempre en los supuestos en los que el tratamiento con hemoderivados tenía su causa en un supuesto de urgencia clínica; la mayoría de los casos se resolvieron de forma privada en la relación médico-paciente dándole al paciente un tratamiento alternativo.

La jurisprudencia ha sido indeterminada; se confirma en el caso uruguayo que en el supuesto de menores en los que existe la necesidad clínica-vital de transfusión no cabe respetar la objeción de conciencia de los padres frente a la libertad clínica. Además, como hecho que también ocurre de forma frecuente en España, cuando un paciente se posiciona objetor de conciencia surge una objeción del médico y solicitaba privarse en permanecer vinculado sanitariamente con dicho paciente porque podría incurrir en un delito de omisión de deberes del cargo; ante esta realidad las instituciones sanitarias elaboraron un protocolo en donde se viene a establecer la necesidad

¹⁰⁷¹ Por todos véase a VALDERRAMA Carlos. *La libertad de conciencia y el Derecho Sanitario en el Perú*. En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada. 2010, pp. 187 y ss.

de respetar el derecho de autodeterminación del paciente, si bien establece algunas excepciones como en el caso de menores, incapaces y embarazadas en donde según las circunstancias los hechos deberán ponerse en conocimiento del Juez para que tome la decisión¹⁰⁷².

A nivel legal, se constata que la Ley número 18,335 de los Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud de 26 de agosto del 2008 viene a reconocer el derecho a la objeción de conciencia de los pacientes, si bien establece tales excepciones –verbigracia, los casos de urgencia- que se traducen en el hecho de dejar un amplio margen a la discrecionalidad administrativa¹⁰⁷³.

En el marco jurídico-sanitario de **Brasil** también se han planteado rechazos al tratamiento; existen normas tanto civiles como penales que realizan reproche cuando no es respetada la autonomía de decisión de los pacientes. No existe diferencias sustanciales con el resto de los Ordenamientos Jurídicos porque si bien si se parte del reconocimiento de la objeción de conciencia del paciente esta es para el caso de la existencia de tratamientos alternativos. No difiere el marco de protección en el caso de menores en donde el denominado “el mejor interés del niño” habilita para el no respeto de los rechazos al tratamiento de hemoderivados¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² ANTEQUERA VINAGRE, José María. “*Libertad...* Op. Cit., p. 386.

¹⁰⁷³ Véase el artículo 11 de dicha Ley: Artículo 11. Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento. **El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.** Cuando mediaren **razones de urgencia o emergencia**, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, **se podrán llevar adelante los procedimientos**, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica...

¹⁰⁷⁴ ANTEQUERA VINAGRE, José María. “*Libertad...* Op. Cit., p. 387.

4.3. La responsabilidad del médico de cara a la actividad experimental

Llevan razón las palabras de PERIS RIERA¹⁰⁷⁵, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia y especialista en cuestiones bioéticas, cuando refiere a la multiplicidad de razones que existen para explicar la intensidad que están alcanzando las relaciones entre la Ciencia –médica en especial- y el Derecho, hasta el punto de reconocer que el análisis de la implicación se ha convertido, en el ámbito cultural general, en una auténtica moda.

No obstante esa creciente relación y si los distintos casos que hemos tenido oportunidad de estudiar en epígrafes previos -a fin de conocer cuál es la dimensión y valoración que adquiere la función del médico desde el punto de vista jurídico-penal como consecuencia de su actuar profesional- denotan *per se* ciertas peculiaridades que dificultan el trabajo del Juzgador al momento de evaluar los casos concretos y emitir el fallo correspondiente; el ámbito jurídico parece disponer todavía de menos recursos cuando nos trasladamos del

¹⁰⁷⁵ PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Los avances médico-científicos en el conocimiento del hombre: un reto para el Derecho del futuro”. En, *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002, p. 141. Dichas palabras formaron parte del Discurso de entrada en la Real Academia de Medicina y Cirugía de Murcia. Añade el Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia que «De entre los numerosos motivos que la explican –la relación entre ambas disciplinas-, hay que resaltar ahora que la moda quedaría justificada aunque fuera tan sólo porque la vinculación entre la Ley y los científicos investigadores, y entre la Ley y los principios morales, siempre está abierta al debate y al examen». En este sentido, entre otros, véase también a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Manipulación genética: Límites jurídico-generales y frontera penal. La respuesta del Código Penal español”. En, *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002, pp. 177-181. Con especial énfasis el Profesor Lorenzo Morillas señala el avance vertiginoso que este tipo de conductas comportan y como pasaron de ser «opciones de ciencia ficción» a cuestiones reales que ameritan una respuesta del Ordenamiento Jurídico, respuesta que deberá darse en sus más adecuados términos; es decir, por un lado brindar un equilibrio protector para esos avances técnicos e investigadores, pero así mismo y por otro, con la idea de controlar las posibles disfuncionalidades y abusos que se pueden cometer y que de hecho se cometen. Sobre lo primero, el respeto y la potenciación de los avances investigadores genéticos, es opinión satisfactoriamente dominante de la doctrina española que están amparados por la Constitución en el artículo 20.1 b) cuando proclama el derecho a la producción científica y técnica; en relación con lo secundario, los posibles límites legales han de fundamentarse en relevantes bienes o derechos de carácter esencial para la convivencia social.

tratamiento curativo terapéutico o quirúrgico, al terreno de la experimentación terapéutica¹⁰⁷⁶.

En cuanto al ámbito español atañe, es el artículo 156 del Texto Punitivo¹⁰⁷⁷ –en principio- quien debe ser sometido a nuestro análisis. Así pues, con el objeto de cumplir con una estructura expositiva y metodológica clara, previo al acto de estudiar dicho precepto legal, es menester diferenciar en la línea en que lo hace de manera casi unánime la literatura penal¹⁰⁷⁸ su genuina estructura frente a otros casos que resultan limítrofes por su parecido morfológico. En primer plano debe diferenciarse de aquellos en los que la actividad médica, si bien tiene finalidad terapéutica, es aprovechada **incidentalmente para un fin experimental**. Ciertamente, mientras que la práctica se realice conforme a métodos de eficacia probada, estos supuestos no demandarían un tratamiento distinto desde la óptica penal. En este sentido, el artículo primero del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, dispone que “no tendrá la consideración de ensayo clínico la administración de un medicamento en investigación a un solo paciente, en el ámbito de la práctica médica habitual y con el único propósito de conseguir un beneficio terapéutico del paciente, que

¹⁰⁷⁶ ESER, Albin. *“Problemas de justificación...” Op. Cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁷⁷ No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, –el artículo 155, que se refiere a la atenuación en los delitos de lesiones cuando el consentimiento se ha prestado de manera válida, libre, espontánea y expresamente- el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los **supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo**, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz. *Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Código Penal... Op. Cit.*, pp. 99-100.

¹⁰⁷⁸ *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos María. “Clinical Trials in Medicine in Spanish Law”. En, *Die klinische Prüfung in der Medizin. Europäische Regelungswerke auf dem Prüfstand*. Germany, 2005, p. 225 y ss.

se regirá por lo dispuesto sobre uso compasivo en el artículo 28¹⁰⁷⁹. En cuanto a la Ley 41/2002 corresponde, en su artículo 8.4 consagra entre los derechos del paciente el de “ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en función de un proyecto de investigación, que, en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud”.

En segundo término, los supuestos de actividad médica con finalidad experimental deben distinguirse de aquellos otros en los que **se emplean terapias no convencionales**; lo que en la doctrina alemana se conoce como *Außenmethoden*, y que se caracteriza porque, si bien la actividad médica se realiza con finalidad terapéutica, difiere en sus métodos o técnicas de los procedimientos convencionales. Como suele aceptarse de forma prácticamente unívoca, tampoco estos supuestos plantean especial dificultad en tanto su empleo no suponga una merma de las probabilidades curativas del paciente frente a los métodos tradicionales, ya que en tal caso su recurso debe valorarse como expresión de la libertad médica de elección entre distintas terapias¹⁰⁸⁰. A decir verdad, la característica que hace especial a este supuesto

¹⁰⁷⁹ De acuerdo con dicho precepto, por tal se entiende la utilización en pacientes aislados y al margen de un ensayo clínico de medicamentos en investigación, incluidas especialidades farmacéuticas para condiciones o indicaciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico bajo su exclusiva responsabilidad considere indispensable su utilización”.

¹⁰⁸⁰ ESER, Albin. “*Problemas de justificación...* Op. Cit., pp. 16-17. Si bien es cierto que Albin Eser acepta el postulado establecido *supra* y por lo tanto se une al pensamiento mayoritario respecto, resulta de particular interés la matización que en relación con este tema realiza el Profesor emérito del *Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg* al sugerir que se debe considerar la posibilidad de abrir una interrogante de si **en esta clase de intervenciones el consentimiento no debería completarse mediante elementos del estado de necesidad** y, por consiguiente, practicarse una ponderación entre el provecho y el riesgo. Esta ponderación sería necesaria, en todo caso, siempre que el paciente, ante el temor a morir, estuviera dispuesto a correr a ciegas cualquier riesgo. En un caso así no sería satisfactorio que la sola conformidad del enfermo con cualquier clase de riesgo eximiese al médico de toda posible responsabilidad penal. El **consentimiento podría convertirse en un pretexto fácilmente utilizable para experimentos a los que no se prestaría un enfermo que no se encontrase en la misma situación de necesidad**. Cfr. ESER, Albin. *Nuevos horizontes en la Ciencia Penal*. Buenos Aires, 1999, pp. 193-218. Sin desconocer lo que de cierto tiene la preocupación que manifiesta este autor, María del Carmen Gómez Rivero refiere a que tales temores no pueden merecer mayor atención ni, por tanto, demandar trato distinto respecto a lo que sucede en general a la hora de valorar la eficacia del consentimiento del paciente para cualquier intervención. Ciertamente éste se encuentra normalmente en un estado de angustia o preocupación; pero mientras no concurren circunstancias adicionales que vicien su

está relacionada con las mayores exigencias de información para la autodeterminación que aseguren la prevalencia de la voluntad del paciente.

Como bien puntualiza GÓMEZ RIVERO¹⁰⁸¹, el propio Código Penal español reconoce implícitamente la libertad de elección de métodos al incriminar con carácter puntual y, por tanto excepcional, un supuesto en el que interviene la facultad de elección del médico. Es el caso de lo que dispone el artículo 609, que reza: «El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos».

De esta manera, tenemos que frente a estos casos, los supuestos de experimentación científica se caracterizan porque, o no tienen finalidad terapéutica o, aun teniéndola, su eficacia no está comprobada. De acuerdo con lo que entiende ESER, es posible distinguir dos grupos de casos que corresponden a otras tantas estructuras problemáticas. Los primeros, los que denomina como pruebas terapéuticas (*Heilversuch*); los segundos, los de experimentación humana (*Humanexperiment*)¹⁰⁸².

Los primeros hacen referencia a aquellas experimentaciones que, si bien se espera que tengan éxito curativo, ni su eficacia ni sus posibles efectos secundarios están demostrados. Dado que los supuestos de pruebas terapéuticas se orientan a la curación de la persona a que se aplican, pueden asimilarse a los de finalidad terapéutica probada en tanto que, al menos

consentimiento, esa situación no puede valorarse más que como el móvil por el que se decide a someterse al tratamiento, sin que tal situación deba ser, por sí sola, un indicio de sospecha de sus vicios. *Vid.*, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 300.

¹⁰⁸¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, pp. 299.

¹⁰⁸² ESER, Albin. "Medizin und und Strafrecht: Eine schutgutorientierte Problemübersicht". En, *ZStW*, 1985, pp. 11 y ss.

probabilísticamente, las posibilidades de curación del tratamiento sean significativas¹⁰⁸³. Aquí habrían de incluirse los casos en los que el empleo del medicamento se oriente de forma primaria a la curación del enfermo, si bien responda a la vez a un interés científico, como la prueba de su eficacia.

Cuando no existan tratamientos convencionales alternativos, estos casos habrían de equipararse sin dificultades a los genuinos supuestos de actividad terapéutica, en tanto que su empleo esté objetivamente indicado y el interés en la curación del concreto enfermo sea dominante o, al menos, codominante. Siempre que la conducta experimental se realice conforme a las reglas de la reiteradamente mencionada *lex artis*, su irrelevancia penal se debe a la ausencia de desvalor de acción, de tal modo que incluso cuando finalmente fracase, nada impedirá seguir contemplándola como socialmente adecuada y, por tanto, lejos del alcance del Derecho Penal¹⁰⁸⁴. Por lo demás, concurriendo el consentimiento del paciente, habrá de descartarse igualmente la posibilidad de apreciar los tipos delictivos que se orientan a tutelar la voluntad de éste.

Frente a estos casos se sitúan los genuinos supuestos de experimentación humana, esto es, aquellos que no sólo tienen carácter experimental, sino que su utilidad desenfoca el concreto sujeto al que se aplica, prevaleciendo, por tanto, el interés en la investigación científica. Aquí habrían de incluirse no sólo los casos en los que se somete al paciente a un tratamiento que no necesita o que no está objetivamente indicado, sino también aquellos otros en los que el medio empleado, aun sirviendo a los fines del tratamiento, se utiliza como alternativa a otra terapia eficaz.

En el marco internacional, las condiciones y garantías mínimas de su práctica se contemplan en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁰⁸⁵, en las Diez reglas de Nüremberg de 1946¹⁰⁸⁶, en

¹⁰⁸³ ESER, Albin. *“Problemas de justificación... Op. Cit., p. 16.*

¹⁰⁸⁴ Sin embargo, Albin Eser, justifica la atipicidad con el argumento de la ausencia de desvalor de resultado en los casos en los que, si bien la medida es dudosa, no existe otra terapia alternativa o, al menos que sea efectiva en el caso en cuestión, o bien cuando sea de temer un empeoramiento si se omite la terapia. ESER, Albin. *“Medezin... Op. Cit., p. 14*

¹⁰⁸⁵ “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

la Declaración de Helsinki, adoptada por la 18ª Asociación Médica mundial en 1964¹⁰⁸⁷, en la Declaración de Manila de 1981¹⁰⁸⁸, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina o Convenio de Oviedo)¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Formuladas durante el juicio contra los criminales de guerra celebrado en Nüremberg, y que fueron utilizadas como patrón para juzgar a los médicos y científicos que habían realizado experimentos biomédicos en los campos de concentración. Las reglas son las siguientes: 1. Es esencial el consentimiento del paciente que tenga capacidad legal y total de prestarlo, y que sea dado libre y voluntariamente, y con conocimiento de la naturaleza y de los riesgos de la experimentación; 2. La experimentación debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos a los fines médicos e imposible de realizar por otros procedimientos; 3. Debe siempre estar precedida por la previa experimentación en animales y con un estudio profundo previo de la misma; 4. Debe evitar todo sufrimiento y todo mal innecesario, físico o mental; 5. La experimentación médica no puede realizarse cuando puede presuponer la muerte o invalidez del paciente, salvo el caso de auto-experiencia; 6. Los riesgos no deben exceder de la importancia humanitaria del problema que se orienta solucionar con la experiencia; 7. Se deben tomar todas las precauciones necesarias para proteger al sujeto incluso de los riesgos remotos de lesión, incapacidad o muerte; 8. El experimentador debe ser persona cualificada. En todas las fases del procedimiento se requiere la máxima precaución y capacidad técnica de quienes lo dirigen o toman parte en el mismo; 9. Debe garantizarse la posibilidad de poder interrumpir la experimentación; 10. El experimentador debe estar dispuesto a interrumpir el experimento en caso de un posible peligro para el sujeto sometido a experimentación.

¹⁰⁸⁷ Revisada por la XXIX Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio, en 1975, la XXXV Asamblea Médica Mundial, celebrada en Venecia en 1983, modificada en la XLI Asamblea Médica Mundial celebrada en Hong Kong, en 1989, que recoge entre sus principios básicos: "5. Todo proyecto de investigación biomédica en seres humanos debe estar precedido por un cuidadoso cálculo de los riesgos previsibles y de su comparación con los beneficios que puedan derivarse para el sujeto de la investigación y para otros individuos. La preocupación por los intereses de la persona investigada deberá prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad; 6. Deberá respetarse siempre el derecho del sujeto de investigación a proteger su integridad. Deberán tomarse todas las precauciones para preservar su intimidad y para reducir al mínimo el efecto del estudio sobre su integridad física, mental y sobre su personalidad; 7. Los médicos se abstendrán de participar en proyectos de investigación en seres humanos, a menos que estén persuadidos de que los riesgos inherentes son predecibles. Suspendarán cualquier investigación si encuentran que los riesgos son superiores a los beneficios calculados; 9. En cualquier investigación sobre seres humanos, todo sujeto potencial debe ser informado adecuadamente de los objetivos, los métodos, los beneficios calculados y los riesgos posibles del estudio y de las incomodidades que pueda implicar. Deberá también informársele de que es libre para participar o no en el experimento y para retirar su consentimiento en cualquier momento. El médico obtendrá entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y libremente prestado del sujeto".

¹⁰⁸⁸ Aprobada por el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, en Manila –Filipinas-, 1981.

¹⁰⁸⁹ El cual en su artículo 16 solicita como condiciones: «1) Que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable; 2) Que los riesgos en que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento; 3) Que el proyecto haya sido aprobado por la autoridad competente después de

Lo anterior sin hacer caso omiso a otros documentos, como el Informe Belmont, Principios éticos y recomendaciones para la protección de las personas objeto de experimentación, adoptado por la Comisión Nacional para la protección de las personas objeto de la experimentación médica y de la conducta (Estados Unidos 1978)¹⁰⁹⁰ y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 19 de octubre de 2005¹⁰⁹¹.

haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objeto del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético; 4) Que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la Ley prevé para su protección; 5) Que el consentimiento (a que se refiere el art. 5) se haya otorgado libre y explícitamente y esté consignado por escrito. Este consentimiento podrá ser libremente retirado en cualquier momento». Por su parte, el artículo 17 establece las excepciones en las que se podrá realizar el experimento sobre una persona que no tenga capacidad para consentir. Además de los requisitos exigidos en el art. 16 1) a 5) requiere: «1) Que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para la salud del sometido a experimentación; 2) Que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo; 3) Que la persona no exprese su rechazo al experimento. Por su parte, el apartado 2 contempla la posibilidad de que de modo excepcional se realice la experimentación en personas incapacitadas pese a que la misma no les reporte una utilidad directa cuando, además de darse los requisitos 2,3 y 4, en primer lugar, el experimento- tenga por objeto, mediante una mejoría significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su tras torno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno o que presenten las mismas características; y en segundo lugar, que el experimento represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo. En relación con las investigaciones sobre el genoma humano, debe tenerse préseme la Declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos Humanos, aprobada por la XXIX Comisión de la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 11 de noviembre de 1997.

¹⁰⁹⁰ Este Informe, tras señalar como principios éticos básicos el respeto por las personas, la beneficencia y la justicia, define las exigencias que debe cumplir el consentimiento informado para que el experimento pueda considerarse voluntario.

¹⁰⁹¹ En un amplio y referencial estudio sobre la proyección de esta Declaración Universal, por todos véase a ROMEO CASABONA, Carlos María y DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. "Alcance y objetivos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos". En, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez. (Coordinadores). Granada, 2006, pp. 225-252. Sobre esta misma Declaración (DUBDH) y con una referencia que comúnmente se deja en el olvido, aplaudimos el acierto de Ignacio Francisco Benítez Ortúzar al hacer un análisis de la operatividad de la figura del consentimiento en el marco de las comunidades indígenas (artículo 6.3 de la DUBDH). Con mayor amplitud véase a BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. "*Capacidad de decisión...* Op. Cit., pp. 321-322 y 331-332.

En el Derecho español, dejando al margen las previsiones del Código de Deontología y Ética médica¹⁰⁹², de los ensayos clínicos con medicamentos se ocupa el inciso primero del artículo 58.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantía y uso racional de los medicamentos, conforme al cual, se entiende por ensayo clínico «Toda investigación efectuada en seres humanos con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su seguridad y/o eficacia». El art. 60 de la misma Ley se ocupa de detallar las garantías que debe respetar: «1. Los ensayos clínicos deberán realizarse en condiciones de respeto a los Derechos Fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la Investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiéndose a estos efectos los contenidos en la Declaración de Helsinki. 2. No podrá iniciarse ningún ensayo clínico en tanto no se disponga de suficientes datos científicos y, en particular, ensayos farmacológicos y toxicológicos en animales, que garanticen que los riesgos que implica en la persona en que se realiza son admisibles».

Está claro, que entre esas exigencias de garantía, desempeña un papel fundamental el consentimiento de la persona sometida al ensayo. Del mismo se

¹⁰⁹² Dispone su artículo 32: “1. El avance de la Medicina está fundado en la investigación y por ello no puede prescindir, en muchos casos, de una experimentación sobre seres humanos, siendo la salud de éstos prioritaria para el médico investigador; 2. El protocolo de toda experimentación proyectada sobre seres humanos debe someterse a la aprobación previa por una Comisión de Ética o de Ensayos Clínicos; 3. La investigación biomédica en seres humanos incluirá las garantías exigidas por las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial al respecto. Requieren una particular protección en este asunto aquellos seres humanos biológicamente o jurídicamente débiles o vulnerables –aunque dicho Código deontológico no define quienes quedan comprendidos dentro de dicho grupo-; 4. Deberá recogerse el libre consentimiento del individuo objeto de la experimentación, o de quien tenga el deber de cuidarlo en caso de que sea menor o incapacitado, tras haberle informado de forma adecuada de los objetivos, métodos y beneficios previstos, así como sobre los riesgos o molestias potenciales. También se le indicará su derecho a no participar en la experimentación y a poder retirarse en cualquier momento, sin que por ello resulte perjudicado; 5. Los riesgos o molestias que conlleven la experimentación sobre las personas no será desproporcionado ni le supondrán merma de su conciencia moral o de su dignidad; 6. El médico está obligado a mantener una clara distinción entre los procedimientos en fase de ensayo y los que ya han sido aceptados como válidos para la práctica correcta de la Medicina del momento. El ensayo clínico de nuevos procedimientos no privará al paciente de recibir un tratamiento válido”.

ocupó ya el RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, y que incorpora la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Tras consagrar en su artículo 3 los postulados éticos de la práctica de los ensayos¹⁰⁹³, regula detalladamente las condiciones de realización de los mismos en el caso de que tengan por objeto a menores de edad (artículo 4)¹⁰⁹⁴ o a adultos incapacitados (artículo 5)¹⁰⁹⁵, así como en los supuestos en que no tengan beneficio directo para la salud de los sujetos.¹⁰⁹⁶ Entre esos postulados se sitúa la exigencia de contar con el consentimiento de la persona que se somete al ensayo, de lo que se ocupa de forma detallada el artículo 8 del Reglamento.

¹⁰⁹³ Entre ellos se cuenta la necesidad de que el Comité Ético de Investigación Clínica que corresponda y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios hayan considerado que **los beneficios esperados para el sujeto del ensayo y para la sociedad justifican los riesgos**. Además en los ensayos deberán respetarse los derechos del sujeto y los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica con seres humanos, **en particular la intimidad y el consentimiento informado**.

¹⁰⁹⁴ En este supuesto, exige la observancia de una serie de condiciones: «a) que el ensayo tenga interés específico para la población que se investiga y, además, guarde relación directa con alguna enfermedad que padezca el menor, o bien sea de tal naturaleza que sólo pueda ser realizada en menores; b) Que el bienestar del sujeto prevalezca siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad; c) Que concurren los requisitos de consentimiento en los términos que contempla la propia norma; d) Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica; e) Que se sigan las directrices científicas correspondientes de la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos».

¹⁰⁹⁵ Las condiciones que requiere en estos casos son: «a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga y dicha investigación sea esencial para validar los datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado y que, además, guarde relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y que ésta lo debilite o ponga en peligro; b) Que el bienestar del sujeto prevalezca siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad; c) Que concurren los requisitos de consentimiento en los términos que contempla la propia norma; d) Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica».

¹⁰⁹⁶ En estos casos, además de otras previsiones específicas para los menores de edad y sujetos incapacitados, requiere que el riesgo que asume la persona que se somete al ensayo esté justificado en razón del beneficio esperado para la comunidad.

A un lado de otras previsiones en el ámbito sectorial¹⁰⁹⁷, de estas exigencias se ha ocupado con carácter general la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que en el precepto 60.4 acopia entre las garantías del respeto a los postulados éticos la exigencia del consentimiento del sujeto del ensayo, que habrá de ser **expresado por escrito, tras haber sido informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del ensayo clínico**. En los casos de personas que no puedan emitir su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo. Por lo demás, la propia Ley precisa que lo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en el art. 9.2 de la Ley 41/2002.

Por lo que al Orden Penal hace, el legislador ha previsto expresamente en el Título V del Libro II una serie de tipos relativos a la experimentación científica¹⁰⁹⁸. Haciendo salvedad de algún precepto en el que lo que se tutela

¹⁰⁹⁷ Véanse los artículos 19 y ss. del RD 414/1996, de 1 de marzo, en los que se regulan los productos sanitarios (BOE nº 99, de 24 de abril de 1996); el art. 3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida (BOE nº 126, de 27 de mayo), así como los arts. 14 y ss. de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica en relación con la investigación con seres humanos, y los art. 34 y ss., con relación a la investigación con ovocitos y preembriones. En el ámbito penitenciario, véase el artículo 211 del Reglamento Penitenciario.

¹⁰⁹⁸ Los delitos contemplados en este Título V, reciben el nombre de “delitos relativos a la manipulación genética”. Algunos autores como Agustín Jorge Barreiro consideran relevante en principio determinar el alcance preciso de lo que se debe entender en sentido estricto por manipulación genética. *Vid.* JORGE BARREIRO, Agustín. “Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto”. En, *Genética Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995*. Carlos María Romeo Casabona (Coord.). Bilbao-Granada, 2001, p. 61. Según Ferrando Mantovani, dicha expresión puede ser entendida en un doble sentido: «a) de significado restrictivo y propio (por su homogeneidad de contenido), en el sentido de modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético y, por tanto, de creación de nuevos genotipos, a través del conjunto de las técnicas de transferencia de un específico segmento de ADN (ácido desoxirribonucleico), que contenga una particular información genética; y b) de significado más amplio e impropio (por su heterogeneidad de contenido), que abarca también las manipulaciones de los gametos y de los embriones, no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético, así como las técnicas de fecundación asistida (inseminación artificial –Fi-; fecundación in vitro (*sic*) con implantación del embrión en el útero –FIV/ET-, y con transferencia del embrión de un cuerpo materno a otro –ET-; el tratamiento de las células germinales para mejorar la fertilidad y su implante en el

es la libertad de la mujer frente a una actividad que hoy día pudiera, ya no considerarse como experimental, es tal es el caso de la inseminación artificial¹⁰⁹⁹, así como de la referencia a un concreto empleo de la ingeniería genética¹¹⁰⁰, los distintos delitos comprendidos en aquel Título tipifican determinadas conductas de experimentación científica¹¹⁰¹. Los tipos penales

cuerpo materno –GIFT-...), en las que existe sólo una manipulación germinal y obstétrica y que, aún planteando también delicados problemas de bioética y de bioderecho, no pertenecen a las manipulaciones genéticas en sentido estricto, pues no modifican el patrimonio genético» *Vid.*, MANTOVANI, Ferrando. “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela”. En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 1. Bilbao, 1994, p. 94.

¹⁰⁹⁹ Artículo 161.1: “Quien practique reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”.

¹¹⁰⁰ Artículo 160: 1. La utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años; 2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; 3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. *Vid.*, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit.*, pp.100-101. A propósito de lo relacionado con la clonación y lo que dispone el presente artículo en su apartado 3º, véase con mayor amplitud y especialidad en el tema a BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. “Aspectos jurídicos de la clonación humana”. En, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002, pp. 55-78. También *cfr.*, a ROMEO CASABONA, Carlos María. “La clonación humana: Los presupuestos para una intervención jurídico-penal”. En, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002, pp. 91-138. Respecto a la producción de armas biológicas mediante ingeniería genética es de interés el artículo de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “La producción de armas biológicas mediante ingeniería genética”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 181-202.

¹¹⁰¹ Sobre este tema de relevancia contemporánea dentro del ámbito de la responsabilidad penal del médico y, por todos véase a ROMEO CASABONA, Carlos María. “Genética y Derecho Penal: Los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”. En, *Derecho y Salud*. Volumen 4, número 2, julio-diciembre, 1996, pp. 156 y ss. En cuanto a la tipificación de este tipo de delitos y por lo que a la realidad española respecta, hay autores como Diego Manuel Luzón Peña que **cuestionan la eficacia de la inclusión de las conductas relativas a la manipulación genética dentro del Texto Punitivo español**. Dicho cuestionamiento lo centra en la incertidumbre que tilda a la aplicación razonable o no de los preceptos que ahora nos ocupan. Así mismo, entiende que la frecuencia en cuanto a la aplicación jurisprudencial de los mismos dependerá de que se esté ante un caso más de rechazable utilización en parte e inicialmente simbólica de normas penales, pero unida y al servicio de la función de protección de bienes jurídicos a través de la efectiva prevención de las conductas que los atacan. *Vid.* LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Función simbólica del Derecho

que en este momento acaparan nuestra atención son básicamente los dispuestos en los artículos 159¹¹⁰² y 161¹¹⁰³.

Independientemente de la diversidad de supuestos que se castigan expresamente en estos preceptos, caracterizados por que quien es objeto de la experimentación, por razones obvias, no puede prestar su consentimiento, se plantea ya en ámbitos distintos la posible responsabilidad penal del médico cuando aquél es una persona que, como tal, puede haber consentido en la experimentación o, al menos, estar en condiciones para hacerlo y, sin embargo, no ha manifestado su consentimiento. Al respecto, la primera cuestión que surge es la relativa a los tipos delictivos que pudieran venir en consideración. Ante la ausencia de un tipo específico que contemplara la realización no consentida de ensayos clínicos, habrá de estarse a los tipos generales de la Parte Especial del Código Penal que puedan recoger su estructura; en concreto, los delitos de **coacciones**¹¹⁰⁴ y **lesiones**. Dado que la

Penal y delitos relativos a la manipulación genética". En, *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995*. Carlos María Romeo Casabona (Coord.). Bilbao-Granada, 2001, pp. 53-56. En este último sentido José Luis González Cussac afirma que no es correcta la inclusión en el CPE de este tipo de conductas constitutivas de ataques graves contra la identidad genética e individualizada del ser humano, pues esta materia se encuentra sometida a constantes cambios tecnológicos y científicos, que han de conducir a continuas reformas del Texto Punitivo en comento. Cfr., GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española. En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 3. Bilbao, 1995, p. 84. En el sentido apuntado, también véase a ROMEO MALANDA, Sergio. "Crónica del Seminario: Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código Penal español de 1995". En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 11. Bilbao, 1999, p. 256.

¹¹⁰² Artículo 159: «1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo; 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años».

¹¹⁰³ Artículo 161: «1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; 2. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza».

¹¹⁰⁴ 1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro **con violencia** hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un Derecho Fundamental se le impondrán las penas en su mitad

apreciación del primero va a ser limitada por el hecho de que, como de la exegesis legal se desprende, requiere que concurra el requisito de la violencia o intimidación, lo que no corresponde a la fenomenología normal de los casos en que se plantee dicha práctica, el tipo delictivo que la mayoría de las veces va a venir en consideración será el de lesiones, cuyo punto de referencia puede ser doble. En primer término, en los supuestos en los que la práctica del ensayo comporte, de por sí, una incidencia en la salud o integridad física o psíquica del sujeto (así podría considerarse ya cuando el ensayo consistiera, por ejemplo, en inocular un determinado virus para probar la eficacia de una vacuna), como cuando a consecuencia del ensayo el individuo desarrollara otras enfermedades (si bien no se planteaba el problema del consentimiento, baste recordar el caso que aparecía en la prensa en agosto de 2006 relativo a seis voluntarios que desarrollaron cáncer y lupus tras probar un fármaco en Reino Unido)¹¹⁰⁵.

De esta manera, tomando como punto de referencia ambos tipos delictivos mencionados *supra*, debe asegurarse que, descartada la posibilidad de reconducir tales casos al ámbito de la adecuación social debido a la ausencia de finalidad terapéutica, pensamos que su tratamiento debe obtenerse a partir de las mismas premisas manejadas con carácter general para solucionar otros ámbitos de conflicto que comparten con el que ahora

superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código; 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

¹¹⁰⁵ Véase, en el Diario *El País*, la noticia de 1 de agosto de 2006. Se trataba de un medicamento, destinado a estimular el sistema inmunitario, que cuatro meses después del suministro provocó a quienes lo habían tomado fuertes dolores de cabeza, pérdida de memoria, dolor de espalda y diarrea.

interesa la cuestión en torno a la eficacia que deba concederse a la voluntad del paciente.

En este orden de ideas y frente a las propuestas de algunos autores de tener en cuenta el resultado de la experimentación¹¹⁰⁶, la entidad de las lesiones que pudieran causarse, o incluso de realizar una ponderación científico-objetiva en términos beneficios-riesgos¹¹⁰⁷, somos completamente creyentes de que la impunidad sólo debe sostenerse con carácter general allí donde pueda apreciarse el consentimiento libre y válidamente emitido por el afectado. Incluso, la afirmación de que el consentimiento excluye la responsabilidad penal habrá de mantenerse aun cuando la experimentación conlleve un riesgo de lesiones o incluso de muerte para el paciente siempre que, la conducta pudiera reconducirse a los esquemas dogmáticos de las autopuestas en peligro¹¹⁰⁸.

De cualquier forma, lo que pretendemos destacar es que, en los casos en que aquel no concurra, **la conducta no podría justificarse** por la atención a intereses objetivos conforme a los esquemas de una suerte de estado de necesidad frente a la voluntad del afectado. Las razones no representan mayor complejidad para su fundamentación. La primera, la necesidad de respetar el límite inmanente a dicha causa de exclusión de la antijuricidad, representado por la exigencia, puesta de manifiesto por MUÑOZ CONDE, de una relación de adecuación entre males¹¹⁰⁹, puesto que la entidad de los bienes afectados determina que dicho requisito del estado de necesidad se descarte ya cuando uno de los bienes en conflicto no se encuentre en situación de peligro. Es lo que sucede en los casos en los que se pretende **sacrificar** o poner en peligro a un bien incólume (en este caso la salud de la persona afectada) para salvar a otro bien que, de hecho, ya está en peligro (ahora un bien jurídico difuso representado por la curación de las personas con enfermedades que hipotéticamente puedan curarse en el futuro)¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ MANNA, Adelmo. *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*. Milano, 1984, pp. 169 y ss.

¹¹⁰⁷ ESER, Albin. "Problemas de justificación... *Op. Cit.*, p. 18.

¹¹⁰⁸ En este sentido véase en la doctrina española a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona, 1999, pp. 69 y ss.

¹¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General...* *Op. Cit.*, pp. 334 y ss.

¹¹¹⁰ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* *Op. Cit.*, p. 308.

El segundo argumento apunta a que de seguirse la ideología que aquí se critica, dicha causa de justificación se convertiría en un peligroso expediente con el que dar luz verde a prácticas que habrían de calificarse cuanto menos como atentatorias a un principio constitucional básico del que hemos tenido oportunidad de referir dentro de la presente investigación: la dignidad humana, y de las que desde luego no han faltado muestras en la historia¹¹¹¹. No parece necesario insistir en que no puede menos que considerarse contrario a la misma someter a alguien a una actividad experimental cuando desconoce por completo, ya su realidad, ya el fin de la prueba a la que se somete. En esas circunstancias es imposible considerar al hombre como un sujeto libre y responsable; en ellas, por el contrario, queda reducido a un mero objeto, a un mero instrumento en manos del investigador “que lo utiliza en su interés”.

No obstante, lo anterior, y siendo firmes creyentes de las ventajas que ofrece la ciencia en el ámbito médico¹¹¹² –siempre y cuando sean patentes sus objetivos y estos no sean manipulados por causa de algún interés particular o incluso gubernamental-, lo anterior, no supone descartar cualquier posibilidad de apreciar un estado de necesidad que en determinados casos justifique la actividad experimental pese a que el afectado no haya manifestado su conformidad a la misma. Ahora bien, su espacio propio habrá de acotarse a los supuestos en los que, por definición, el afectado no pueda expresar su voluntad. Sirva de ejemplo la experimentación en embriones o fetos. Dejando a

¹¹¹¹ Sobre las atrocidades cometidas en aplicación de métodos experimentales, fundamentalmente durante la Segunda Guerra Mundial, véase por todos VEGA GUTIÉRREZ, Javier y MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín y VEGA GUTIÉRREZ, José María. *Experimentación humana en Europa: Legislación y aspectos bioéticos*. Valladolid, 1997, pp. 11 y ss.

¹¹¹² Al tenor de este razonamiento, nos resulta de especial acierto lo expuesto por Jaime Miguel Peris Riera cuando realiza una valoración entre Ciencia y Derecho a pesar de las “luces y sombras” que pueden interrelacionar en estas áreas. De esta manera el Catedrático español afirma que «La magnitud de las implicaciones –entre Ciencia y Derecho- no debe hacer retroceder al jurista porque, si bien es verdad que el genoma –como eje central alrededor del cual giran los delitos tipificados en el Título V Libro II del CPE- y su conocimiento van a plantear interrogantes relacionadas con la propia esencia del hombre y con la valoración que de esta hace el Derecho, no lo es menos que –simultáneamente- le brindan soluciones antes impensables, **con lo que todo no es problema, sino también solución problemática**. Más aún, gracias a su formación y a su método de trabajo, el jurista no debe caer en los niveles de hipersensibilidad, de contingencia y de mutabilidad a que nos tiene acostumbrados en los últimos años la opinión pública». Cfr. PERIS RIERA, Jaime Miguel. “*Los avances médico-científicos... Op. Cit.*”, pp. 160-161.

un lado los supuestos en los que la finalidad no es terapéutica -a los que, según vimos, se refiere expresamente el Código Penal-, la admisibilidad de la experimentación científica habrá de ceñirse en tales casos a la posibilidad de apreciar circunstancias estrictamente objetivas que justificasen la realización de la conducta¹¹¹³. En el resto, el presupuesto mínimo legitimador de la intervención habrá de ser el consentimiento del afectado, en cuanto que es sólo la voluntad del mismo de someterse a una situación de riesgo la que puede legitimar la realización de la práctica experimental. No es por ello de extrañar que, como tantas veces se ha señalado, el consentimiento sea el centro de gravedad sobre el que giran todos los Textos Legales nacionales o internacionales relativos a la experimentación científica¹¹¹⁴.

Finalmente y como corolario de el epígrafe que dedicamos atención, merece destacar que la intervención punitiva del Estado frente al uso abusivo de las técnicas de genética humana encontrará también sus límites en la vigencia y el respeto de los principios de la moderna Política Criminal, que son propios de un Estado de Derecho. Dentro de tales principios merecen ser destacados, por su especial importancia, **los de legalidad e intervención mínima**, incluyendo en este último el carácter de *última ratio* que debe informar toda respuesta penal. Todo ello supone, entre otras consideraciones, que el legislador penal ha de ser respetuoso con las exigencias que se derivan de la vigencia del principio de legalidad, es decir, la configuración de los delitos relativos a la manipulación genética¹¹¹⁵ ha de cumplir con las exigencias de

¹¹¹³ ESER, Albin. *Nuevos horizontes... Op. Cit.*, pp. 53 y ss. Resulta de interés la propuesta que maneja el Catedrático alemán, quien señala que se puede acudir a una doble vía dependiendo de que se trate de un comportamiento imprudente o doloso -eventual-: **mientras el primer caso sería reconducible al instituto del riesgo permitido, el segundo lo sería al estado de necesidad.**

¹¹¹⁴ En este tenor tenemos, el artículo 32.2 del Código de Deontología y Ética médica; el art. 5.1 de la Orden de 3 de agosto de 1982 reguladora los ensayos clínicos sobre productos farmacéuticos y preparados medicinales, el art. 60 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; el RD 56/1993, de 19 de abril, por el que se regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos; o ya en el ámbito internacional, las diez reglas de Núremberg de 1946; el art. 9 de la declaración de Helsinki, adoptada por la 18ª Asociación Médica mundial en 1964 o el art. 16 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

¹¹¹⁵ El bien jurídico protegido en el art. 159 del CPE es la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano, es decir, un bien jurídico supraindividual, cuyo contenido y

taxatividad, precisión y claridad, evitándose el uso de elementos valorativos y de expresiones de contenido indeterminado en la regulación de los correspondientes tipos penales. Además, la respuesta punitiva ha de operar como *ultima ratio* y obedecer a las exigencias de necesidad, idoneidad y merecimiento de pena para proteger bienes jurídicos fundamentales frente ataques intolerables al patrimonio genético del ser humano, es decir, sólo estará legitimada la intervención del Derecho Penal cuando ya se hubieran agotado las otras vías sancionadoras -como las que provienen del Derecho Civil, Derecho Administrativo, etc.- menos gravosas para el individuo que el recurso a la pena criminal. En esta materia, relacionada con el uso abusivo de las técnicas de genética humana, conviene tener muy presente la importante labor preventiva, previa a cualquier intervención del legislador, que puede y debe desempeñar el autocontrol deontológico por parte de la comunidad investigadora en relación con las intervenciones terapéuticas sobre el genoma humano, verbigracia, a través de los comités de Bioética.

alcance se infiere del modelo valorativo constitucional personalista, entendiendo que son inherentes al ser humano valores fundamentales como la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. El art. 159 de dicho Ordenamiento trata de preservar el procedimiento natural de la creación de la identidad genética del ser humano frente a posibles intervenciones artificiales, que atenten contra la autenticidad de la individualidad humana. Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín. *“Los delitos relativos... Op. Cit.”*, p. 104. Véase también, en un amplio estudio sobre la reproducción humana asistida y la manipulación genética a BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos Jurídico-penales... Op. Cit.*, pp. 443-446. Dicho autor, en este rubro específico, habla sobre la necesidad de elaborar una nueva concepción de bien jurídico colectivo por encontrarnos ante conducta que van a desarrollarse sobre generaciones futuras. En un amplio y referencial estudio sobre el bien jurídico protegido en este tipo de conductas merecedoras de reproche penal, véase ampliamente a PERIS RIERA, Jaime Miguel y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 105-119. Inspirada en las ideas de Jaime Miguel Peris Riera y Lorenzo Morillas Cueva, para Nuria Castelló Nicás a través del precepto contenido en el art. 159 del CPE «se está protegiendo la integridad de la especie y su normal desarrollo, lo que supone que siendo ese el inmediato objeto de protección, en última instancia, la prevención de este tipo de conductas implica la protección de la vida humana en sí mismo, de la salud de esa vida humana, de la dignidad de la vida humana, etc.» Cfr. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. “La manipulación de genes humanos. (Art. 159 del Código Penal español)”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 172-173.

De esta manera, y una vez analizadas las cuestiones relativas a la responsabilidad penal del profesional sanitario frente a los supuestos que encierran los tipos comprendidos el Título V del Libro II del Texto Punitivo español y como crítica general de los mismos, a continuación tildaremos algunas cuestiones.

Desde la perspectiva de lo que debería ser una buena técnica legislativa, se observa la indeterminación y desmesurada amplitud del núcleo de la acción típica del art. 159, que se refiere a la conducta de “manipular¹¹¹⁶ genes humanos de manera que se altere el genotipo”, pudiendo llegar a comprender comportamientos tales como los de manipular gametos humanos con finalidad exclusiva de investigación o de manipular embriones *in vitro*, aunque fuera inviábiles, lo cual iría en contra de las prácticas habituales de la investigación genética realizadas en los laboratorios, que llevan consigo la alteración del genotipo, y supondría ir más allá de lo establecido por la legislación especial sobre esta materia. Es criticable que el legislador de 1995 no determinara con precisión el resultado típico, al aludir a “la alteración del genotipo”, que debe entenderse referido al genotipo del ser humano. Se puede objetar también en la línea de PERIS RIERA¹¹¹⁷ que, el CPE de 1995 no haya distinguido entre la manipulación de genes humanos con alteración del genotipo que afecte a células germinales humanas, que incide en la herencia y es merecedora de incriminación, y la que opere en células somáticas humanas, que bajo ciertas condiciones podría considerarse como un tratamiento básicamente defendible. No es correcta la técnica legislativa empleada en la descripción del elemento subjetivo del tipo de injusto del art. 159.1 del Texto Punitivo en comento, al referirse a la realización de la conducta típica “con finalidad distinta a la

¹¹¹⁶ En efecto, la referencia del artículo 159 CPE al verbo manipular ha sido considerada como poco apropiada, pues no parece muy técnica y contradice las recomendaciones de distintos organismos internacionales que apuntan la conveniencia de usar un término con menor carga peyorativa. Véase el estudio relevante que en torno a la regulación penal respecto de la manipulación genética realiza PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*. Fundación Valenciana de Estudios Avanzados. Madrid-Valencia, 1995, p. 144.

¹¹¹⁷ *Ibidem.*, p.176.

eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”, términos estos últimos que se caracterizan por su vaguedad e indeterminación¹¹¹⁸.

De todo lo dicho acerca de las deficiencias de técnica legislativa en la configuración de los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, pueden derivarse dos importantes conclusiones: 1ª) Que el legislador español de 1995 no ha sido muy respetuoso con las exigencias derivadas de la vigencia del principio de legalidad, y 2ª) Que el nuevo CPE tampoco ha respetado el principio de intervención mínima, al tener un desmesurado ámbito de aplicación el artículo 159, aparte de la discutible oportunidad y conveniencia de incriminar tales conductas a título de imprudencia. Al penalista le corresponde interpretar el alcance del tipo previsto en el art. 159, y hacer posible una aplicación razonable del mismo a la luz de los criterios que nos proporciona la dogmática jurídico-penal. En este sentido, como hemos señalado a lo largo de estas reflexiones, no se puede olvidar que estamos ante delitos de resultado, que en su vertiente objetiva exigirán la comprobación de una relación de causalidad entre acción y resultado, así como el nexo de antijuridicidad propio de la moderna teoría de la imputación objetiva¹¹¹⁹.

De los argumentos anteriores y en comunión con un considerable planteamiento que formula JORGE BARREIRO merece la pena plantearse la interrogante que apunta en dirección de pensar si no estaremos aquí ante un caso más de legislación penal simbólica , en el sentido crítico y negativo de tal expresión, es decir, de una norma penal que pretende sólo desplegar efectos puramente simbólicos, desentendiéndose de la función instrumental y básica del Derecho Penal de proteger bienes jurídico fundamentales¹¹²⁰. En este

¹¹¹⁸ *Ibidem.*, p. 105.

¹¹¹⁹ Sobre algunos rasgos del tratamiento de la imputación de la norma en el ámbito mexicano véase a DÍAZ ARANDA, Enrique. “Imputación normativa del resultado a la conducta”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, pp. 799-827.

¹¹²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995”. En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 5, Bilbao, 1996, p. 75. Dicho autor se refiere a las interrogantes que suscita la nueva regulación del Título V del Libro II del CPE de 1995 y a las posibilidades reales de su aplicación en la práctica, aludiendo, entre otros factores, al hecho de que se trate de **comportamientos únicamente realizables en la intimidad de los laboratorios**, a la escasa formación en este ámbito de los órganos encargados de persecución penal y a las graves dificultades de prueba.

contexto crítico sobre el Derecho Penal simbólico, no se puede ignorar la importante función simbólica que es inherente, aunque es común a toda legislación, a la legislación penal y que permite conformar, en la dirección apuntada por la prevención general positiva, la conciencia jurídica de los ciudadanos acerca de la importancia de nuevos bienes jurídicos¹¹²¹, como puede ser el interés relativo a la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano. Por lo tanto, la opción del legislador español de 1995, de incriminar las conductas típicas relacionadas con ataques al mencionado bien jurídico supraindividual, “puede” merecer una valoración positiva en cuanto pretende tutelar un emergente y fundamental interés frente a las intervenciones indeseables que pueden provenir del uso abusivo de las nuevas técnicas de genética humana¹¹²². Sin embargo, como hemos advertido anteriormente, la

¹¹²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid, 1999, p. 98.

¹¹²² De relevante interés, son las observaciones (sobre la operatividad –o no- practica tienen los tipos penales relativos a la manipulación genética) que realizan Jaime Miguel Peris Riera y Javier García González. Sin entrar a un análisis pormenorizado de cada una de dichas figuras punitivas, destacan 4 criterios genéricos en los que fundar la discusión suscitada al respecto de la funcionalidad que reflejan dichos preceptos: «En primer lugar, la relativa eficacia que pueden alcanzar estas normas, a tenor de la privacidad con la que se llevarán a cabo los comportamientos en ellas reglados y el alto grado de especialización que requeriría su persecución. En consecuencia y ante la elevada “cifra negra” de delitos de manipulación genética, se considera “más útil y oportuno” proceder con gran rapidez al reconocimiento de nuevas formas de tutela, idóneas para proteger las nuevas exigencias y los nuevos valores que la ciencia y la técnica evidencian día a día. Entre esas actuales formas de tutela habría que incluir diversos intentos: así, la ampliación del catálogo de derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el recurso a los llamados delitos de obstáculo, entre otros. Junto a la relativa eficacia de estas normas destacan, en segundo lugar, la rapidez con la que fueron adoptadas las normas reguladoras de la manipulación genética en sentido amplio, sin que existiera información ni debate público “pausado” en el caso de España. En tercer lugar, ha de ponderarse la prohibición de conductas casi inimaginables y, mucho menos aquello que es aun del dominio de la ficción. Además, fruto de complejidad técnica que envuelve la materia, cualquier conminación penal genérica sería rechazable por englobar aplicaciones terapéuticas; en tal sentido, habría que incluir un listado de excepciones, a su vez difícil de concretar. Por último, a pesar de estar tipificados como delitos comunes, los sujetos activos en estas conductas serán, en la mayoría de las ocasiones, personas jurídicas en busca de ingentes beneficios económicos; y en tal sentido, convendría preguntarse por el quantum de la pena para valorar sus efectos de intimidación general frente a las corporaciones o empresas multinacionales...» Cfr. PERIS RIERA, Jaime Miguel y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. “El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho Penal”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 103-104.

regulación ofrecida sobre esta materia por el CPE de 1995 es criticable, entre otras razones, por su deficiente técnica legislativa y por no haber sido muy respetuosa con el principio de intervención mínima. Los evidentes peligros inherentes a la manipulación genética deben ser neutralizados gradualmente a través de distintas vías de protección del patrimonio genético del ser humano, garantizándose el Derecho Fundamental a la libertad de creación e investigación, y dentro de las cuales el Derecho Penal –forma de reacción sancionadora más enérgica de que dispone el Estado- ha de ser la *última ratio*.

4.4. El profesional sanitario y el paciente ante la “buena muerte”

Los problemas de justificación que hemos examinado anteriormente, tal como pueden producirse en el contexto de un tratamiento orientado a lograr la curación o la mejoría del paciente, son “relativamente sencillos”. En estos casos, a excepción del supuesto, poco frecuente, en el que el paciente o bien la persona sujeta a la experimentación se exponen a un riesgo mortal, se trata de la protección de la salud y de la autodeterminación y, por tanto, de bienes esencialmente disponibles. Por consiguiente, el consentimiento del afectado es básicamente eficaz y, en todo caso, si aquél no pudiera obtenerse, no se excluye una posible ponderación con otros intereses. Por el contrario, al entrar en el ámbito donde el médico y el paciente interactúan estando de por medio la muerte, penetramos en un terreno verdaderamente difícil; pues, en estos casos, siempre que no se trate de un simple auxilio en el morir (en el sentido de un puro acompañar en el momento de la muerte), sino de una ayuda a morir (en la que se persigue o, por lo menos, se acepta el acortamiento de la vida), está en juego, bajo la apariencia de la vida, un bien jurídico sustraído a la disposición del particular¹¹²³ -por lo menos según el punto de vista tradicional- y que tiene prioridad frente a otros intereses, dado que constituye el valor más elevado. Queda, por tanto, muy poco espacio para el consentimiento a la vez que parece que se cierran las vías de la justificación basadas en los fundamentos de la ponderación. Por eso, como bien refiere ALONSO ÁLAMO,

¹¹²³ Sobre las distintas concepciones jurídicas, religiosas, filosóficas que pueden hacerse respecto del bien jurídico vida, así como el alcance de lo que encierra el concepto del derecho a la vida véase a FIGUEROA GARCÍA y HUIDOBRO, Rodolfo. “Concepto de derecho a la vida”. En, *Revista Jurídica Ius et Praxis*. Volumen 14, número 1, 2008, pp. 261-300.

«el problema penal de la eutanasia debe ser abordado desde la Constitución»¹¹²⁴.

Así las cosas, lo cierto es que este planteamiento tan riguroso del Derecho tradicional ha conllevado en todo el mundo numerosos esfuerzos encaminados a suavizarlo. Y es que, si se tiene en cuenta el creciente poder de manipulación del momento de la muerte por parte de la moderna Medicina, el ser humano ya no sólo precisa protección frente a un adelantamiento prematuro del momento de la muerte, sino también, en determinadas circunstancias, frente a una **prolongación impuesta de la vida**¹¹²⁵. Antiguamente el ser humano tan sólo tenía que luchar por retardar el momento de la muerte tanto como le fuera posible. En la actualidad se enfrenta con una Medicina que con sus acelerados avances incluso consigue reanimar a alguien

¹¹²⁴ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Sobre eutanasia y Derechos Fundamentales. Recensión del libro de Fernando Rey Martínez”. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 10-r3, 2008, p. 2. En este trabajo de la Catedrática de la Universidad de Valladolid, y, a propósito de la referencia constitucional, nos resulta interesante y certera la reflexión que hace respecto de lo que dispone el artículo 15 de la Ley Suprema: «A mi modo de ver, sin embargo, suscita dudas la invocación, por doctrina y jurisprudencia, del artículo 15 de la Constitución allí donde hace referencia “a la integridad física y moral”: unas veces se invoca la integridad física, otras se invoca la integridad moral, otras se invocan ambas, y otras, en fin, se pretende superar la dicotomía, acudiendo a la omnicomprensiva expresión “integridad personal”. En mi opinión – continua la autora- ambas referencias pueden y deben permanecer separadas. Ello es particularmente claro cuando se trata de la eutanasia. No deja de ser paradójica la invocación del derecho a la integridad física cuando de lo que se trata es de causar la muerte. No parece que sea suficiente señalar que se trata de eliminar el dolor. Que acabar con el dolor acabando con la vida pueda ser considerado ejercicio del derecho... Planteándolo desde el ámbito del Derecho Penal y dando la vuelta a la argumentación: no parece que si mantuviéramos al paciente con vida aplicándole una terapia en contra de su voluntad mediando un contexto eutanásico, pudiera apreciarse un delito contra la integridad física; más bien parece que estaríamos ante un ataque a la libertad o ante un ataque a la integridad moral (a no ser que ampliemos el delito de lesiones comprendiendo en el mismo los ataques a la autodeterminación corporal)». *Ibidem.*, pp. 5-6. Además, en el marco de la eutanasia, la autora reprocha la falta de respuesta constitucional respecto a la protección penal del bien jurídico vida., p. 7 *in fine*.

¹¹²⁵ Respecto al clásico debate sobre la eutanasia Lorenzo Morillas Cueva lo centra con acierto de la siguiente manera: «Es fundamentalmente un problema ético, aunque posiblemente sea con mayor prioridad una cuestión de respeto a la libertad y a la dignidad de la persona; en todo caso representa una potencial colisión de intereses entre el bien jurídico vida en su presentación más estricta y cerrada de dominio estatal y la opción liberadora de la persona que como ciudadano de ese Estado reclama el derecho a una muerte digna, sin dolores innecesarios, sobre el drama de su propio desahucio vital». MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Prólogo”. En, *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada, 2001.

clínicamente muerto y que aspira a prolongar la vida, mediante la aplicación de una terapia superintensiva, incluso cuando para el afectado ha perdido todo sentido. En consecuencia, poder morir con tranquilidad puede resultar más difícil que poder vivir durante más tiempo. **¿De qué forma debe interpretarse el postulado: Derecho a una muerte digna?**¹¹²⁶ Esta constituye una cuestión que todavía se debate abiertamente, tanto más, cuanto que los tipos tradicionales creados para la protección de la vida, pensados únicamente para protegerla de acortamientos prematuros, se oponen a esta nueva situación. Por esta razón, una conducta de auxilio a morir se enfrenta con múltiples problemas de legitimación, que tienen diferente sentido y dificultad según que se trate de un auxilio a morir activo o pasivo. No obstante, lleva razón ALONSO ÁLAMO cuando afirma que «el temor al peligro de instrumentalización ideológica de la dignidad o las dificultades para su conceptualización no deban conducir tan decididamente a una desconfianza hacia la dignidad, máxime si se

¹¹²⁶ Esta expresión es sinónimo de “buena muerte”, o del término comúnmente utilizado de **eutanasia** que de igual forma aparece ya en varios textos clásicos antiguos, con la significación de una muerte sin dolores y en paz, aunque hay que decir que en nuestros días se ha convertido en un término y en una discusión estelar, utilizado en diferentes contextos con valoraciones éticas y jurídicas muy distintas, pero sorprendentemente, todas alejadas de la significación etimológica y original. Vid. GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *Bioética Teológica*. Madrid, 2003, pp. 257-258. José Luis Díez Ripollés define a la eutanasia con un aliento más específico y considerando distintos elementos característicos del umbral de la muerte donde entiende que esta se refiere a aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece con una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado. Cfr., a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*. Valencia, 1996, p. 511. Por tanto una definición descriptiva que contuviera todos estos elementos podría ser: la eutanasia consiste en la conducta voluntaria de una persona que produce la muerte a otra, que padezca una enfermedad grave o irresistiblemente mortal que le ocasiona graves e insufribles padecimientos, a petición de esta. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido... Op. Cit.*, p. 48. Parece que también forman parte del concepto común de eutanasia los móviles de compasión, los móviles humanitarios y solidarios, denominados por la doctrina los móviles de piedad, aunque en el tipo penal no vienen incluidos. GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte*. Madrid, 2006, p. 859. Romeo Casabona define a la eutanasia como «la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de invalidez irreversible según el estado actual de la Ciencia Médica y desea poner fin a sus sufrimientos. También incluye dentro del concepto de eutanasia aquellas situaciones en las que el sujeto no puede manifestar su voluntad o no puede ser tenida en cuenta por cualquier otro motivo». ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada, 2004, pp. 121-122.

acepta, que la dignidad podría ser invocada en el debate sobre la eutanasia activa indirecta y sobre la eutanasia pasiva¹¹²⁷, y se admite que el derecho a la integridad personal es vecino inmediato “pared con pared” de la dignidad»¹¹²⁸.

De esta manera, en el presente epígrafe lejos de hacer un estudio somero y excesivamente minucioso –porque desviaría el objeto del mismo-, sobre las múltiples aristas que giran en torno al polémico ítem de la eutanasia¹¹²⁹ nos ocuparemos analizar ese grupo de casos donde el galeno puede ser sujeto de responsabilidad penal; adelantando, de una manera genérica, que los casos normales de eutanasia o “buena muerte” se caracterizan porque el interés representado por la continuidad de la vida y su veneración absoluta se enfrentan al respeto de la voluntad del paciente contraria a continuar una existencia que ha perdido su calidad¹¹³⁰. En éste

¹¹²⁷ Recordemos que este tipo de eutanasia se presenta cuando se omiten o simplemente no se adoptan las medidas que prolongarían la vida pero que sólo proporcionarían padecimientos inútiles, pues el paciente ha sido del todo desahuciado por encontrarse en fase terminal o en como irreversible. Constituyen supuestos de este tipo: desconectar en respirador u otros instrumentos vitales para el enfermo; no emprender actos reanimatorios; o interrumpir un tratamiento o terapia, entre otros. Cfr. GIL RUIZ, Juana María. “La eutanasia”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009, pp. 600-601.

¹¹²⁸ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Sobre eutanasia y Derechos Fundamentales... Op. Cit., p. 7.

¹¹²⁹ Con relación a las distintas situaciones en que se aplica la eutanasia véase el interesante artículo de VILA CORO, María Dolores. “La eutanasia: Aspectos médicos, éticos y jurídicos”. En, *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. Tomo I. Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Luis Martínez-Calcerrada, Ricardo de Lorenzo y Montero (Coordinadores). Madrid, 2001, pp. 983-1002.

¹¹³⁰ El interés representado por el respeto a la dignidad de la persona y a la búsqueda de una muerte digna es implícito, a la propia etimología de la definición del concepto que engloba la palabra eutanasia, que proviene del griego “*eu-thanatos*” sinónimo de –que utilizamos en el título del presente epígrafe- “buena muerte”. Sobre este tema y con un análisis relativo al sentimiento de piedad frente al estado en que se encuentra el paciente véase a MANTOVANI, Ferrando. “El problema jurídico de la eutanasia”. En, *Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal*. Granada, 2001, pp. 83 y ss. De la lectura de este artículo se deduce que el Catedrático italiano se muestra en general favorable al castigo de la eutanasia. Pensamos que en el eje argumentativo de quienes se decantan por esta postura suele centrarse en torno a la sacralidad de la propia vida como a la incapacidad del enfermo para tomar una decisión responsable y mediata cuando, por definición, lo único que aspira es a escapar de una situación angustiosa. Por su parte quienes **nos decantamos** –en ciertas modalidades- **a favor** de la “buena muerte” matizamos la relativización misma de la vida ante otros intereses del paciente, fundamentalmente su autonomía y calidad de existencia, que podrían verse arrolladas por un entendimiento mecánico y ciego de la Medicina a favor de la vida como bien absoluto. Sobre los detractores y los defensores de la “buena muerte” o eutanasia véase el relevante estudio que realiza DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una*

campo, el de los límites finales de la vida, se entreveran con toda su fuerza los diferentes intereses que pueden entrar en conflicto, y en el que, como en ningún otro, el avance médico se presta a usarse como un arma que tan pronto puede volverse a favor como en contra del enfermo.

A propósito de las líneas anteriores, y situada la problemática en esa tesitura, podría ser ocioso abundar sobre lo que hoy en día dentro del cenit de la actividad política-legislativa, científica y jurídico-doctrinal es conocido: **cualquier aproximación al tratamiento de la eutanasia difícilmente puede realizarse con asépticos instrumentos jurídico-penales.** Por el contrario representa ante todo un espacio donde indefectiblemente se proyectan y confluyen intensa y radicalmente las distintas concepciones filosóficas, éticas y religiosas en torno al valor recíproco de la libertad y de la vida.

Por otra parte, está claro que debido a la ductilidad con la que la Medicina puede usarse en estos ámbitos y, con ello, su capacidad para convertirse tanto en un arma de alivio del sufrimiento como en una torturante máquina para saborear el encuentro con la muerte, a la postre los argumentos utilizados en favor de la legalización de la eutanasia se vinculan con el respeto de la autonomía y dignidad del ser humano¹¹³¹. De hecho, son estos argumentos los únicos que pueden explicar que el médico se implique

discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona, 1994, capítulos 1, 7 y 8.

¹¹³¹ Al respecto, entiende María del Carmen Gómez Rivero, que los conceptos de situación terminal, voluntad y dignidad tienen que contemplarse como presupuestos que sólo de forma cumulativa y secuencial dotan de sentido a la regulación de la eutanasia: sin la situación objetiva carece de sentido plantearse cuál sea la voluntad del paciente y sin ésta, a su vez, resulta ociosa la cuestión en torno a la posible vulneración de su dignidad. Lo primero, esto es, que la situación terminal o de grave enfermedad es el presupuesto situacional al que tiene que referirse la voluntad apenas está necesitado de mayor explicación desde el momento en que si concurre aquélla pero no ésta, la muerte habría de calificarse como homicidio y, a la inversa, si existe voluntad de morir pero no situación terminal el punto de referencia sería un suicidio. Pero tampoco la dignidad, como concepto apriorístico y absoluto, puede ser el primer cimiento sobre el que se apoye la eutanasia, algo que, no obstante, suele manejarse no pocas veces como argumento central de una política despenalizadora. Frente a ello, no puede perderse de vista que el **concepto de dignidad es ante todo relativo y que sólo adquiere sentido a partir de la indagación de la voluntad del enfermo.** Valga para ello una dualidad de razones fuertemente imbricadas entre sí: en primer lugar, la dificultad de identificar la situación de enfermedad grave, en sí, como algo específicamente atentatorio de aquélla. En segundo término, por la imposibilidad de definir lo que sea "indigno" en términos meramente objetivos, sin tener en cuenta cuál sea la voluntad del sujeto. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 535, nota 387.

realizando una conducta que no sólo no le reporta un beneficio personal, sino que incluso puede acabar sentándole frente a un Tribunal al que poco más le queda alegar que haber actuado en conciencia.

Planteado el contexto sobre el que nos desenvolveremos y antes de pasar realizar algunas consideraciones que el Texto Punitivo español recoge en su valoración respecto del tema que nos ocupa y, posteriormente al análisis concreto de ciertos escenarios que la realidad médica nos presenta, es menester establecer ciertas directrices generales respecto de la eutanasia. Así, partimos por la clasificación que puede considerarse ya clásica de la “buena muerte”, en cuanto que la misma es el punto de partida obligado de cualquier reflexión al respecto. En concreto, la mayoría de los ensayos doctrinales orientados a clasificar las distintas formas de eutanasia suelen diferenciar entre la eutanasia activa (provocación de la muerte) y la pasiva u ortotanasia¹¹³² (no iniciación o interrupción de un tratamiento que consigue alargar la vida en su fase final, o, lo que es lo mismo, la conducta consistente en retirar el soporte vital), distinguiendo a su vez entre la eutanasia directa e indirecta, según que la medida se oriente a causar la muerte o simplemente produzca como efecto secundario el acortamiento de la vida¹¹³³.

¹¹³² Al respecto de la ortotanasia, véase por todos el estudio de AMENOS VIDAL, José María. “Ortotanasia. Tratamiento vital y privilegio terapéutico”. En, AA.VV. *Ética, Psicología y Cristianismo*. Enciclopedia y Biblioteca de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Departamento de Economía Política. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga, 2007, pp. 51 y ss. En dicho artículo, sin embargo, se pueden observar tintes más a fin a la conciencia religiosa y con un claro decante por la preservación de la vida casi a “toda costa”, lo que lo hace hasta cierto punto alejarse del análisis de otros elementos de relevante importancia – incluso constitucional-, como la dignidad de la persona cuando no hace más que soportar un sufrimiento.

¹¹³³ Entre otros, véase a ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales”. En, *RFDUG*. Número 13. Granada, 1987, pp. 283-299; FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Auxilio al suicidio en enfermos terminales y eutanasia”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, p. 341. De este interesante estudio, donde la autora también dibuja el tratamiento de la eutanasia en España, la Profesora de la Universidad de Jaén se muestra claramente proclive –desde la invocación a Landrove Díaz, y en parte de sus reflexiones- al hecho de no sancionar la búsqueda de una muerte digna (p. 350); MARTÍN ALBA, Sonia. “Delitos susceptibles de comisión por profesionales de la salud”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009, p. 1021. También, y previo a cualquier estimación valorativa que se pretenda realizar ya sea al apego

A partir de esta clasificación, y antes de las previsiones introducidas por el Código Penal español de 1995, la doctrina, en líneas generales, se había mostrado favorable a admitir la impunidad, en primer lugar, en los supuestos de eutanasia pasiva¹¹³⁴.

Haciendo de lado a algunos argumentos aislados¹¹³⁵, la lógica que ha inspirado esta solución no es otra que la idea de que, al fin y al cabo, cuando el paciente renuncia a seguir recibiendo la medicación o la asistencia mecánica que necesita, lo que ejerce no es más que el derecho a negarse al tratamiento, lo que entronca con el principio de voluntariedad como presupuesto legitimador de cualquier acto médico. Se trataría, en definitiva, de respetar uno de los principios básicos de bioética, considerado además punto de partida de los restantes: la autonomía del paciente, hasta el punto de que la pretensión de desconocerla e imponer pese a la misma un tratamiento médico podría dar paso, en su caso, a un delito de coacciones.

Por otra parte, en la medida en que se trata de un simple omitir, el razonamiento que está en la base de la impunidad de la eutanasia pasiva

de las leyes que regulan la eutanasia o al margen de ellas, véase el recientemente aprobado (18 de marzo de 2010) Proyecto de Ley sobre la muerte digna, la primera norma autonómica de España que regulará los derechos del paciente durante la última etapa de su vida y las obligaciones de los médicos tanto en centros públicos como privados. La denominada **Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de las Personas en el Proceso de la Muerte** regula la limitación del esfuerzo terapéutico, **prohíbe el ensañamiento terapéutico** y permite a los pacientes rechazar un tratamiento que prolongue su vida de manera artificial. También da cobertura a la sedación paliativa para aliviar el sufrimiento de los enfermos aunque ello pueda "acortar su vida".

La norma no regula la objeción de conciencia de los médicos ya que, según los juristas del Consejo Consultivo de Andalucía, debe ser una ley estatal la que lo haga

¹¹³⁴ Respecto a esta modalidad de "buena muerte o muerte dulce", por la intensidad con que la trata en un la crónica de un relevante caso véase a MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *"El caso Terri Schiavo... Op. Cit.*, pp. 354-363.

¹¹³⁵ En la doctrina alemana merece la pena hacer referencia al planteamiento de Günther Jakobs. El Catedrático egresado de la Universidad de Bonn, intenta justificar la impunidad de los casos de desconexión del aparato, considerados tradicionalmente como formas de eutanasia pasiva, a partir de las premisas de la construcción más amplia que sostiene en torno a la comprensión de los roles en Derecho Penal. Así, afirma: "Es lícito suspender determinadas prestaciones realizadas a través de aparatos y que conservan con vida al paciente cuando ya no están indicadas médicamente. Aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto a la muerte del paciente, el médico permanece dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, es infortunio del otro el hecho de estar organizado de manera propensa a sufrir el daño". JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Universidad externado de Colombia. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colombia, 1994, pp. 32 y ss.

puede reconducirse a otro de dichos principios que fundamenta la ética biomédica: el de no-maleficencia¹¹³⁶. Así habría de entenderse teniendo en cuenta que el empeño por agotar cualquier recurso que ofreciera la Medicina podría llevar a prácticas de **encarnizamiento terapéutico**, que se traducirían en hacer prevalecer el mantenimiento ciego de la vida por encima del interés en evitar sufrimiento del paciente¹¹³⁷ y, en definitiva por encima del mal que de esta forma se le causará¹¹³⁸.

Respecto a la eutanasia activa indirecta hay autores como ZUGALDÍA ESPINAR que optan por la impunidad en casos de **eutanasia activa indirecta**, siempre que mediara el consentimiento del paciente¹¹³⁹. El razonamiento que cobija esta solución descansa en la idea, aceptada hoy día por todos los

¹¹³⁶ BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios... Op. Cit.*, pp. 208 y ss.

¹¹³⁷ En este sentido se pronuncia Claus Roxin cuando afirma que, si bien es verdad que en línea de principio debe prevalecer la voluntad del paciente, ha de trazarse un límite en el que la continuidad de la actividad médica debe valorarse como carente de sentido porque los recursos técnicos y también financieros de la sanidad pública no son inagotables. Pero, sobre todo, porque el retraso continuo del incontenible proceso mortal con ayuda de modernos instrumentos médicos no se corresponde con nuestra idea de una muerte digna. *Id.* ROXIN, Claus. *“Tratamiento jurídico-penal... Op. Cit.”*, p. 17. También ESER se manifiesta en este tenor cuando escribe que la cancelación de la obligación del médico de mantener la vida podría basarse en la idea del hombre como ser dotado de sentido, lo que le lleva a fundamentar la posibilidad de poner fin a la obligación de prolongación de la vida (abandonándola así pasivamente a la muerte), cuando ella ha perdido definitivamente toda forma de capacidad de comunicación. ESER, Albin. *“Entre la santidad... Op. Cit.”*, pp. 774 y ss.

¹¹³⁸ Precisamente a esta argumentación responde el conocido fallo del Tribunal Superior de Londres en favor de Miss B, una mujer que quedó tetrapléjica a consecuencia de una enfermedad de los vasos sanguíneos. Su petición podía reconducirse al concepto de eutanasia pasiva, en cuanto que lo que solicitaba -y se le reconoció- era el derecho a rechazar el aparato respiratorio que la mantenía con vida. La Juez del caso, tras reconocer que con su decisión permitía a la paciente que muriese “en paz y dignidad”, consideró que: “Hay que permitirlo a quienes están tan severamente discapacitados como Miss B, a quienes vivir en tales condiciones puede suponer algo peor que la muerte”. Dicha muerte se produjo finalmente el 29 de abril de 2002. A la misma tipología responde en España el conocido caso de Inmaculada Echevarría quien tras permanecer 10 años conectada a un respirador artificial muriera el 14 de marzo de 2007 en el Hospital San Juan de Dios de Granada. Por todos véase a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Deberes y responsabilidad de la administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría”. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 11, 2009, pp. 29-31.

¹¹³⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *“Eutanasia y homicidio... Op. Cit.”*, pp. 281 y ss. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *“Prolongación artificial... Op. Cit.”*, pp. 735 y ss., para quien “la prolongación artificial de la vida de un enfermo terminal o que padece insoportables dolores y que solicita expresamente la muerte, constituye trato inhumano o degradante prohibido por el art. 15 de la Constitución Española”. Sobre estos argumentos véase también ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal”. En, *Revista Penal*. Número 20, julio 2007, pp. 18 y ss.

expertos en Bioética, incluso aquellos que profesan la moral católica, de que **salvar la vida no es prolongar la muerte**. Así, verbigracia, entiende ROXIN: «Si la eutanasia indirecta es impune se debe a que junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto se añade la consideración de que, dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento. Una vida algo más corta sin graves dolores puede ser más valiosa que otra no mucho más larga acompañada de sufrimientos apenas insoportable»¹¹⁴⁰. En la medida en que se trata en última instancia de procurar bienestar al paciente, ofreciéndole el tratamiento que palie su sufrimiento aun a costa de mermar en términos cuantitativos su existencia, la impunidad de estos casos podría basarse en otro de los principios de bioética: el de beneficencia.

De sonido distinto ha sido el tenor con que se ha afrontado el problema de la **eutanasia activa directa**, respecto a la que han sido realmente aislados los intentos de defender su atipicidad¹¹⁴¹, siendo frecuentes, por el contrario, las posturas proclives al mantenimiento de su castigo¹¹⁴², generalmente bajo el argumento de que del derecho a la vida no puede deducirse el reconocimiento de un derecho a la muerte. Pero como certeramente alude ALONSO

¹¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *“Tratamiento jurídico-penal... Op. Cit.*, p. 8.

¹¹⁴¹ Es el caso de ROXIN, quien, según hemos visto, tras mostrarse partidario de mantener en general la tipicidad de la eutanasia activa, defiende en determinados supuestos muy restrictivos su atipicidad, en la línea de solución que contemplara el Proyecto Alternativo. Conforme a su parágrafo 216: “El Tribunal, bajo los presupuestos del apartado primero (homicidio a petición), podrá excluir la pena cuando la muerte sirva para el cese de una grave situación de sufrimiento insoportable para el interesado que no pueda ser evitada o mitigada por ninguna otra medida”, véase ROXIN, Claus. *“Tratamiento jurídico-penal... Op. Cit.*, p. 35. Debe advertirse por otra parte que, a partir de la impunidad en el Derecho alemán de la participación en el suicidio, este autor sostiene la impunidad de la complicidad en la eutanasia activa cuando ésta puede reconducirse a los esquemas de aquella figura, p. 25.

¹¹⁴² Así, en relación en general con la eutanasia activa directa escribe Roxin: “incluso cuando con buenos motivos se relativiza el significado de estos obstáculos y se enfatiza el interés humano en el cese de sufrimientos insoportables y en una muerte digna que se encuentra detrás de estas concepciones minoritarias, los inconvenientes de una admisibilidad más amplia de la eutanasia activa me parecen preponderantes. Querer situarnos...a favor de la racionalidad del deseo de morir o de una ponderación de intereses incluso bajo el Derecho vigente, supone crear una inseguridad jurídica que no puede ser exigida a ningún médico ni paciente. La circunstancia de que ni siquiera los mismos defensores de tales opciones normativas ofrecen soluciones concretas, lo demuestra de forma clara y suficiente. También la equivocidad de criterios como lo razonable y el interés, ofrece una puerta de entrada a tendencias inconvenientes que mejor no deberían abrirse”. *Ibidem.*, *supra*, p. 33.

ÁLAMO¹¹⁴³; una regulación penal que proteja la vida frente a conductas activas y directas mediando un “contexto eutanásico”, como hace el Código Penal vigente, no violenta la prohibición de exceso constitucional: la vida es un bien jurídico de rango constitucional, cuya “disponibilidad” es de difícil fundamentación; la vida es, a lo sumo, “limitable” por el juego de otros Derechos Fundamentales, principios o valores, o “exceptuable”, bajo determinadas condiciones. En su caso, la restricción de su protección penal, incluida la eventual despenalización de la eutanasia activa directa, entraría dentro del margen de discrecionalidad legislativa en materia penal, que se desenvuelve con independencia de la teoría del bien jurídico¹¹⁴⁴.

Es oportuno mencionar que tampoco han faltado los esfuerzos por articular expedientes que, para unos, podrían llegar a justificar la conducta¹¹⁴⁵; para otros, a excluir o atenuar la culpabilidad, impidiendo así su equiparación punitiva a los casos en los que, o el sujeto no tenía voluntad de morir, o no concurrían los presupuestos circunstanciales de la también denominada “buena muerte”¹¹⁴⁶ o “muerte dulce”¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Sobre eutanasia y Derechos Fundamentales... Op. Cit., p. 8.

¹¹⁴⁴ HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”. En, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción de Beatriz Spínola Tártalo. Roland Hefendehl (ed.). Madrid, 2007, p. 100.

¹¹⁴⁵ Por ejemplo, proponían apreciar para estos casos un estado de necesidad, entre otros, VALLE MUÑIZ, José Manuel. “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”. En, *Cuadernos de Política Criminal*. Número 37, 1989, pp. 176 y ss., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Eutanasia y Derecho Penal”. En, *RFDUG*, 1987, pp. 107 y ss.

¹¹⁴⁶ Sírvase de muestra lo que disponen los Códigos penales italiano y alemán. El primero, establece en su artículo 579 que «Será castigado con pena de prisión de seis a quince años quien cause la muerte de un hombre con el consentimiento de éste», añadiendo que no será válido el consentimiento si el hecho es cometido: 1) Contra una persona menor de 18 años; 2) Contra una persona enferma mental o que se encuentre en condiciones de enfermedad psíquica por cualquier otra enfermedad o por abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes; 3) Contra una persona cuyo consentimiento haya sido obtenido por violencia, amenaza o engaño». Véase al respecto MANTOVANI, Ferrando. “Sobre el problema jurídico del suicidio”. En, *Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal*. Granada 2001, pp. 69-82. Conforme al §216 del StGB «será castigado con una pena de prisión de seis meses a cinco años el que matare a otro por expresa y seria petición de éste». Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que en ese Ordenamiento, es impune la participación en el suicidio, con lo que resulta que la calificación de una misma conducta dependerá de la forma en la que el tercero coopere a la muerte del enfermo terminal y, en definitiva, de quién sea el titular del dominio último del acto. Sobre esta problemática véase por ejemplo ROXIN, Claus.

Situándonos netamente en el precepto que regula la eutanasia dentro del Código Penal español¹¹⁴⁸ (artículo 143.2 y 143.3¹¹⁴⁹) tenemos, que este opera como un tipo atenuado o privilegiado, habiendo sido excluidos del mismo los comportamientos de inducción, que se regirá por lo establecido en el artículo 143.1¹¹⁵⁰. El tratamiento privilegiado de este tipo se basa sobre todo en el menor reproche de la conducta del sujeto que actúa bajo los presupuestos típicos que menciona el artículo 143.4¹¹⁵¹.

Tratamiento jurídico-penal... Op. Cit., pp. 25 y ss. En concordancia de casos enjuiciados por los Tribunales alemanes véase también el mismo autor. *Ibidem.*, pp. 39 y ss.

¹¹⁴⁷ Término utilizado por MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "El caso Terri Schiavo: continúa el debate sobre la eutanasia". En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, p. 351.

¹¹⁴⁸ Podemos decir que respecto del tema que ahora abordamos, el Código Penal español se aparta de la línea de otros países del entorno cultural europeo que contienen una referencia más diáfana a la cuestión de la eutanasia; por ejemplo, véase el ya mencionado artículo 579 del Código Penal italiano que en su artículo y el §216 del StGB.

¹¹⁴⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit.*, p. 93.

¹¹⁵⁰ Véase a BARQUÍN SANZ, Jesús. "La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro". En, *Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal*. Granada, 2001, p. 169, quien recogiendo alguna opinión que defiende que la inducción a la eutanasia estaría despenalizada, aporta abundantes y certeros argumentos contra ella.

¹¹⁵¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español". En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Número 13, Homenaje al Profesor José Antonio Sáinz Cantero, 1987, p. 204. En un artículo específico y, a nuestro parecer, con interesantes propuestas al referido precepto, véase a ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Eutanasia activad directa del artículo 143.4 del Código Penal: Fundamento de la atenuación". En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, pp. 1751-1759. En, este estudio, la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, señala como corolario a su análisis, que «desde un punto de vista jurídico la cuestión es si se pueden extender las razones de privilegio del tipo atenuado 143.4 hasta llegar no sólo a atenuar sino a eximir bajo determinados presupuestos: que concurra la petición expresa, seria e inequívoca, una genuina "situación" eutanásica, y acaso exigiendo una actuación *pietatis causa* que excluya la actuación por motivos espurios». En todo caso, continua, «parece que habría de mantenerse un tipo atenuado en atención a la (graduable) culpabilidad. El problema de la eutanasia activa directa se resolvería con independencia de la debatida cuestión de la disponibilidad sobre la propia vida, presentándose más bien su reconocimiento a la luz de la dignidad de la persona y la exclusión de la culpabilidad» (p. 1759). Denotando su interés por el respeto de libertad de decisión ante la vida, como manifestación de un ejercicio de opciones, a favor del principio de dignidad de la persona y dejando al margen la concepción del bien jurídico vida penalmente protegido como valor religioso, ni sólo como valor biológico Hernán Hormazábal Malarée es creyente de que el Juez penal puede resolver si en el caso concreto se ha dado o no una situación de eutanasia punible con la aplicación de normas constitucionales, pero a su vez aconseja de *lege ferenda* una reforma al

En efecto, si bien puede asumirse que esta atenuación comparte algunos aspectos con el estado de necesidad, de que puedan enfrentarse dos males (el de los graves padecimientos, etcétera, que experimenta una persona, por un lado, y la muerte de esa misma persona, por otro)¹¹⁵² creemos que en realidad para el potencial sujeto activo -o para un observador- no tiene por qué plantearse como un conflicto (ni siquiera de deberes: no existe el deber, incompleto, de quitar la vida a nadie para eliminar sus sufrimientos), ni objetiva ni subjetivamente, pues ese conflicto lo es propiamente del sujeto pasivo: él decide si desea o no soportar un proceso inevitable de muerte o graves padecimientos; ni, si aquél se decide a intervenir, tiene por qué actuar impulsado por un estado de necesidad -elemento subjetivo-. Si fuera así, la petición del interesado debería ser irrelevante. Muy al contrario, **el legislador, ante las situaciones extremas** de sufrimiento que pueden presentarse en el contexto de la enfermedad ha **optado por reducir la sanción penal**, tal vez persuadido también **por la menor gravedad del hecho** si el sujeto lo ha solicitado seriamente. Es en la voluntad de éste donde podría encontrarse en todo caso un fundamento para sustentar la menor gravedad de lo injusto del hecho y no en el estado de necesidad, cuestión que al mismo tiempo es menos reprochable. Pero este reconocimiento de menor desvalor -incluso reflejado en una rebaja cualificada de la pena-, como señala ROMEO CASABONA¹¹⁵³, no permite dar el salto dogmático hacia una causa de justificación incompleta, pues falta el referente de licitud del hecho, sobre la cual la Ley es diáfana.

Código Penal español, junto con la derogación del artículo 143.4 y el asentamiento de indicaciones que sirvan de orientación en el establecimiento de las circunstancias fácticas que deban ser apreciadas para estimar o no la existencia de una situación punible. *Vid.* HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “La eutanasia: Un caso de colisión de principios constitucionales”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, pp. 2051-2052.

¹¹⁵² Entienden, sin embargo, que es una causa de justificación incompleta específica, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Comentarios...* *Op. Cit.*, p. 224 (en relación con el art. 20.5 y 7 del CPE); NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido...* *Op. Cit.*, pp. 410 y ss. y 459 (sin excluir una exculpación por inexigibilidad, en atención a los motivos); BARQUÍN SANZ, Jesús. “*La eutanasia...* *Op. Cit.*, p. 188; TÓMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación...* *Op. Cit.*, p. 104, quien perfila como uno de los males «ignorar la autonomía individual para decidir cuándo se quiere dejar de sufrir una situación que resulta insoportable por más tiempo», lo que entremezcla la *ratio legis* del precepto con uno de los posibles males contrapuestos.

¹¹⁵³ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos contra la vida...* *Op. Cit.*, p. 126.

Aunque parece implícito el móvil humanitario, solidario o altruista que preside la atenuación y el menor reproche que la fundamenta, no es una exigencia expresa requerida por el precepto¹¹⁵⁴, y es compatible con cualquier otra motivación¹¹⁵⁵, incluso egoísta o insolidaria, pues no se olvide su trascendencia secundaria -pero no irrelevante-, dado que el hecho está presidido por la petición previa del sujeto pasivo¹¹⁵⁶.

También tenemos que, el CPE no alude, con acierto, expresamente al término “eutanasia”, por los problemas añadidos que se derivarían de su acotación conceptual, no siempre bien delimitada por los autores o no atribuyéndole contenidos semejantes¹¹⁵⁷.

Teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir, quedan excluidos del tipo y son por ello impunes, pues tampoco son típicos a través de las demás formas típicas del art. 143, los supuestos de cooperación no necesaria, los omisivos y los activos que indirectamente pudieran producir como efecto el acortamiento de la vida o la aceleración del proceso de la muerte.

Se sitúan, asimismo, fuera de este tipo privilegiado, siendo punibles en este caso como delito de homicidio o de asesinato, según corresponda, las conductas activas de eliminación de la vida de las personas que se encuentran en alguna de las situaciones descritas en el tipo sin haber contado con la petición o el consentimiento de las mismas, así como las conductas omisivas de quien teniendo la posición de garante no impide la muerte de otro sin su petición o consentimiento, hallándose en idéntica situación.

En síntesis, entendemos que en la actualidad el Derecho español contempla tres calificaciones jurídico-penales diferentes: Impunidad por atipicidad de la conducta, aplicación del tipo privilegiado del artículo 143.4 del

¹¹⁵⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética...* Op. Cit., pp. 489 y ss.

¹¹⁵⁵ A motivos de conciencia alude correctamente FLOREZ MENDOZA, Fátima. *La objeción de conciencia en Derecho Penal*. Granada, 2001, p. 425, que serían susceptibles de atenuar la responsabilidad penal.

¹¹⁵⁶ BARQUÍN SANZ, Jesús. *La eutanasia...* Op. Cit., p. 185., observa que los móviles espurios que pueden trascender en el proceso podrán ser atendidos por el Juez a través del amplio arbitrio que se le reconoce en la determinación de la pena concreta.

¹¹⁵⁷ Sobre las distintas clases de eutanasia que suelen manejarse y que no implican una automática correspondencia con otras tantas calificaciones jurídico-penales véase a ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética...* Op. Cit., pp. 421 y ss.

CPE, y subsunción del hecho en el delito de homicidio o de asesinato, en su caso, sin perjuicios de las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos. Pero, como puede comprobarse, se trata de una solución bastante limitada, que precisamente por su vocación de contentar a todos, al final no acaba satisfaciendo a nadie¹¹⁵⁸. A los que se oponen a la eutanasia a partir del viejo dogma de la sacralidad de la vida porque probablemente seguirán viendo en ella un cauce que, al fin y al cabo, se articule como se articule, permite poner fin impunemente a la existencia humana. A los que se muestran favorables a atender a la voluntad del enfermo en el sentido de conceder la prioridad a la calidad de la vida por encima de su cantidad, porque esta regulación les resultará, sin duda, excesivamente estrecha.

Pero esta indecisión -ocasionada por temor¹¹⁵⁹ al mal uso que pudiera causar la legalización de la eutanasia- por parte del legislador español se cobija y solidariza con la postura de algunas instancias de carácter internacional¹¹⁶⁰,

¹¹⁵⁸ Y no es que se trate de que el CPE tenga que complacer a alguien, sino simplemente la realidad jurídica constata que cuando hay que tomar una decisión ante una problemática, se debe ser claro, coherente y buscar resolver en su totalidad la situación latente que genera desorden social. De ahí que los especialistas en temas de responsabilidad penal médica dentro de doctrina española contemporánea hay quienes incluso **califican dicha regulación de superficial y claramente restrictiva**. Por todos véase a GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad...* Op. Cit., p. 546.

¹¹⁵⁹ Es más probable que esos temores tengan que ver con el miedo a caer en la que se ha dado en llamar “pendiente resbaladiza”, y a que la impunidad de tales conductas se convierta en una fórmula con la que reavivar los espeluznantes horrores cometidos en otros períodos de la historia, que bajo términos como programas de eutanasia, sirvieron para enmascarar la eliminación de seres que “manchan la pureza de la raza” o, simplemente, seres que siempre resultan costosos para todos y especialmente incómodos para quienes tienen que dedicar tiempo y esfuerzo en cuidarlos. Sin duda es una postura que adoptan los que se oponen a la legalización de la eutanasia y que a su vez se cierran ciegamente a creer en criterios temerarios, en lugar de crear opciones que ante la legalización de esta figura se puedan tomar **–como una estricta depuración de los presupuestos objetivos que la legitiman–** para dotarla de un verdadero valor que garantice la dignidad del ser humano, incluso que podría llegar por la observancia de las cuestiones positivas que vive la experiencia de países como Holanda y Bélgica. Vid. MONTERO, Etienne. “¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”. En, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 1999, pp. 1722-1729.

¹¹⁶⁰ Verbigracia, la Recomendación 1418 (1999), adoptada el 25 de junio de 1999 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que pese a declarar que la obligación de respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales y moribundos deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida, lo que exige proporcionar al ser humano un medio adecuado que le permita morir con dignidad, y pese a reconocer que debe protegerse el derecho de estas personas a la autodeterminación, afirma que “el deseo de

sin mirar objetivamente aquellas otras legislaciones de su orbe continental que ya experimentan una Ley positiva en la materia y que, más que amplificar los problemas –como se cree en el ámbito español-, por el contrario los ha contrarrestado, nos referimos pues a la Ley Holandesa de legalización de la eutanasia, aprobada el 10 de abril de 2001 y entrada en vigor el 1 de abril de 2002 con un amplio consenso social¹¹⁶¹ y la Ley Belga¹¹⁶² de legalización de la

morir no genera el derecho a morir a manos de un tercero”, así como que “el deseo de morir de un enfermo terminal o una persona moribunda no puede, por sí mismo, constituir una justificación legal para acciones dirigidas a poner fin a su vida”. En el mismo sentido restrictivo se pronunció la Asociación Médica Mundial en su declaración sobre la eutanasia adoptada en su 39ª Asamblea, celebrada en Madrid, en octubre de 1987: «La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, incluso a petición de éste o de sus familiares próximos, es contraria a la ética. Esto no impide al médico respetar el deseo del paciente de permitir que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad».

¹¹⁶¹ De una investigación realizada en 1998 por la Universidad Erasmus en Rotterdam, el 92% de los habitantes están a favor de la eutanasia. Incluso el 96% de los católicos entrevistados se mostraban favorables. Datos recogidos en el Diario el País, de 21 de abril de 2002. En cuanto a la operatividad de esta Ley se tiene que, partiendo de que el paciente no tiene un derecho intrínseco a la eutanasia, ni el médico una obligación de practicarla, no la considera delito siempre que éste actúe respetando criterios muy estrictos: que el enfermo esté sometido a un sufrimiento insoportable sin que exista perspectiva de mejora alguna y que haya expresado repetidamente su voluntad de morir. Además, el médico que atiende habitualmente al paciente debe valorar su sufrimiento como insoportable y sin posibilidades de mejora, y pedir la opinión a otro colega. El facultativo está obligado a informar con toda celeridad a una de las cinco comisiones regionales integradas por un jurista, un médico y un especialista en ética, que estudiarán el caso y juzgarán si se han respetado los requisitos. En caso contrario, informarán al Ministerio Fiscal, que abrirá una investigación. Los médicos que no respeten esas condiciones serán castigados con penas de hasta doce años de cárcel si han participado activamente, y de tres años, si se han limitado a proporcionar al enfermo los medios para quitarse la vida.

¹¹⁶² En cuanto hace a Ley Belga, esta se orienta igualmente a instaurar un proceso con todas las garantías así como a ofrecer una salida racional al conflicto. Dicha Ley, que permite que cualquier enfermo incurable, aunque no esté en fase terminal ni su enfermedad sea mortal, pueda elegir el momento de su muerte, prevé un proceso tutelado por el médico del paciente, que deberá contar siempre con la opinión de un segundo facultativo, y hasta de un tercero en caso de que la dolencia no sea mortal. Para evitar que los enfermos formen su voluntad condicionados por la posible situación de depresión en que se encuentren o bien motivados por presiones familiares, la norma establece ciertos plazos, garantizando que la legalidad de la eutanasia o “buena muerte” se ciña a los enfermos que la demanden de forma consciente y reiterada. Para ello prevé la creación de una Comisión Federal compuesta por médicos y juristas que habrá de valorar en un plazo de dos meses desde la práctica de la eutanasia el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley. A la luz de lo que contemplan la Ley Belga y la Ley Holandesa, resulta de interés por la similitud con que se contempla la decisión del paciente en aquellos países, lo dispuesto por el nuevo Código de ética Médica brasileño (actualizado después de 22 años), que entro en vigor el 13 de abril del presente año 2010 y que no sólo se le da prioridad a la decisión del paciente sino que también adquieren una mejor

eutanasia activa, aprobada el 16 de mayo del mismo años y entrada en vigor en septiembre de 2002.

Ante todo lo expuesto hay quien considera –con “singular acierto”- que ante las conductas de eutanasia pasiva y activa indirecta (declaradas como problemas sanitarios) la solución consiste en la creación de una Ley especial sobre la eutanasia pasiva, activa indirecta y activa directa, postulándose esta última al estilo de los modelos holandés y belga que hemos esbozado. «Sólo así se conseguirá clarificar jurídicamente unas situación “oscurantista” acompañada de una buena red de cuidados paliativos donde se resolverían un alto porcentaje de los problemas para lograr una muerte digna, con una reivindicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal y desde una perspectiva ética de carácter cívico ajustado a los valores constitucionales de un Estado democrático de Derecho»¹¹⁶³.

Después de haber planteado algunas consideraciones generales que la doctrina jurídico-penal mayoritaria une al tema de la eutanasia, lo que dispone el Texto Punitivo español, así como pronunciarnos sobre su efectividad o no ante la demanda de la realidad y de la sociedad; procederemos a evaluar algunos de los supuestos más comunes que se presentan en la actividad sanitaria.

4.4.1. La renuncia del profesional para aplazar la muerte, mediante la no iniciación de un tratamiento vital

En las situaciones clínicas que encabezan este epígrafe puede situarse la cuestión problemática más frecuente. Estamos ante un comportamiento de naturaleza omisiva, pues el profesional sanitario lo que hace propiamente es

delimitación las acciones que deben emprender o no los profesionales sanitarios en los casos que sus paciente se encuentran en estado terminales (artículos 24, 31, 34 y 41). *Cfr.* el artículo de DÍAS LÓPES, Adriana. “A ética na vida e na morte”. En, *Revista Veja*. Edición 2162 de 28 de abril de 2010, año 43, número 17, pp. 100 y ss.

¹¹⁶³ JORGE BARREIRO, Agustín. “Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia a la luz del código penal español de 1995”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, p. 2091.

abstenerse de aplicar un determinado tratamiento o intervención, renunciando así a aplazar el momento de la muerte o a prolongar artificialmente la vida.

Mientras concorra el consentimiento del paciente capaz, o la de su representante si el paciente no está capacitado para tomar decisiones, el personal sanitario que lleve a cabo tal comportamiento no realizará conducta delictiva alguna. Cabría en principio plantearse la concurrencia de un delito de homicidio por omisión del art. 138 -en los casos en los que el paciente, o su representante, no ha expresado su consentimiento, aunque tampoco su oposición-, un homicidio consentido por omisión del art. 143. 3 -si el paciente, o su representante, ha consentido o solicitado el comportamiento del profesional sanitario-, o un delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196.

Sin embargo, la incapacidad de la Medicina en estos casos para garantizar la vida, pudiendo sólo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante de los arts. 138 y 143, o el de socorro del art. 196, decaigan.

En tales condiciones, en realidad, el deber de velar por la vida, creemos que se transforma en el de asegurar una muerte digna. Ello es coherente con la protección constitucional del Derecho Fundamental a la vida delimitada por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes: Si no se puede asegurar la vida, las obligaciones de no hacer y hacer vinculadas al mantenimiento de la vida se transforman en sus correlativas de asegurar una muerte digna¹¹⁶⁴.

En términos técnico-jurídicos, eso quiere decir que no se da el tipo de los delitos de omisión aludidos, sin que sea preciso acudir, ni a otros elementos del tipo que podrían asimismo faltar, ni a posibles causas de justificación que convertirían en lícita la conducta típica¹¹⁶⁵. Tampoco procede aplicar la pena atenuada prevista en el art. 143.4, pues este precepto presupone la previa realización del art. 143.2 o 3, lo que no ha sucedido, como acabamos de señalar respecto a la conducta omisiva estudiada.

Si falta el consentimiento del paciente o de su representante a la no iniciación del tratamiento la conducta realizará el tipo del homicidio por omisión

¹¹⁶⁴ Véase la argumentación desarrollada en el apartado sobre el derecho a disponer de la propia vida. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 y 137/90, las cuales consideran que es un trato inhumano o degradante todo aquel que “constituya una prolongación del sufrimiento sin logar pese a ello evitar la muerte”.

¹¹⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Comentarios... Op. Cit.*, pp. 236-237.

o alguno de los tipos de omisión de socorro señalados, y será finalmente delictiva. Y ello porque no cabe hablar de que la prolongación artificial de la vida a través del tratamiento demandado por el paciente o su representante constituya un trato inhumano o degradante, dado que el paciente o su representante la estiman digna de ser vivida.

Ello no será el caso, sin embargo, si el tratamiento o intervención que se omite merece el calificativo de baladí, esto es, que no produce beneficio al paciente o lo produce en mínima medida, de forma que la intervención o tratamiento no están médicamente indicados. En estos casos, el profesional sanitario puede omitir el tratamiento aun en contra de la voluntad del paciente o su representante.

4.4.2. Dimisión del profesional a prorrogar la muerte, a través de la interrupción de un tratamiento vital

Ab initio, debe subrayarse que la interrupción de un tratamiento o intervención que se está aplicando suele conllevar la sucesión de acciones y omisiones, de forma que sólo una consideración global de todas ellas permite calificar al comportamiento como activo u omisivo.

En ese sentido, está muy extendida la idea de que la interrupción de un tratamiento ya iniciado, decidida por quienes están a cargo de la asistencia del paciente, debe ser calificada como un comportamiento omisivo. La razón reside en que el tratamiento o intervención deben considerarse como una prolongación de las manos *-longa manu-* del profesional sanitario, de forma que él está interviniendo a través de la sustancia administrada o del aparato aplicado al paciente. En consecuencia, cuando se interrumpe la administración de la sustancia o se desconecta el aparato lo que sucede es que el profesional sanitario deja de actuar sobre el paciente. Si llegamos a la conclusión de que en estos casos estamos ante un comportamiento omisivo, valen las conclusiones obtenidas en el epígrafe anterior.

En todo caso, existe un minoritario sector de la doctrina jurídico-penal que estima que al menos algunos de los supuestos de interrupción del

tratamiento vinculados al cese en la administración de sustancias o a la desconexión de aparatos deberían calificarse como comportamientos activos.

Sin necesidad de entrar ahora en excesivas matizaciones técnicas, el argumento reside en que, una vez aplazado el momento de la muerte mediante alguno de los procedimientos aludidos, cualquier intervención que revierta esa situación debe considerarse una intromisión activa en un proceso de mantenimiento de la vida en marcha, por más que sea realizada por quien ha activado el procedimiento salvador correspondiente.

Pues bien, aunque califiquemos estos comportamientos como acciones en lugar de omisiones, mientras concorra el consentimiento del paciente o su representante tampoco concurrirán los tipos activos de los delitos de homicidio del art. 138 o de homicidio consentido del art. 143.3. La razón reside en que, para que el resultado no aplazado de muerte se pueda imputar al profesional sanitario que ha interrumpido el tratamiento, no es suficiente con la concurrencia de una relación causal entre esa acción de interrupción y la muerte producida. Es preciso además, que el resultado derive de un comportamiento que se encuentre entre aquellos que realmente quieren prohibir los delitos de homicidio o de homicidio consentido: Y una acción que lo único que ocasiona es impedir una prolongación artificial de una vida que, bien ha entrado o está a punto de entrar en un proceso agónico, bien ha perdido toda capacidad de percepción y comunicación con el entorno, no es una acción, por las razones ya aportadas más arriba de prohibición de tratos inhumanos o degradantes, que pueda entenderse incluida dentro de los comportamientos homicidas¹¹⁶⁶. Además, como entiende ESER, la posibilidad de alegar una función de garante¹¹⁶⁷ al médico en estas circunstancias se traduciría en la obligación de cualquier individuo a mantener la vida, una

¹¹⁶⁶ Véanse esta y otras argumentaciones que concluyen en la impunidad de estos comportamientos activos en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 237; El mismo en, "Eutanasia y Derecho". En, *Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*. Valencia, 2003. p. 565; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad... Op. Cit.*, pp. 475 y ss.

¹¹⁶⁷ Remitirse dentro de la presente investigación a las consideraciones que hicimos en el excursus denominado: "El alcance de la posición de garante del galeno en el ejercicio de su profesión".

exigencia dudosa no sólo desde el punto de vista jurídico sino también difícil de imponer en la práctica¹¹⁶⁸.

Cuestión distintas representaría, si falta el consentimiento del paciente o de su representante, se dará el tipo activo de homicidio y en consecuencia el correspondiente delito, a salvo los casos de intervenciones fútiles, en la tesisura señalada *supra*.

4.4.3. Alargamiento de la vida, activando o continuando con un tratamiento vital

Si el profesional sanitario, con un comportamiento omisivo o activo, decide, mediante el inicio o el mantenimiento de un tratamiento vital, aplazar el momento de la muerte en contra de la voluntad o sin el consentimiento¹¹⁶⁹ del paciente o su representante puede en determinadas circunstancias realizar un comportamiento delictivo: Así, si su comportamiento se realiza en contra de la voluntad del paciente o su representante y con empleo de violencia cometerá por lo general el tipo de coacciones del art. 172, por acción o por omisión¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ *Vis a vis* (en relación con), véase a ESER, Albin. “*Problemas de justificación... Op. Cit.*, pp. 28-29 y 32. El mismo en: “Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico”. En, *Revista Nuevo Foro Penal*. Número 30. Traducción de Mercedes Alonso Álamo. (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, España). Bogotá, 1985, pp. 437 y ss.

¹¹⁶⁹ Cuestión diferente es la relacionada a la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento; por ejemplo, en un estado de inconsciencia. Al respecto y por todos véase de forma neta el relevante artículo de la Catedrática de la Universidad de Sevilla: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. “Eutanasia en estados de inconsciencia o de incapacidad para prestar el consentimiento. Especial referencia a la eutanasia precoz”. En, *Revista Galega de Seguridade Pública. Vida y Libertad: El Derecho a una muerte digna*. Número 10, 2008.

¹¹⁷⁰ Sin embargo, y por cuanto hace al panorama alemán, existen casos análogos en donde la situación no es tan sencilla. Baste pensar en esos supuestos donde el facultativo acepta un adelanto del momento de la muerte sólo como un riesgo no intencionado inherente a la mitigación del dolor. Generalmente se aboga por la impunidad del médico. Empero, todavía no existe acuerdo sobre el camino que debe seguirse para alcanzar dicha impunidad. Pues si el médico es consciente del peligro que conlleva su actuación de reducción del tiempo de vida del paciente, o podría haber sido consciente de haber observado el correspondiente deber de cuidado, se le podría reprochar dolo eventual o, por lo menos, imprudencia con respecto al acortamiento de la vida que efectivamente ha tenido lugar. *Vid.*, por todos ESER, Albin. “*Problemas de justificación... Op. Cit.*, p. 25. En esta fenomenología de casos, ciertamente, el médico podría intentar eludir la comprobación de estas representaciones simplemente mediante su negativa –una táctica bien intencionada que sugieren algunos juristas-. Pero aparte de que todas las soluciones que pudieran inducir al médico a la falsedad suponen una actitud humanamente inadmisibles, lo cierto es que la claridad jurídica reclama también una vía transitable.

Si las maniobras realizadas sobre el organismo del paciente para iniciar o mantener el tratamiento vital causan ciertos menoscabos en su integridad física o psíquica, y se llevan a cabo con la oposición o simplemente sin el consentimiento del paciente o su representante, podrá concurrir el tipo de la falta de malos tratos o lesiones -art. 617.1 y 2- o en los peores casos del delito de lesiones -arts. 147 y ss.-, también por acción o por omisión. No cabe excluir igualmente el tipo contra la integridad moral del art. 173.1.

Dichas conductas típicas no podrán justificarse, y en consecuencia volverse lícitas, en virtud de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7, pues no concurrirá, en las condiciones antedichas, el deber de velar por la prolongación de la vida del paciente y sí, por añadidura, el deber constitucional de velar por una muerte digna así como el de respetar la negativa del paciente al tratamiento cumplidos los requisitos legales.

En otro tenor, si “no concurren”¹¹⁷¹ responsabilidades penales, **pudieran concurrir responsabilidades en el orden administrativo sancionador**; así, como sucede en esos casos donde el hecho de retrasar el momento de la muerte se debe únicamente a los intereses económicos de los parientes (como la conservación de un derecho de renta, o los elevados y muchas veces innecesarios medicamentos que “supuestamente” se suministran sobre todo en las clínicas privadas). Pensamos –bajo ciertas matizaciones- que en casos análogos el profesional sanitario no sólo tiene el derecho, sino, incluso el deber de interrumpir el tratamiento.

¹¹⁷¹ Entrecorramos la palabra “no concurren” pues si bien somos proclives a evitar un uso excesivo del Derecho Punitivo, la realidad demanda que conductas en donde *ex profeso* de obtener lucro se engaña al paciente y a sus familiares -por obtener una ganancia económica que incremente el patrimonio y como es el caso de numerosos hospitales privados- el Derecho Penal no puede hacer oídos sordos a estas actitudes, máxime si es la dignidad humana del enfermo que agoniza y el sufrimiento de sus seres queridos los que están de por medio para conseguir ese reprochable cometido. De ahí que no sería baladí considerar de que el galeno por su actitud –quizá asesorada por el propietario de la clínica- incurra en el tipo de estafa del 248.1 del CPE.

4.4.4. No conexión de mecanismos que coadyuvan a mantener las constantes vitales

La desconexión de estos aparatos por alguno de los profesionales sanitarios encargados del paciente se puede considerar en buena medida como una conducta equivalente a la de la renuncia a conectar los citados aparatos, esto es, una conducta de naturaleza omisiva. Y ello es así en tanto en cuanto se entienda que esos profesionales están interviniendo sobre el cuerpo del paciente mientras funcione sobre él el aparato, de forma que con su desconexión lo que sucede es que el profesional deja de actuar sobre el paciente. Si se acepta esta plausible interpretación sirven en su totalidad las reflexiones recogidas en el apartado precedente.

Sólo en el caso de que se persista en la idea de que la desconexión supone un comportamiento activo valen las siguientes observaciones:

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente enfermo terminal o en estado vegetativo persistente, basada en que no tiene sentido aplazar su muerte o prolongar artificialmente su vida, o fundada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, no constituye conducta delictiva alguna.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo -homicidio del artículo 138-, constituyendo subsidiariamente una infracción administrativa. No procederá esta conclusión sino la del párrafo precedente, si la intervención puede calificarse de fútil.

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica, basada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, será una conducta que cumplirá el tipo del homicidio consentido del art. 143.4. Sin embargo, resultará finalmente lícita, esto es, no delictiva, en aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo -homicidio del art. 138-, constituyendo subsidiariamente una infracción administrativa.

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica, con el objetivo de superar la situación clínica desfavorable en que se encuentra mediante la directa causación de su muerte, llevada a cabo a petición expresa del paciente, constituye un comportamiento que queda fuera de la relación asistencial sanitaria, por lo que no puede ser exigida al profesional de esta área científica. Además, constituye una conducta delictiva -homicidio consentido del art. 143.4- sin que pueda transformarse en lícita a través de la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante la conducta será delictiva -homicidio del art. 138, que en determinadas circunstancias podrá transformarse en el tipo agravado de asesinato del art. 139¹¹⁷²-, sin que la conducta pueda transformarse en lícita por la concurrencia de alguna causa de justificación.

Una vez que hemos reflexionado acerca de algunos los casos más comunes –sin que esto signifique en absoluto haber tratado los múltiples supuestos- en la práctica diaria de la Medicina y como **corolario** a estos, podemos decir que hay una gran paradoja en todo esto: desde el nacimiento, el Estado procura a sus ciudadanos una libertad que garantiza en su Texto Fundamental al reconocer las más variadas manifestaciones de aquélla en todos los órdenes de la vida, una libertad que instintivamente el hombre busca a lo largo de su existencia rechazando actitudes paternalistas en una lucha por asumir y enfrentarse a sus propios aciertos o errores. Sólo así puede decirse libre. También, desde el primer momento, el Estado social afana su empeño por procurar el bienestar y, para ello, no sólo articula un sistema público de salud que evite o palie, en lo posible, la enfermedad y el sufrimiento, sino que extiende su protección más allá del ámbito sanitario para proteger también la libertad e integridad del individuo frente a las conductas que puedan provenir de terceras personas, reaccionando, si hace falta, con la forma más severa que

¹¹⁷² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal... Op. Cit.*, p. 92.

conoce: el Derecho Penal. Es lo que sucede en relación no sólo con los ataques a la vida, sino con cualquier otro que pueda atentar de forma amplia contra la dignidad del individuo, por sentirse coaccionado, atacado en su integridad moral, etcétera.

Extrañamente, sin embargo, cuando el sufrimiento y la angustia se hacen más fuertes que nunca y la decisión se torna más inalienable y soberana, tanto empeño por garantizar la libertad y el bienestar parecen plegarse irremediabilmente ante el impulso de una suerte de temor irracional, alimentado, sin duda, por el peso de toda una tradición cultural. Es entonces cuando valores como la libertad o el bienestar ceden ante la causa perdida por seguir viviendo y, a su compás, los avances que la ciencia procuraba en beneficio del paciente pueden volverse impasiblemente en su contra. Como reverso de lo anterior, un aspecto tan personal e inalienable como son las particulares creencias y convicciones morales se expanden a espacios que exceden del único en el que su existencia es válida y respetable, el impenetrable santuario de la conciencia, para demandar protección, si hace falta, recurriendo al Derecho Penal. Vaya por delante que no se quiere decir con lo anterior que este orden no deba intervenir para castigar determinadas conductas de poner fin a la vida de enfermos terminales. Lo único que queremos dejar patente es que el Derecho Punitivo debe determinar cuáles son las que realmente merecen reproche penal, garantizándose de este modo no sólo el respeto del principio básico de intervención mínima –con su característica particular que descansa en la *última ratio*–, sino evitar que se utilice el medio de reacción más enérgica de que dispone el Estado para imponer una determinada moral e incluso para sancionar determinadas conductas que en los casos extremos se orienten a evitar el llamado encarnizamiento terapéutico¹¹⁷³.

¹¹⁷³ Sobre este concepto véase a VILA CORO, María Dolores. “La eutanasia: Aspectos médicos... Op. Cit., pp. 981-982.

CAPÍTULO IV

LA EXCULPACIÓN EN EL AMBIENTE SANITARIO

I. Consideraciones preliminares

Ex ante de abordar el tema relacionado con la exculpación en el escenario de la actividad médica, consideramos oportuno referir a ciertas cuestiones que permean a esta particular figura –exculpación– dentro de la teoría jurídica del delito.

Se puede constatar que en su intento de abarcar y ordenar en un sistema la compleja fenomenología del delito, la teoría jurídica del delito ha alcanzado un elevado grado de precisión analítica, que se refleja en una elaboración de las categorías e instituciones jurídico-penales de gran minuciosidad. Se considera que uno de los hitos del devenir histórico de la dogmática penal viene representado por la diferenciación entre la antijuridicidad y la culpabilidad¹¹⁷⁴ y, más concretamente, entre las causas de justificación y las causas de exculpación como modelos de exención con distinto fundamento, naturaleza y efectos. Empero, la distinción entre reglas justificantes y exculporias, e incluso, aunque en menor medida, la propia escisión categorial entre antijuridicidad y culpabilidad, está lejos de resultar pacífica. Más bien, como bien afirma MARTÍN LORENZO, continúa siendo un campo donde se debaten enérgicamente no sólo cuestiones puntuales -no por ello menos importantes- sobre, por ejemplo, los requisitos de determinadas eximentes, sino, con carácter previo, asuntos tan principales como los límites de lo prohibido o los elementos necesarios para imputar responsabilidad jurídico-penal a un sujeto¹¹⁷⁵.

Abordar hoy en el marco de la dogmática jurídico-penal un tema como el que ahora llama nuestra atención, materia especialmente polémica, y

¹¹⁷⁴ Véase a SCHÜNEMANN, Bernd. “La función de la delimitación de injusto y culpabilidad”. Traducción de Carlos J. Suárez González. En, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. Barcelona, 1995, p. 205 y ss.

¹¹⁷⁵ Por todos, y en un exhaustivo y relevante estudio sobre la figura de la exculpación en materia punitiva, véase a MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia, 2009, p. 29.

aterrizarlo en el terreno de la actividad sanitaria puede representar una función ambivalente. De una parte, se está en la posibilidad de abrir las puertas a considerar ciertas acciones típicas del médico como no merecedoras de un reproche penal (fundamentalmente porque éste actué bajo un miedo insuperable -20.6 CPE- o un estado de necesidad exculpante -20.5 CPE, cuando el mal causado es **igual** al que se trata de evitar-) y por otro lado, limitar los casos -hasta el grado de eclipsarlos- en que se pueda echar mano de la exculpación médica, para tratar de impedir que el galeno se sienta en el banquillo para ser juzgado por la justicia penal; porque, como hemos venido demostrando en la fenomenología de supuestos estudiados a lo largo de la presente investigación, y como es punto de comunión tanto en la doctrina alemana como en la española¹¹⁷⁶; **político-criminalmente** resulta mejor recurrir a la figura del ejercicio legítimo de la profesión -20.7 CPE- o del estado de necesidad justificante -20.5, cuando el mal causado no es mayor que el que se pretende evitar-.

No obstante, pensamos que la exculpación constituye una de esas materias que no sólo no pierden el interés con el tiempo, sino que están por definición sustraídas a las modas científicas, y ello por su carácter basal. El modelo de exculpación está en función y al mismo tiempo pone de relieve la comprensión de las relaciones entre el poder punitivo y el ciudadano, sin que pueda sustraerse al hecho de que la legitimación del Derecho Penal se caracteriza por la tensión entre las necesidades preventivas y el respeto a las garantías propias de un Estado democrático de Derecho. Las excusas se insertan en el instrumental con que el ejercicio del *ius puniendi* atiende a la finalidad de metaprotección de la esfera de libertad del ciudadano frente al mecanismo penal, que se orienta *prima facie* a la protección de bienes jurídicos y, a través de ella, de la libertad del ciudadano mediante la prevención. Al margen de la posibilidad psico-biológica de comprender los mandatos y

¹¹⁷⁶ Al respecto, tanto para el marco alemán, como para el respectivo caso español, véanse los distintos autores referidos en relación con los supuestos estudiados sobre el estado de necesidad justificante y el ejercicio legítimo de la profesión médica, donde claramente se desprende una vaga referencia a la exculpación del médico, amparando su actuar –generador de una posible responsabilidad, ya sea por negligencia, imprudencia o impericia- a través de las eximentes del estado de necesidad justificante o el ejercicio legítimo de la profesión.

prohibiciones y adaptar a ellos la conducta –imputabilidad- y del acceso cognitivo real o potencial a esa directiva -conocimiento de la prohibición-, expresado todo ello en términos clásicos, la posibilidad de atribuir responsabilidad a un sujeto por la realización de una conducta antijurídica depende de elementos de valoración, normativos, ajenos e incluso opuestos a la idea de funcionalidad que preside la motivación y la prevención intimidatoria, que trasladan al ámbito penal la imagen de sujeto miembro de un Estado democrático. Desde el convencimiento acerca del significado garantista de las excusas de su aptitud para reflejar importantes límites a la atribución de responsabilidad penal, se aborda su análisis.

El término **exculpación o causas de exculpación** -y más aún su aplicación práctica al ámbito de la responsabilidad sanitaria- sin embargo, no es tan revelador como quizás cabría esperar¹¹⁷⁷. Como consecuencia de lo anterior y tras una previa referencia genérica de los presupuestos que dan sentido a dicha figura, el estudio de este capítulo se centrará en analizar las posibles causas por las que se puede “disculpar” al profesional médico que por su proceder, ya sea el paciente, sus familiares o la sociedad, lo consideran merecedor de un reproche penal.

1. Acerca de lo que se debe entender por “causas de exculpación”

En este difuso escenario de preferencias terminológicas¹¹⁷⁸, de conceptos de culpabilidad¹¹⁷⁹, de fundamentos teóricos de la exculpación o la

¹¹⁷⁷ Esto, porque aún por quienes tratan de encontrar argumentos en *pro* de hacer uso de la figura que hacemos alusión –dentro del campo de acción del actividad sanitaria, y como a posteriori referiremos propiamente-, por ejemplo, disculpando la conducta del galeno mediante un error de prohibición por razones de conciencia, lo cierto es que en tanto el legislador no imponga al Juez de modo expreso la necesidad de valorar las razones de conciencia a efectos de una atenuación e incluso exclusión de la culpabilidad, el encaje de tal premisa en el CPE está necesitada de una labor interpretativa que la reconduzca a uno de los expedientes que reconoce la dogmática penal –caso patente de dichas figuras, como ya hicimos referencia, están representadas por lo comprendido en 20.5 y el 20.7 del CPE-.

¹¹⁷⁸ Sobre la tradicional lid que predomina sobre el uso de las expresiones “causas de exclusión de la culpabilidad” y “causas de exculpación como sinónimos de términos alemanes “*Schuldausschließungsgründe*” y “*Entschuldigungsgründe*” preferimos en cierta medida el tratamiento de la tradición española que surgiera con Rodríguez Muñoz y su traducción del manual de MEZGER, Edmundo. *Tratado de... Op. Cit.*, pp. 171-172. Sin embargo, cabe hacer una matización en el orden de ideas expuesto por MIR PUIG, Santiago. *Adiciones... Op. Cit.*,

inexigibilidad cabe, a efectos de trazar ciertas directrices por el camino donde reflexionaremos, apuntar algunas líneas que ayuden a esclarecer el problema nominal:

En primer término, se tiene que el concepto de culpabilidad y la estructura en que se traduzca son el primer criterio para asumir o negar una diferencia material¹¹⁸⁰. Así lo pone de manifiesto el examen de la evolución histórica de la teoría de la culpabilidad. Antes de la irrupción de la concepción normativa de la culpabilidad no había otra posibilidad de ausencia de culpabilidad que la falta del imprescindible nexo psicológico, doloso o imprudente, entre el autor y el hecho. La exclusión de la culpabilidad más allá de las especies, culpabilidad dolosa y culpabilidad imprudente, era sencillamente imposible. La redefinición de la culpabilidad iniciada por FRANK tuvo su génesis en la necesidad de encontrar una explicación a la exención de pena en sede de culpabilidad en casos como el estado de necesidad, donde la presencia de una conducta dolosa es indiscutible¹¹⁸¹. Por tal razón, su diseño

pp. 657-658., y Jesús María Silva Sánchez cuando traduce a PERRON, Walter. “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado. Con especial consideración al Derecho Penal español. En, *ADPCP*. Fasc. I, enero-abril, 1988, pp. 141-142, cuando refieren que quizá lo más exacto hubiera sido sustituir “*Schuldausschließungsgründe*” como causas de exclusión de la culpabilidad o de exculpación, expresiones equivalentes en español, y “*Entschuldigungsgründe*” como causa de disculpa.

¹¹⁷⁹ Al respecto, y ante cualquier formulación conceptual, sin perder de vista, se debe partir de lo que dispone un principio rector del Derecho Punitivo, como lo es el de culpabilidad. Al respecto véase a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad... Op. Cit.*, pp. 152-154. También, y más ampliamente a SÁNCHEZ DAFAUCE, Mario. “Teoría de la culpabilidad”. En, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et. al. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*. Valencia, 2008, pp. 135-141.

¹¹⁸⁰ MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*. Parte General de Hans-Heinrich Jescheck. Volumen I. Barcelona, 1981, p. 658. «**La cuestión de la diferenciación o no de las causas de disculpa (o exculpación) respecto de las de exclusión de la culpabilidad depende, lógicamente, del concepto material de culpabilidad que se maneje**». Véase también, sobre la trascendencia que cobre el concepto de culpabilidad para definir si se habla de “causas de inculpabilidad” o “causas de exculpación” a MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, p. 537.

¹¹⁸¹ Frank partió de la observación de que el estado de necesidad disculpante, que hallaba paulatino reconocimiento, no era explicable mediante el concepto psicológico de culpabilidad: “Pues si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría ser excluida la culpabilidad por estado de necesidad. Pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle el dolo significa simplemente carecer de lógica”. Véase a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 794-795.

engloba como elementos de la culpabilidad la imputabilidad, la presencia de dolo o imprudencia y la normalidad de las circunstancias concomitantes, todos ellos bajo el concepto global de reprochabilidad. La no concurrencia de cualquiera de ellos supone la imposibilidad de reprochar al autor su conducta¹¹⁸².

El despegue de la diferenciación entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación¹¹⁸³ corresponde a la otra vuelta de tuerca en la normativización de la culpabilidad que supuso el finalismo. Con él salen de la culpabilidad el dolo y la imprudencia (objeto del juicio) y se configura como puro juicio de valor sobre la conducta. Ese juicio de reprochabilidad se asienta sobre el poder obrar de otra manera, de modo que cuando se afirma la imputabilidad del sujeto y su conocimiento de la antijuridicidad, el sujeto puede obrar de otro modo y no hay dudas sobre el carácter reprochable de su conducta. Las circunstancias que tradicionalmente se ha considerado que excluyen la culpabilidad más allá de la inimputabilidad o del error de prohibición no pueden negar ese poder actuar en sentido distinto –inexigibilidad de la conducta-, sólo pueden aludir a la dificultad de comportarse conforme a lo demandado por la norma. No son capaces, en definitiva, denegar la presencia de la culpabilidad, sólo la excluyen fácticamente en atención a su “pobre” relevancia.

En el horizonte dogmático actual, la otra versión dominante de la teoría de la culpabilidad es aquella que la vincula a la necesidad preventiva de pena. Los representantes de tal posición oscilan entre una categoría heterogénea en que se suman elementos tradicionales de la culpabilidad con la exigencia de la necesidad de pena y una categoría que se apoya en exclusiva en la utilidad preventiva. La primera posición¹¹⁸⁴ separa el fundamento de la exención en el caso de la inimputabilidad o el error de prohibición, donde falta la asequibilidad

¹¹⁸² MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 45.

¹¹⁸³ Como elemento de la culpabilidad, el sentido de las causas de exculpación es atender a los requisitos de una atribución justa de responsabilidad penal a un sujeto por su conducta antijurídica. *Vid.* MARTÍN LORENZO, María. “Defectos cognitivos en el ámbito de la exculpación: un primer esbozo”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, p. 1208.

¹¹⁸⁴ ROXIN, Claus. “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”. Trad. de Jesús María Silva Sánchez. En, *CPC*, 1986, pp. 671-692.

normativa o la motivación es imposible, de las circunstancias eximentes reconducibles a una ausencia de necesidad preventiva de pena a pesar de la subsistencia de esa motivabilidad -causas de exclusión de la responsabilidad o causas de exculpación-. La versión más radical del funcionalismo¹¹⁸⁵, en cambio, sitúa en la demanda preventivo general positiva de pena la base de la culpabilidad y su ausencia es la razón común de la exclusión de la culpabilidad en cualquiera de sus variantes.

Por otra parte, si se estima que el poder actuar de otro modo constituye la base del concepto de culpabilidad¹¹⁸⁶, no queda más remedio que acudir a otro recurso para explicar la exención de pena en caso de, por ejemplo, miedo insuperable, si es que quiere hacerse en sede de culpabilidad. Ocurre algo muy parecido a lo que acontecía con la llamada concepción psicológica de la culpabilidad. El puro contenido psicológico de la categoría excluía la posibilidad de negarla una vez afirmado el dolo o la imprudencia. La referencia absoluta a la libertad de voluntad supone, como en aquel caso, un anclaje ontológico que impide matizar y graduar la culpabilidad¹¹⁸⁷. Si el autor

¹¹⁸⁵ Véase a JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 575 y ss.

¹¹⁸⁶ Resulta de interés la reflexión que realiza Luigi Ferrajoli en el contexto del *ítem* relacionado con el “poder actuar de otro modo”. Al respecto, intenta superar la falacia naturalista que esconde la doctrina del poder actuar de otro modo, abandonándola. Para ello la sustituye por el principio normativo que impone una estructura regulativa de las prohibiciones penales, que presupone que una norma jurídica es sensata si permite al sujeto que la obedezca o no. Se denomina *ex ante* “libre albedrío” a la alternativa entre posibilidad de conocer y de omitir la acción prohibida, alternativa que constituye el presupuesto de la elección entre dos opciones, a condición, empero, de que sea considerada no como ontológica sino como deontológica, no referida a la estructura óptica del mundo, sino a la deóntica de las normas. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid, 2009, p. 498. De lo anterior entendemos, que si bien se intenta explicar mediante el criterio del libre albedrío cuando una persona puede actuar conforme a la disposición normativa; esto puede resultar baladí para efectos prácticos, ya que, a nuestro entender, el criterio relacionado con el poder actuar de otro modo quiere poner de relieve la necesidad de reconocer unos presupuestos personales y circunstanciales básicos que garanticen según lo comúnmente aceptado que la persona hubiera podido sin graves dificultades, cumplir con la norma. De forma que, con independencia de la verificabilidad de la formulación tradicional de este criterio, la nueva formulación basada en la “experiencia según la esencia del hombre que nos indicaría que cualquier otro en su lugar hubiera podido actuar de otro modo”, basada en la naturaleza relacional y social del hombre, nos remite tácitamente a unas condiciones aún no definidas.

¹¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia”. En, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Santiago Mir

que obra bajo el influjo de un miedo insuperable pudo –en la concepción de culpabilidad de WELZEL¹¹⁸⁸- **obrar de otro modo**, ¿por qué se exime de pena?; o, para ser más pragmáticos, ¿por qué se excluye la culpabilidad? Sin duda esas preguntas suenan conocidas. Tienen la misma estructura que las que con otro contenido formulaba FRANK. Desde este punto de partida se afirmaría la culpabilidad y acto seguido se negaría (se exculpa)¹¹⁸⁹. El problema no es que se distinga entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación, sino que esa distinción no encaja en el concepto de culpabilidad.

Por eso, como aconteció en el paso de la concepción psicológica de la culpabilidad a la normativa¹¹⁹⁰, hay que buscar la explicación de la no culpabilidad fuera de su llamado fundamento material.

No deja de resultar paradójico que sea la concepción normativa pura de la culpabilidad -que supera la igualación de culpabilidad a presencia de nexo psicológico- la que se afronta tal problemática: ir más allá del poder como contenido de la culpabilidad. Esta apreciación conduce a una primera aseveración: la posibilidad misma de prescindir de la pena en la categoría de la

Puig, Diego-Manuel Luzón Peña *et. al.* (Directores). Madrid, 1999, pp. 158-169. Del análisis sobre el citado y aportador artículo, se desprende que el Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona se muestra **crítico con las tesis ontológicas** «las que desprenden de la configuración de la situación de necesidad una imposibilidad jurídica de castigar», p. 159 *in fine*.

¹¹⁸⁸ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...* *Op. Cit.*, pp. 129 y ss.

¹¹⁸⁹ Por su parte, Santiago Mir Puig se muestra reacio con tal postura. «En cambio si a la culpabilidad se le atribuye un sentido material desvinculado de la idea de libre albedrío, por ejemplo, el de valorar la motivabilidad normal del sujeto (...) no es preciso tener que admitir la conclusión de que las llamadas causas de exculpación no excluyen la culpabilidad». MIR PUIG, Santiago. *Adiciones...* *Op. Cit.*, p. 658. El mismo autor y con mayor amplitud sobre la fundamentación de su argumento en, *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, pp. 601 *in fine* y 602. Donde es concluyente cuando refiere a que «Las causas de exculpación no pueden explicarse correctamente a partir de la concepción de una culpabilidad basada en el poder actuar de otro modo (fundamento de WELZEL). El único camino transitable lo señalaron los autores de la teoría normativa de la culpabilidad: no se castiga porque falta la responsabilidad penal, que presupone una situación motivacional en la cual sea exigible al hombre normal evitar el injusto. Esto viene a confirmar la conveniencia de renunciar a fundar la responsabilidad penal en la “indemostrable” hipótesis del libre albedrío: ni el Derecho Positivo lo exige para castigar, ni requiere su falta para eximir. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación norma», p. 590. En opinión de María Martín Lorenzo, esta conclusión no deja de resultar sistemáticamente insatisfactoria e implica una contradicción que acaso ponga de manifiesto la inadecuación del concepto de culpabilidad liberoarbitrista a la regulación legal de las eximentes relativas a la culpabilidad. *Vid.*, MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal...* *Op. Cit.*, pp. 46-47, nota 44.

¹¹⁹⁰ Sobre esta metamorfosis, véase a ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, pp. 794-795.

culpabilidad más allá de los supuestos de inimputabilidad y error sólo existe si se configura este nivel del delito introduciendo un expediente que permita atender al contexto del comportamiento más allá de la cuestión del poder. Se trata de renormativizar la concepción normativa de la culpabilidad: no es que las circunstancias exteriores impidan comportarse conforme al mandato normativo, de modo que la culpabilidad decae porque el autor no pudo comportarse de otro modo. Como no le falta razón a MIR PUIG cuando hace alusión a que tal extremo además de improbable es innecesario: basta con que influyan en la disposición del sujeto a actuar conforme a Derecho dificultándola de un modo que el propio Ordenamiento entienda como relevante en el sentido de impedir la declaración de culpabilidad¹¹⁹¹. No se trata de constatar una imposibilidad, sino de valorar una dificultad¹¹⁹². Desde este punto de partida, la labor es fijar el criterio o criterios en virtud de los cuales se otorga eficacia eximente a ese contexto anormal y a la dificultad de cumplir la norma que conlleva, en definitiva, a determinar el fundamento de la exención, llámese exculpación, inexigibilidad o de otra forma análoga. La valoración de las particularidades del contexto desde la perspectiva de la disminución del injusto y de la culpabilidad, de la necesidad preventivo general -y especial- de pena, de los valores sociales, de la motivabilidad normal, etc. vienen a articular materialmente las razones de la exención.

En tercer puesto, se constata que, las variadas propuestas de fundamento de la exculpación, esbozadas al hilo de la discusión terminológica, la están definiendo y distinguiendo de otras figuras que conducen a la exención de pena por inculpabilidad o incluso de la propia culpabilidad en general. Es decir, la manera de operar de los autores, que agrupan y abordan el tratamiento de estos supuestos una vez examinadas las cuestiones relativas a la imputabilidad¹¹⁹³ y al conocimiento de la antijuridicidad, parece un dato

¹¹⁹¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 602.

¹¹⁹² Las dificultades a que se enfrentan las tesis ontológicas han conducido a la doctrina a explicar la exclusión de responsabilidad en virtud de un juicio de valor. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre las actuaciones... Op. Cit.*, pp. 165-167.

¹¹⁹³ En este contexto, y con un análisis más amplio de las novedades que encierra la imputabilidad en el CPE vigente; así como las distintas causas que exoneran o modifican la responsabilidad de un individuo ante los ojos del Derecho Punitivo, véase el interesante artículo de JIMÉNEZ DÍAZ, María José. "Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o

sintomático de una cierta autonomía de la exclusión de responsabilidad penal en este nivel¹¹⁹⁴.

Como cuarto punto, se puede argüir a que, las diferencias prácticas no son demasiadas, porque los autores acaban configurando la culpabilidad en tres escalones e insistiendo en el último de ellos como el momento en que se presta mayor atención a las circunstancias en que se desarrolla la conducta. Este esbozo común sugiere que hablar de causas de exculpación puede ser útil en la medida en que apunta la necesidad de relativizar o contextualizar la declaración de culpabilidad, sin que ello suponga afirmar simultáneamente que la presencia de una eximente calificada como causa de exculpación no excluye la culpabilidad. Sin duda, se trata de uno de los requisitos para afirmar que la imputación personal, coincida con la culpabilidad en sentido estricto o se inserte en una categoría más amplia.

Por último, derivado de la diferencia de vocablos que se pueden utilizar para hacer referencia a una “exención de pena” y, en cuanto hace a la conveniencia de hablar de exculpación, se tiene que, preferir este término significa ubicar el problema en sede de culpabilidad o, como mínimo, a partir de ese nivel del sistema del delito, dato que no proporciona la fórmula -causas de inexigibilidad, que se emplea también para delimitar la tipicidad e incluso el ámbito de la justificación. Por el contrario, con la fórmula causas de exclusión de la **responsabilidad** se alude, además de a un concreto entendimiento de la *ratio* de la exclusión de la pena -por ejemplo, el de ROXIN¹¹⁹⁵-, a un momento

modifican”. En, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María Dolores García Valverde (Coordinadoras). Pamplona, 2009, pp. 1059-1093.

¹¹⁹⁴ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal...* *Op. Cit.*, p 48.

¹¹⁹⁵ Véase la explicación que otorga el Catedrático alemán al respecto, cuando realiza la **crítica al concepto normativo de la culpabilidad**. Así, señala que: «Lleva razón y además supone un gran avance frente al concepto psicológico de la culpabilidad en cuanto en él se expresa la idea de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de una valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico», continua afirmando que: «El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la **dirección de un concepto normativo de responsabilidad**». ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, pp. 797-798. Con otros argumentos –dejando claramente a un lado el concepto normativo de la culpabilidad- y sobre el sentido de responsabilidad, véase al mismo autor y obra, pp. 960-961. Básicamente, de todo lo anterior, entendemos que el concepto de exculpación que maneja Claus Roxin se enmarca en su particular comprensión de la imputación individual de responsabilidad penal. El desarrollo de

de la imputabilidad en sentido estricto, anticipando la respuesta a uno de los interrogantes sobre “exculpación”, entendida como una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad.

Como corolario a esta diversidad terminológica y sin perjuicio de que reconozcamos lo expuesto por ROXIN¹¹⁹⁶ cuando cuestiona la necesidad práctica de elaborar tal diferenciación –protagonizada por lo dispar que hay entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación-, para efectos sistemáticos, resulta de nuestro interés la definición estipulativa del término “causas de exculpación” que tiene a bien elaborar MARTÍN LORENZO¹¹⁹⁷, definidas aquellas como: supuestos que eximen de pena al autor de una conducta típica y antijurídica, imputable y conocedor del injusto, por razones que valoran la incidencia de las circunstancias de esa conducta como relevante (*sic*)¹¹⁹⁸ en tal sentido excluyente de la responsabilidad penal¹¹⁹⁹.

la tesis del Catedrático de Múnich viene impulsado por la insuficiencia que atribuye a la concepción retributiva tradicional de la categoría dogmática culpabilidad, tanto desde la perspectiva de su legitimidad como en su capacidad explicativa. Roxin aboga por una categoría híbrida a la que denomina “responsabilidad” como elemento que sigue a la antijuridicidad en el sistema del delito. En un principio, con responsabilidad alude al dato de que los criterios con los que se determina la necesidad de sancionar derivan de la teoría de los fines de la pena, con lo que su contenido, al menos aparentemente, se agota en las necesidades preventivas. Sin embargo, la versión contemporánea del autor engloba bajo el término “responsabilidad” dos elementos autónomos con funciones diferentes y complementarias –de ahí la hibridez-, que se limitan recíprocamente en la búsqueda del sistema que mejor responda a las demandas de un Estado de Derecho: **la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena**. *Ibidem.*, pp. 791-793. También sobre la idea de responsabilidad véase al mismo autor en, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid, 1981, pp. 71 y ss.

¹¹⁹⁶ Dicho cuestionamiento sobre la necesidad de distinción al que califica de “rígido”, Claus Roxin lo fundamenta en la idea de que, tanto las “causas de exculpación”, como en las “causas de exclusión de la culpabilidad” comparten similares consideraciones dogmáticas de contenido; es decir, en **ambas** no se trata sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista (los propios de la exclusión de la responsabilidad por falta de necesidad preventiva de punición). *Cfr.*, ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 814-815.

¹¹⁹⁷ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 49, *in fine*.

¹¹⁹⁸ Pese a considerar dogmática y político-criminalmente dicha acepción, creemos que la palabra “relevante” deberá ser sustituida por “irrelevante”, pues sólo de esta manera el *ius puniendi* estatal podrá contenerse de su actuación sobre el sujeto que ha actuado típica y jurídicamente.

¹¹⁹⁹ Como característica común del disenso doctrinal ante temas que precisan de delimitación terminológica, no falta quien muestre una ideología, sino opuesta, si divergente. Verbigracia, hacemos referencia a un autor tan señalado en la doctrina jurídico-penal española:

II. La no exigibilidad como forma de inculpabilidad

Multum temporis ha transcurrido desde las primeras discusiones dogmáticas y político-jurídicas **sobre lo que representa lo “inexigible”** para el Derecho Punitivo en general, y para el tratamiento del estado de necesidad en particular, sobre todo en lo que respecta a su modalidad exculpante; y, aunque en menor extensión, hoy en día -de manera unánime- los manuales de Derecho Penal en su Parte General, no olvidan incluir en los epígrafes dedicados a la culpabilidad reflexiones que versen sobre aquella cuestión. Consecuencia de esto y no perdiendo de vista el título central que da sentido a esta investigación *a fortiori* no podemos hacer caso omiso al análisis de tan singular debate. Más aún, si pretendemos cuestionar su utilidad positiva en el escenario de la actividad sanitaria, como elemento configurador del estado de necesidad disculpante o exculpante.

1. Génesis teórico

La teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en la República de Weimar, a principios de los años 20 del siglo XX, en una época de grave crisis económica y social, como una forma de exclusión de la culpabilidad de personas que por **miedo** a perder su empleo o a consecuencias peores, se veían obligados a cometer un delito. Posteriormente, y en el período nacionalsocialista (1933-1945), fue rechazada porque, según algunos penalistas nazis, «quebrantaba los huesos del Derecho Penal», y no era más que el reconocimiento de las debilidades y flaquezas del ser humano, incompatibles con el modelo del “superhombre”, que “impasible el ademán”, tema que demostrar su fortaleza de carácter y la superioridad de la raza aria precisamente en los momentos más extremos y difíciles de la vida¹²⁰⁰.

Paradójicamente, volvió a renacer tras la Segunda Guerra Mundial utilizándose por algunos penalistas como argumento para **exculpar a médicos**

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 581 y 621, donde reserva la denominación “causas de exculpación” para aquellos casos de inculpabilidad distintos a las causas de inimputabilidad, es decir, en su sistemática, el error esencial e invencible, la ausencia de dolo y culpa -caso fortuito-, y las causas legalmente expresadas de no exigibilidad de una conducta distinta.

¹²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 387.

y altos mandos nazis que durante el nacionalsocialismo habían ejecutado o participado en medidas exterminadoras de asociales o de enfermos mentales en campos de concentración o en centros psiquiátricos, alegando que lo habían hecho por **obediencia debida**, o por **miedo** a perder sus puestos de trabajo. Algunos de los acusados por estos hechos llegaron a decir en su defensa que, al interpretar restrictivamente las órdenes e instrucciones recibidas, salvaron la vida a muchas personas, invocando incluso el estado de necesidad disculpante: por ejemplo, que en lugar de matar a 10.000 personas, conforme a las instrucciones recibidas, mataron sólo a 8.000¹²⁰¹. No consideramos fútil exponer esta reseña histórica sobre el origen de la idea a lo no exigible, ya que, algunas veces es bueno conocer los orígenes y avatares de los conceptos jurídicos, para comprenderlos mejor en sus respectivos contextos.

¹²⁰¹ Sobre algunos otros ejemplos que hacen alusión al surgimiento de la teoría de la no exigibilidad en Alemania como consecuencia del difícil momento que atravesaba aquel país, véase, entre otros, a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 600-601. De otro lado, y a propósito de la inmersión de médicos que han actuado en complicidad con el poder castrense y después tratar de “sínicamente” exculpar su conducta argumentando que han actuado en obediencia debida, véase la nota de Jorge Torres, Evangelina Hernández y Julieta Martínez de 27 de enero de 2010, en el *Diario El Universal de México*, donde se habla sobre las evidencias en poder de la Comisión Nacional de Derechos Humanos –mexicana-, incluidas en el más reciente informe sobre violaciones cometidas por elementos del Ejército, donde revelan que han detenido a “sospechosos” y los han torturado para obtener información con la **complicidad de médicos militares** que participaban en los interrogatorios con una misión específica: reanimar a los que perdían el conocimiento y extender certificados de integridad física. Sin ánimo de ser exhaustivos en lo que se refiere a la **obediencia** debida en el ámbito militar y el planteamiento de una eventual causa de justificación o exculpación por la actuación de los sanitarios pertenecientes al sector castrense que ponga en tela de juicio la vulneración de bienes jurídicos podemos decir que, en el supuesto esgrimido *supra*, en ningún momento – al margen de las particularidades en los supuestos de error o de miedo insuperable- la conducta puede ser ajena al reproche penal, pues a entraríamos en el campo de los llamados mandatos antijurídicos obligatorios, de lo que entendemos que es reprobable la obediencia ciega, toda vez que el médico -funcionario o autoridad- tiene el poder de examinar si la orden recibida conculca de alguna manera la Ley y consiguientemente si el mandato que contiene ha de ser obedecido. Con mayor amplitud y especial tratamiento en el tema véase a MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Madrid, 1984, pp. 215-218. El mismo, en, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, pp. 298-301.

2. Aceptación y alcance de lo inexigible

Independientemente de que estemos de acuerdo o no con el alcance de lo que jurídico-penalmente significa lo inexigible¹²⁰² –donde *a posteriori* nos pronunciaremos al respecto-, como motivo suficiente para excluir la culpabilidad, sobre todo cuando hagamos alusión a sí un profesional de la medicina puede verse amparado por el “incierto” estado de necesidad exculpante o disculpante y/o por la eximente del 20.6 que engloba al miedo insuperable; nos ocuparemos de tratar el concepto que encierra la idea de no exigibilidad.

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el Ordenamiento Jurídico marca unos baremos de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, dicho Ordenamiento no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. Así por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga por su oficio o cargo la obligación de sacrificarse. También en algunos tipos delictivos concretos se alude a situaciones de no exigibilidad, en las cuales la realización de la conducta no constituye el tipo de estos delitos (p. ej., el artículo 195.1 CPE castiga la comisión del deber de socorro siempre que el sujeto pudiera prestar el socorro «sin riesgo propio ni de terceros»)¹²⁰³. Normalmente, estas situaciones de no exigibilidad general u objetiva excluyen ya el tipo del correspondiente delito en cuya redacción se tenga en cuenta esta situación o, por lo menos, la antijuricidad del mismo a través del estado de necesidad como causa de justificación genérica. Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una **no exigibilidad subjetiva o individual**, que se refiere a determinadas

¹²⁰² Adelantando que, en principio, consideramos que disminuye el injusto y la culpabilidad, pero no la elimina, lo cual da lugar a una **disculpa** del comportamiento presuntamente típico.

¹²⁰³ Cfr. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel y NÚÑEZ CASTILLO, Elena. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2010, p. 298.

situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él¹²⁰⁴.

Bien así, en este orden de ideas, se puede afirmar que la responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad¹²⁰⁵), sino también allí donde ese individuo actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera perecido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de no exigibilidad, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podía soportar o, en otras palabras: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

En los casos comunes que se sostiene la idea de inexigibilidad, se entiende que la exclusión de responsabilidad punitiva no se basa en que el sujeto sea distinto al hombre medio al que se le exige la motivación de la norma, sino al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal¹²⁰⁶. La anormalidad motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede de una anormalidad en el sujeto –permanente o transitoria-, sino como señala MIR

¹²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 386-387.

¹²⁰⁵ Hablar de inimputabilidad, invita a interpretar qué es lo que se entiende por imputabilidad desde la perspectiva de legislación española, o mejor, quien es el sujeto inimputable (véanse los arts. 19, 20.1, 20.2 y 20.3 del CPE) Así, interpretando las palabras de lo que dispone el Texto Punitivo, la imputabilidad no es la libre capacidad para elegir entre lo bueno y lo malo, sino la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar con arreglo a esa comprensión, es decir, la posibilidad de que esa comprensión pueda operar como contramotivo. Con mayor amplitud y sobre la problemática competencial del concepto de imputabilidad, véase a GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995. (Un análisis médico legal del art. 20.1 y 20.2)*. Granada, 1997, pp. 8-11.

¹²⁰⁶ En este sentido, la referencia que Jescheck-Weigend realizan sobre, Freudenthal, quien partiendo de la necesidad de un concepto de culpabilidad llegó a la conclusión de “que no merece ninguna pena criminal quien, de acuerdo con las circunstancias del hecho no pudo evitar su comisión”. Pensaba tanto en “los peligros para la existencia económica y social” como en la “presión amenazante de tener que infringir las consideraciones más apremiantes de tipo generalmente humano”. *Vid.*, a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 541.

PUIG, se genera por una anomalía en la situación¹²⁰⁷. En un Estado social y democrático de Derecho ello puede justificarse acudiendo a la idea de que el Derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio¹²⁰⁸. Las directrices de un Derecho Penal democrático no encuentran sentido en ser un Derecho para héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llegaría así a la razón toral que suele verse tras la noción de no exigibilidad: las conductas heroicas no son exigibles¹²⁰⁹.

Así, COBO/QUINTANAR¹²¹⁰ entienden que el concepto de no exigibilidad de conducta distinta a la habida, es un principio del Derecho Penal moderno, y se funda en la idea “debido es sólo lo que puede ser exigido”, siendo por tanto, la exigibilidad el alma de la culpabilidad. La exigibilidad no es, sino la esencia misma del deber desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico que lo impone. Sin embargo, en Derecho Penal, exigibilidad e inexigibilidad no son conceptos simétricos en el marco del juicio de culpabilidad, pues no cabe hablar de inexigibilidad en todos aquellos supuestos en que falta la exigibilidad. Por ejemplo, a un inimputable no puede exigírsele que actúe de conformidad a lo prescrito por la norma y, sin embargo, no actúa amparado por ninguna causa de inexigibilidad. En resumen, en Derecho Penal lo exigido es lo jurídico-penalmente debido. De esta manera, los autores mencionados *supra*, conciben a la inexigibilidad como un elemento del juicio de culpabilidad, que se erige así en una suerte de dispensa otorgada en ciertas situaciones, del reproche personal por el hecho injusto realizado.

No obstante, compartamos algunas de las premisas que configuran el concepto de lo no exigible, al mismo tiempo creemos que se debe de ser muy cuidadoso en el uso “maleable” –por su amplitud- de este concepto si no se

¹²⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 598.

¹²⁰⁸ Apunta José Antón Oneca, «El juicio de culpabilidad es siempre una comparación entre el modo de comportarse el sujeto y la forma de comportamiento corriente en la mayoría de los hombres. Sólo cuando el individuo se aparta de este camino llano es reprochable su conducta». ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 340.

¹²⁰⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. 18ª ed., puesta al día por César Camargo Hernández. Barcelona, 1981, p. 409. En este sentido, véase también, entre otros a COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.* p. 203; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 387-388.

¹²¹⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones... Op. Cit.*, p. 202.

quiere caer en graves errores y no considerar la máxima “*necessitas non habet legem*” (la necesidad no conoce Ley) en un sentido no literal. Dicha observancia debe radicar en la observancia de los casos puntuales que recoja el Ordenamiento Punitivo, dejando a un lado la tarea de aventurarse en formular analogías¹²¹¹.

Esta preocupación no ha sido ignorada por la doctrina penal en general –alemana fundamentalmente- y en sus respectivas dimensiones por la española, en particular.

Por lo que al ámbito alemán hace, no les hace falta razón a JESCHECK/WEIGEND¹²¹² cuando, en un claro –y certero- **tenor restrictivo** sobre la generalidad o amplitud que se le pueda dar a la inexigibilidad como eje de la ausencia de culpabilidad, retratan que «el Derecho Penal necesita criterios en el ámbito de la culpabilidad que, ciertamente, deben ajustarse a la valoración de la formación de la voluntad, pero que deben estar **formalizados y legalmente determinados**». Consideran, así mismo, que «una **causa de exculpación supralegal** como la de la inexigibilidad, tanto si se entiende subjetiva como objetivamente, debilitaría el efecto preventivo-general del Derecho Penal y conduciría a la desigualdad en la aplicación del Derecho, pues la inexigibilidad no es un criterio idóneo¹²¹³. Además, de acuerdo con la clara sistemática de la Ley, las causas de exculpación constituyen disposiciones excepcionales que no son susceptibles de aplicación extensiva».

Por su parte y en lo que corresponde al panorama español, esta cuestión no es diferente;¹²¹⁴ ejemplo de ello es el señalamiento de MORALES

¹²¹¹ Así también lo entiende Gonzalo Quintero Olivares, cuando recoge una máxima dentro de la doctrina penal que señala que “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Por lo tanto –continúa- «la analogía no será el camino de entrada del principio de no exigibilidad de conducta adecuada a Derecho». MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, p. 539.

¹²¹² Véase a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 542.

¹²¹³ En este sentido véase a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, BALDÓ LAVILA, Francisco y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Casos de la Jurisprudencia Penal... Op. Cit.*, p. 346.

¹²¹⁴ Sobre la teoría general de la exigibilidad o no de una conducta en materia penal, Joaquín Cuello Contreras resume su razonamiento a 4 premisas esenciales: 1. Nunca fundamentara la inexigibilidad la impunidad de un comportamiento activo doloso contra bien jurídico individual fundamental como la vida o la integridad, empezando la duda al momento del alejamiento del peligro para esos bienes jurídicos; 2. Tampoco lo hará cuando, pese a no tratarse de bien jurídico individual, sino supraindividual, el conflicto sea reconducible sin que se ponga en

PRATS¹²¹⁵ cuando refiere a que «la admisión de la eficacia directa de la no exigibilidad equivaldría a aceptar la existencia a causas supralegales de exclusión de la culpabilidad. Si el legislador hubiese querido dejar abierta una puerta en las eximentes –de responsabilidad criminal-, como lo hace en las atenuantes, lo hubiera hecho»¹²¹⁶.

Sobre este rubro, pero a nuestro modo de ver, cuestionables por la forma tan nublosa con que se refiere a los términos ponderación de intereses, bienes o males¹²¹⁷, son las palabras de MIR PUIG, cuando sostiene que en la actualidad la idea de no exigibilidad se limita a explicar el fundamento de las causas de exculpación (miedo insuperable, “estado de necesidad exculpante”), aparte de «servir de principio regulativo general», especialmente en la fijación de límites a ciertos tipos penales (imprudencia, omisión y eximentes).

entredicho el Ordenamiento Jurídico respecto a los demás (lo que incluye no sólo el peligro de la lesión del bien jurídico sino también el acto mismo de la desobediencia); 3. Mientras menos grave sea el delito y/o estemos en presencia de eximentes incompletas, más fácil será apelar a la idea de inexigibilidad, siendo este el terreno donde la idea probablemente experimentará mayores desarrollos en el futuro, como lo ha hecho en el pasado reciente (miedo insuperable, p. ej.); 4. No cabe distinguir entre los motivos, no hay religión más respetable que otra, por ej., aunque sin duda su extensión garantiza la estandarización del conflicto de que habla Claus Roxin, habiéndose de tener en cuenta todos ellos, incluidas creencias esotéricas cada vez más extendidas en Occidente, salvo que su misma concepción vulnere abiertamente los Derechos Humanos (racismo, por ej.). Puede parecer poco, una vez que se nos ha llenado la boca de grandes palabras al hablar de la libertad de conciencia; la explicación, sin embargo, es muy sencilla: a) Mientras más materialice un Derecho Penal el Derecho Penal mínimo del Estado de Derecho, menos margen habrá, paradójicamente, para la tolerancia; b), y, sin embargo, no se olvide que la tolerancia en las pequeñas cosas (a usar un velo, p. ej.), ahorra graves e irremediables conflictos para los que, además, ya el Derecho Penal no sirve, por requerir una sociedad homogénea en lo fundamental. *Vid.*, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 1155-1156.

¹²¹⁵ MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, p. 539. El Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona refiere también, que el razonamiento expuesto *supra* (si el legislador hubiera...) llevaría a sostener la oportunidad de la pena incluso en ocasiones en que su aplicación se muestre contraria a toda necesidad de prevención, pues el sujeto no podía razonablemente hacer cosa distinta de lo que hizo. Por ello, «la no exigibilidad de conducta, cuando no concorra circunstancia eximente (miedo insuperable o el “estado de necesidad disculpante”) o causa de exclusión de la culpabilidad (error invencible de prohibición) sólo puede desplegar su eficacia a través de la capacidad de los Tribunales de apreciarla como supuesto contemplado en el precepto legal que les permite suspender y proponer el indulto». MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, p. 539.

¹²¹⁶ No pasando por alto la facultad que posee de suspender la ejecución de la pena prevista en el artículo 4.4 CPE –indulto-.

¹²¹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 598-601.

A pesar de lo que hemos esgrimido *ex ante* y las conclusiones expuestas doctrinaria y legalmente, tenemos que, muestra de la complejidad que encierra la interpretación acerca de lo exigible o no exigible, encontramos que el Tribunal Supremo español en distintos fallos se ha pronunciado como si admitiera la posibilidad de la exculpación supralegal¹²¹⁸. Por ejemplo, en STS 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8718) -e igualmente es la de 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 4960)- se dice:

«... Tales referencias tampoco serían aplicables a este recurso por cuanto la Audiencia no ha aplicado una causa de justificación, sino de inculpabilidad que será aproximable a la causa supralegal de inexigibilidad de conducta distinta. No es en principio y con carácter general inadecuada la construcción del Tribunal de instancia, porque desde una perspectiva dogmática, la explicación del problema del autor por convicción o del autor de conciencia ha pasado con frecuencia por esta idea de exigibilidad, pero es necesario aquí recordar la relevancia que, en las omisiones pro se ha atribuido por la doctrina a este elemento como integrante de su propia tipicidad especialmente en la omisión del auxilio...».

III. La “virtualidad” del estado de necesidad exculpante como causa de exculpación

La utilización de la palabra “virtualidad” como pieza que configura el título del presente epígrafe la hemos empleado *ex profeso*. Dicho matiz pretende hacer referencia, y viene motivado por la “dudosa o incierta” aplicación real-práctica que se puede significar recurrir al estado de necesidad disculpante como causa de exculpación¹²¹⁹ –sobre todo en la doctrina española, y en donde adelantamos: el problema radica en la fundamentación de lo que se considera “inexigible”- para aquellos casos en que se ven colisionados bienes jurídicos de la misma jerarquía; una muestra de lo anterior queda constatada por el intrincado debate que hasta nuestros días, permanece

¹²¹⁸ En aquellos tipos, normalmente de omisión, en los que la descripción legal de la conducta presupone que el sujeto podía hacer lo que no hizo y donde es evidente que se ha incorporado al tipo de injusto un elemento derivado de la idea de exigibilidad.

¹²¹⁹ De esta manera, cabe aclarar, que en este apartado, nuestro objeto de estudio se circunscribe a aquellas circunstancias que exoneran conductas antijurídicas por razones distintas a la inimputabilidad (falta de capacidad para comprender la ilicitud del hecho), el error de prohibición (desconocimiento del carácter antijurídico del hecho) o la no punibilidad (oportunidad de renunciar a la sanción).

vigente en la doctrina penal tanto del orbe nacional como en el terreno internacional. Puesto de manifiesto lo que antecede, a continuación nos dedicaremos a analizar que tan “veras” puede ser la referida “virtualidad”.

1. El desacuerdo doctrinal sobre la naturaleza y fundamento del estado de necesidad exculpante

Podemos decir que el instituto del estado de necesidad ha sido identificado con la esencia de la justificación; fue determinante en la elaboración moderna de la teoría de la culpabilidad, se le considera una estructura exoneradora apta para justificar y exculpar y, por último, es el objeto del *mare mágnum* teórico¹²²⁰ que pone en tela de juicio la comprensión tradicional de las relaciones entre causas de justificación y causas de exculpación o, más ampliamente, entre antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, sí interesa insistir en este punto en uno de los motivos que parece alimentar la relevancia dogmática del estado de necesidad y que, al mismo tiempo, representa un síntoma de las dificultades que esta institución plantea a la doctrina. Nos referimos pues, a la discutida naturaleza del estado de necesidad. El enfrentamiento entre la **teoría de la unidad**, en el concreto sentido de considerarlo una causa de justificación en todo caso, y la **teoría de la diferenciación**, que le atribuye la doble naturaleza justificante y exculpante, define el marco tradicional de la polémica¹²²¹. Con ello no debe caerse en el

¹²²⁰ Así, encontramos que la teoría de la adecuación, la cual parte de la idea de que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a Derecho, no es jurídicamente correcta, pero que no puede castigarse por razones de equidad (de ahí su nombre), habida cuenta de la situación de coacción psicológica en que actúa el sujeto. Procede de Kant; la teoría de la colisión o del conflicto, engendrada por Hegel, que sostiene que el fundamento del estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el Derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. *Vid.*, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 455-456. Por último y donde mayor intensidad cobra el debate doctrinal; la teoría de la diferenciación y la teoría unitaria. Sobre estas últimas abundaremos *a fortiori* en el desarrollo de este epígrafe.

¹²²¹ El término “teoría de la unidad” o “teoría unitaria” designa aquellas posiciones sobre el estado de necesidad que pretenden encontrar un fundamento común para la exención de todos los supuestos de estado de necesidad y, sobre esa base, atribuyen a esa eximente una sola naturaleza jurídica, bien en sede de antijuridicidad, bien en sede de culpabilidad. Ello va a depender además del entendimiento de cada autor de tales categorías, de modo que no siempre a idéntico fundamento se le asocia la misma naturaleza jurídica, que puede variar en las distintas concepciones. Por su parte, las denominadas “teorías diferenciadoras o de la

error de entender que las posiciones de uno u otro lado son uniformes, sino que más allá de la estructura común de adscripción exclusiva al ámbito de la antijuridicidad o también al de la culpabilidad, los estudiosos del Derecho Penal divergen en los criterios con que defienden su postura, en muchos casos porque parten de fundamentar de diversa forma la exención, e incluso en los elementos de que se sirven para trazar los límites, si lo hacen, entre el espectro con eficacia justificante y con eficacia exculpatoria. Las diferencias son especialmente dignas de reseña en la doctrina española, favorecidas por la particular regulación legal del estado de necesidad.

1.1. La perspectiva germana

Ab initio y ratione materiae que ahora nos ocupa, resulta una referencia *cuasi* obligada, dirigir nuestra mirada a la doctrina jurídico-penal alemana. Frente a lo que ocurre en el panorama español, en Alemania la doctrina actual absolutamente mayoritaria defiende la teoría de la diferenciación¹²²², asentada legalmente en el § 34 y § 35 del StGB. El § 34 recoge el estado de necesidad justificante y el § 35 el estado de necesidad exculpante. Esta armonía no siempre dominó la discusión dogmática sobre el estado de necesidad, sino que es fruto de la elaboración teórica de numerosos autores, determinante a la postre de la previsión legal de dos especies de estado de necesidad con sus rasgos privativos. Las dos líneas que han marcado la evolución teórica y legislativa en Alemania son las representadas por el pensamiento de la colisión

diferenciación” renuncian a reconducir todas las constelaciones de estado de necesidad al mismo fundamento y le asignan una naturaleza diversa en función del concreto fundamento que explique en cada caso la renuncia a la pena. Las teorías de la diferenciación discriminan dentro del espectro casuístico posible de situaciones de necesidad y asignan a los subconjuntos una naturaleza jurídica como causa de justificación, causa de exclusión de la culpabilidad (con adicionales variantes), causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, causa de exclusión del injusto penal, causa de levantamiento de la pena, etcétera. Sin embargo, el binomio clásico en la polémica sobre el estado de necesidad es el que enfrenta a la teoría de la unidad en la antijuridicidad con la teoría de la diferenciación entre un estado de necesidad justificante y uno exculpante.

¹²²² Por todos véanse a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 671-675; JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 379-381; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 493-496; HIRSCH JOACHIM, Hans. *La posición de la justificación y la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1996, pp. 26, 53 y 54.

de bienes, de un lado, y la consideración de la situación de coacción psíquica del autor, de otro. Ambas se han querido vincular a determinadas raíces filosóficas, en concreto, con los sistemas de KANT Y HEGEL¹²²³. No obstante, la traducción a términos dogmáticos de estas propuestas y el asiento final de la teoría de la diferenciación, que englobaría ambas, aún requirió un intenso debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad, desarrollado desde finales del siglo XIX hasta la aprobación de la segunda Ley de Reforma del StGB de 1969 y la entrada en vigor de los §§ 34 y 35 del StGB en 1975¹²²⁴.

La teoría diferenciadora dominante en Alemania, en consonancia con los preceptos positivos sobre el estado de necesidad, contempla, en primer lugar, un estado de necesidad justificante regulado en el § 34 StGB, así como en los §§ 228 y 904 BGB (Código Civil alemán). Ninguno de estos preceptos responde *stricto sensu* al principio de ponderación de bienes y el consiguiente resultado de la justificación de aquellas conductas que ante un conflicto de bienes pongan a salvo los más valiosos conforme a una comparación abstracta de los mismos. Más bien encarnan la idea más amplia de comparar intereses, de ponderar junto al valor de los bienes aspectos como, por ejemplo, el grado de peligro que los amenaza o el origen del peligro¹²²⁵. Y ello al margen de que la articulación de esos intereses se lleve a cabo directamente a través de una ponderación omnicompreensiva o mediatamente dentro de unas estructuras que

¹²²³ ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Estado de necesidad... Op. Cit.*, p. 483, apunta que “el recurso al elemento filosófico propicia, en efecto, desde el comienzo la distinción de situaciones. Kant y Hegel habían marcado -cada uno por separado y antagónicamente- la imposibilidad de asociar todos los supuestos en un fundamento único; si bien ellos se habían referido a casos muy concretos se los toma como punto de arranque en la reconstrucción de un fenómeno general”. De esta manera Kant, fundador de la teoría de la equidad, no consideraba a la acción necesaria como “*inculpabilis*” por contradecir, a pesar de la situación de la necesidad, al imperativo categórico, sin embargo la tenía por “*impunibilis*” al no poder determinar la Ley al autor para que actuara conforme a Derecho al estar impulsado este último por una fuerza irresistible. De otro lado y por el contrario Hegel aceptó que, en todo caso, en el supuesto de conflicto entre la vida y otros bienes jurídicos de menor rango habría un “derecho de necesidad” a favor de la primera. Sobre esta tesis estructuró la teoría del conflicto que partía de la diferencia valorativa de los bienes jurídicos. *Cfr.* a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, p. 379.

¹²²⁴ ROLDÁN BARBERO, Horacio. *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*. Madrid, 1980, pp. 19-27.

¹²²⁵ Véase al respecto a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 685-686.

preordenan la relación entre los intereses¹²²⁶. En otro orden, el § 34 del StGB exige una preponderancia sustancial del interés salvaguardado para declarar justificada la conducta lesiva de intereses jurídico-penales. Si concurre esa relevante prevalencia, no hay en este primer inciso del § 34 del StGB ninguna limitación en cuanto a los bienes susceptibles de estado de necesidad, ni se restringe a un círculo de personas los sujetos que pueden beneficiarse de la exención. Las únicas restricciones atañen al juego que puedan desempeñar en la amplia ponderación de intereses aspectos como la provocación de la situación de necesidad, el detentar una posición jurídica especial, o la decisión sobre la ponderabilidad de los bienes jurídicos personalísimos, sobre todo la vida, que sin duda pueden inclinar la balanza del lado de la ilicitud.

Por otro lado y con especial complejidad, resulta el papel que pueda ejercer la cláusula de adecuación contenida en el § 34, inciso 2º del StGB. Su origen legislativo, como señala ROXIN, es claro: se trataba de incorporar a la regulación legal las dos teorías tradicionales sobre el estado de necesidad justificante suprallegal, la teoría de la ponderación de bienes y la teoría del fin¹²²⁷. Pero, el problema, como apunta MARTÍN LORENZO es que al transformar la ponderación de bienes en una de intereses, que incluye todas las circunstancias del caso particular, el pensamiento de la adecuación a la situación apenas puede encontrar un margen en el que operar si la ponderación pone de manifiesto una preponderancia relevante de los intereses salvados respecto a los lesionados¹²²⁸. Consecuencia de lo anterior, un importante sector de la doctrina alemana por no decir *nemine discrepante*, considera superflua dicha cláusula y otro le atribuye el mero valor de recordatorio al operador jurídico de que efectúe con cuidado la ponderación, sin significado autónomo. No obstante, también hay autores como JESCHECK/WEIGEND¹²²⁹ que le atribuyen el papel de un segundo nivel de

¹²²⁶ El §228 del BGB contempla el estado de necesidad defensivo civil, que tiene presente el origen del peligro en la esfera de la víctima del estado de necesidad; el § 904 BGB regula el estado de necesidad agresivo civil, por lo que toma en consideración que la acción de defensa constituye una injerencia en una esfera jurídica autónoma y ajena al origen del peligro.

¹²²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 720-721.

¹²²⁸ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 357.

¹²²⁹ Sobre la valoración social, señalan, entre otros ejemplos, el de la inoperatividad en la apelación del estado de necesidad del policía, el bombero o el soldado cuando infringen su

apreciación atento a las concepciones valorativas de la sociedad y sitúan en ella las cuestiones relativas a los deberes de soportar el peligro, la renuncia del titular del bien a preservarlo, etc. Finalmente, otros autores le atribuyen un papel más reservado: así, JAKOBS la identifica con la exclusión de la justificación en casos de relevante preponderancia de los intereses cuando existe un procedimiento ordenado jurídicamente para ello¹²³⁰; por su parte, sin falta de razón, ROXIN, la emplea para excluir y al mismo tiempo privilegiar la dignidad humana de la ponderación y constituir la en límite absoluto¹²³¹. Estas interpretaciones de la cláusula de adecuación no siempre resultan fáciles de compatibilizar con la comprensión del primer inciso (ponderación de bienes) y en general el fundamento del estado de necesidad defendido por cada autor.

Por lo que atañe al estado de necesidad previsto en el § 35 del StGB sólo determina que el sujeto actúe sin culpabilidad. Por ello no precisa una preponderancia relevante de los intereses salvaguardados frente a los sacrificados, necesaria para la conversión de una conducta agresiva menoscabadora de intereses ajenos en conforme a Derecho, pero sí se imponen otro tipo de restricciones fruto de la propia *ratio* de la exención. En concreto, se limita tanto la esfera de bienes jurídicos susceptibles de ser preservados al amparo de este precepto (vida, integridad física y libertad) como el círculo de agentes que pueden llevar a cabo la conducta salvífica (el necesitado o un pariente o allegado a él). Es decir, no hay límites cuantitativos tan estrictos como en el estado de necesidad justificante, pero los requisitos legales para eximir de pena son mayores en lo relativo a bienes y sujetos, con la particularidad de excluirse o matizarse el privilegio si, respectivamente, el

deber, en cuanto este es responsabilizarse de la protección frente a peligros reales para el cuerpo y la vida. *Vid.* a JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado... Op. Cit.*, pp. 389-391.

¹²³⁰ Así, reza: «Para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso está excluida. Entonces cualquier otra solución del conflicto constituye un medio inadecuado. La cláusula del medio adecuado garantiza al Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses». *Cfr.*, a JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 514-515.

¹²³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 722-725.

sujeto está obligado a sacrificarse o provocó la situación de necesidad. Cabría concluir, pues, que los límites son aquí cualitativos¹²³².

1.2. Tratamiento en el ámbito español

Aunque en otra sede de la presente investigación ya hemos hecho referencia a la cuestión que protagoniza la **naturaleza y fundamento del estado de necesidad**¹²³³, en este momento, si bien retomaremos el planteamiento del problema, **nos centraremos a analizar las consideraciones que elabora la doctrina española al respecto, centrandó nuestras reflexiones al polémico y dudoso elemento de la “inexigibilidad” de la conducta como base para poder considerar si el sujeto que realizó una acción contraria a Derecho -en el supuesto de colisión de intereses de la misma jerarquía- puede recurrir al también cuestionado estado de necesidad exculpante.**

Así, la referida cuestión ve su nacimiento a raíz de la modificación introducida por el CPE de 1944 en orden a ampliar el estado de necesidad más allá de donde ya lo había hecho el CPE de 1932¹²³⁴: no sólo se exime en casos de salvaguarda de un mal superior, sino también cuando los males sean equivalentes¹²³⁵. Esa ampliación quebró el tradicional entendimiento mayoritario del efecto eximente del estado de necesidad como causa de

¹²³² MIR PUIG, Santiago. “Problemas del estado de necesidad en el artículo 8.7 CP”. En, *Estudios jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona, 1983, p. 503.

¹²³³ Concretamente, cuando hablamos del fundamento y naturaleza del **estado de necesidad justificante**. No obstante, por razones de oportunidad expositiva, lo hicimos de una manera muy genérica sin priorizar tratamiento al problema de la inexigibilidad como elemento que alumbra al **estado de necesidad exculpante**.

¹²³⁴ La reforma de 1932 había incluido como modalidad del estado de necesidad la colisión de bienes y de deberes sin ulteriores discriminaciones por el tipo de bien jurídico implicado. Con anterioridad, el estado de necesidad se limitaba a amparar los conflictos entre bienes patrimoniales en los que se ocasionara un mal menor. *Cfr.* sobre la evolución legal, el estudio histórico que realiza la Catedrática de la Universidad Jaume I, Castellón CUERDA ARNAU, María Luisa. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Valencia, 1997, pp. 25-52, centrado en las repercusiones de los cambios legislativos en las relaciones entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable.

¹²³⁵ *Ítem más*, con la reforma de 1944 se eliminaron las dudas sobre eventuales restricciones contenidas en el CPE de 1932 respecto al estado de necesidad para salvaguardar males ajenos, con lo que quedó asentado el amplio reconocimiento del auxilio necesario característico del Ordenamiento Jurídico español. No obstante, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*, 3ª ed., IV... *Op. Cit.*, p. 397, crítico con la opinión de José Arturo Rodríguez Muñoz considera que el CPE 1932 en absoluto limitaba el estado de necesidad a los males propios.

justificación¹²³⁶ fundada en el interés preponderante y **condujo a importar la teoría dualista de creación alemana**¹²³⁷, labor desarrollada, principalmente, por ANTÓN ONECA¹²³⁸. Con las diferencias inevitables entre las diversas propuestas de interpretación del art. 8.7 CPE de 1944, lo incuestionable es que pronto se erigió en doctrina dominante la que atribuye la naturaleza de causa de justificación al estado de necesidad entre intereses desiguales con salvaguarda del más valioso, mientras que ubica en la inculpabilidad la exención por estado de necesidad entre intereses iguales¹²³⁹. Estas aseveraciones describen, *grosso modo*, la que podría denominarse teoría ortodoxa de la diferenciación, que mantiene hoy el acuerdo de un importante sector doctrinal, incluso y como acertadamente refiere SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, parece ser también la privilegiada por el Tribunal Supremo¹²⁴⁰.

Empero, siguiendo a MARTÍN LORENZO¹²⁴¹ el hito que introduce el otro factor determinante del mapa actual de la dogmática sobre el estado de necesidad en España se debe a una aportación doctrinal, al margen de cualquier reforma legal, de gran calado. Se refiere pues a la defensa por GIMBERNAT¹²⁴² de una **teoría de la unidad** teleológicamente construida, que considera todo estado de necesidad como causa de justificación. Al contrario que en el Derecho Penal alemán, donde la teoría de la unidad ha perdido la importante fuerza que detentó históricamente hasta casi desaparecer con el pronunciamiento expreso del legislador a favor de la teoría diferenciadora, en España, la ausencia de todo signo de preferencia por parte del legislador y la

¹²³⁶ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 266. También como cita obligada y autor que ha servido de referencia para muchos penalistas españoles véase a RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *Notas al Tratado de Derecho Penal de Mezger*. II. Ed., Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949, pp.198 y ss.

¹²³⁷ CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 259-260.

¹²³⁸ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 266, 271 y 272.

¹²³⁹ Por ejemplo, *cfr.* a PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Tomo I. Madrid, 1955, pp. 412-413.

¹²⁴⁰ Al respecto, véase, entre otros el relevante estudio de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. "Artículo 20.5"... *Op. Cit.*, p. 352. También a SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Comentarios al artículo 20.5 CP". En, *Comentarios al Código Penal*. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Director); Agustín Jorge Barreiro (coordinador). Madrid, 1997, p. 100. Sobre la labor jurisprudencial, *cfr.*, la SAP Madrid 36/2005, de 30 de mayo, ponente Espejo-Saavedra o la SAP Cuenca 5/2006, de 1 de febrero, ponente Puente Segura.

¹²⁴¹ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 361.

¹²⁴² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "El estado de necesidad... *Op. Cit.*, pp.218-230.

condensación de las reglas sobre estado de necesidad en un único precepto han favorecido la buena salud de la teoría unitaria, espoléada por obras como la citada.

Finalmente, hay que mencionar, en este repaso de las divergencias que delimitan la situación presente sobre el fundamento y naturaleza del estado de necesidad, la propuesta efectuada por MIR PUIG en 1983¹²⁴³. Con ella se inicia la que podría llamarse **“teoría heterodoxa de la diferenciación”**¹²⁴⁴, que se separa tanto del tradicional entendimiento de los límites entre el estado de necesidad justificante y exculpante por parte de la teoría dualista -como reflejo de los también distintos conceptos sobre la antijuridicidad y ante todo de la culpabilidad de que parte- como de la teoría unitaria defendida por GIMBERNAT y sus seguidores. La particularidad de estas interpretaciones sobre el estado de necesidad y su traducción legal estriba en que, como la teoría de la unidad, consideran que el art. 20.5 CPE es siempre una causa de justificación, pero se separan de ella para aproximarse a la teoría diferenciadora en la medida en que atribuyen a la figura del estado de necesidad una naturaleza dual, con un fundamento doble, y se ven por ello obligados a ubicar el estado de necesidad exculpante en otros preceptos e incluso a proponer una eximente supralegal. Pero esta última cuestión, como hemos apuntado *ut supra*, debe ser tratada con la debida cautela para evitar debilitar el efecto preventivo-general del que somos creyentes que debe cumplir el Derecho Penal¹²⁴⁵, y, conducir a la desigualdad en la aplicación del Derecho.

¹²⁴³ MIR PUIG, Santiago. *“Problemas del estado... Op. Cit.*, pp. 501-520. Teoría que, como más adelante tendremos oportunidad de referir, presenta diversas inconsistencias, sobre todo por lo que respecta al campo de acción donde pretende exhibirse (ámbito español).

¹²⁴⁴ Término primariamente utilizado por Enrique Gimbernat Ordeig. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *“El estado de necesidad... Op. Cit.*, p. 219.

¹²⁴⁵ En este sentido, Miguel Domingo Olmedo Cardenete afirma que «la norma –penal- cumple una función distributiva y preventivo general. Dirige a la comunidad el mensaje en torno a los valores que es necesario respetar para la supervivencia social (...) pero transmite así mismo un mensaje prohibitivo indeterminado y general declarando la prohibición –con amenaza de pena- de aquellos comportamientos que más gravemente (*sic*) atentan contra dichos valores (cumpliendo así con la función preventivo-general negativa)». OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “La misión del Derecho Penal y su relación con los fines de la pena y la medida de seguridad”. En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Felix Araújo Neto. Lima, 2007, p. 45.

Bien así y para evitar reiteraciones, sintetizamos con afirmar que, por lo que hace a la perspectiva española, se constata una existencia teórica “fundamentalmente” tripartita por lo que a la consideración del estado de necesidad atañe. La **teoría de la unidad**¹²⁴⁶, la **teoría diferenciadora u “ortodoxa”**¹²⁴⁷ y la incorporación de una denominada **teoría heterodoxa de la diferenciación**¹²⁴⁸.

Sobre lo anterior y a *lato sensu*, nos resta decir que, así como hay una pluralidad de tesis que intentan fundamentar la naturaleza del 20.5 del CPE, también son heterogéneas las particularidades con que cada autor respalda su

¹²⁴⁶ Que afirma la integridad del estado de necesidad dentro del 20.5 del CPE, así también, que tal eximente constituye en todo caso una causa de justificación. La salvaguarda de un mal igual o mayúsculo no afecta a la cuestión de la naturaleza de la circunstancia, por lo que la relevancia del primer requisito legal se limita al papel, que corresponde a todo requisito de frontera entre la exclusión de responsabilidad penal y el castigo. *Vid.*, por ejemplo, a MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit.*, pp. 388-389. No obstante que su principal mentor sea GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estado de necesidad... Op. Cit.*, pp. 218-230.

¹²⁴⁷ Denominación acuñada por MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 362. Se caracteriza por entender que la amplia regulación del artículo 20.5 del CPE contiene todas las modalidades de estado de necesidad, sin que este dato les impida asignar a una parte de ellas un efecto justificante y al resto exculpante.

¹²⁴⁸ Como su propio nombre revela, los autores que se incluyen bajo tal rótulo (llevando el estandarte de pionero Santiago Mir Puig) asignan una doble naturaleza al estado de necesidad, justificante y exculpante. Sin embargo, la regulación legal de la eximente quinta no contiene todos los supuestos de estado de necesidad, sino sólo el justificante. Por lo tanto, el art. 20.5 CPE funciona siempre como causa de justificación, de modo que la excusa tiene que buscar otra sede legal, el miedo insuperable del art. 20.6 CPE, o recurrir a una eximente por analogía. Por eso puede hablarse de “teorías legalmente heterodoxas”. El motivo de la exclusión del estado de necesidad exculpante del ámbito del art. 20.5 CPE tiene que ver con la forma de ponderar y con la comprensión de las relaciones entre antijuridicidad y culpabilidad. A pesar de entender los límites cuantitativos entre ellas de manera semejante a la teoría de la unidad, es decir, situar en la justificación los conflictos entre males iguales, la inclusión de peculiares elementos en la ponderación arroja un ámbito material final del precepto muy distinto. A la postre, extraen del art. 20.5 CPE casos que el máximo representante de la teoría de la unidad, Enrique Gimbernat Ordeig, resolvería en él; y, aunque de *facto* coinciden en asignarles un efecto exonerador, lo asientan en la exculpación, cuando conforme a la teoría del mencionado autor operarían como causas de justificación. En otras palabras, formalmente concuerdan con la teoría unitaria al atribuir a la eximente del art. 20.5 CPE la naturaleza única de causa de justificación; pero materialmente incluyen un espectro menor de supuestos en ese precepto, porque restringen el área de la justificación. Ello no les impide considerar eximidos algunos casos más allá de ella por razones de culpabilidad, aproximándose en tal sentido a la teoría ortodoxa de la diferenciación, de la que al mismo tiempo se separan cuando sitúan la exención fuera del art. 20.5 CPE. *Vid.*, por todos a MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 455-459. También en: *Problemas del estado... Op. Cit.*, pp. 501-509, 515-517.

adherencia teórica¹²⁴⁹, incluso, entre los que son partidarios comunes a una teoría se erigen divergencias conceptuales y de contenido material¹²⁵⁰ en el ánimo por defender e integrar su postura¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ Como puede colegirse fácilmente, las fronteras específicas entre las dos modalidades de estado de necesidad -justificante y excusante o disculpante- están en función de cómo se conciba el primer requisito del art. 20.5 del Texto Punitivo español, de qué elementos integren la comparación y con qué criterio se evalúen. En una palabra, de la ponderación. Si las cosas fueran como parte de la doctrina las describe, es decir, si los representantes de la teoría de la diferenciación operaran en exclusiva con la magnitud **bien jurídico**, difícilmente podría entenderse su éxito, que haya dominado el panorama doctrinal (como se reconoce por parte de sus críticos), al menos hasta fechas recientes. Aunque las posturas críticas con la teoría diferenciadora acostumbran a reprocharle sus estrechas miras por ceñirse a una hipotética comparación estricta entre los bienes jurídicos implicados, lo cierto es que resulta difícil encontrar entre los partidarios de la naturaleza dual del estado de necesidad una exposición en tales términos. Con esta óptica véase a MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "El estado de necesidad como Ley general". (Aproximación a un sistema de causas de justificación). En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, número extraordinario 1º, 2000, pp. 212. Por el contrario, los defensores de la doble eficacia del estado de necesidad -ya en el pasado, pero en la actualidad se constata que sin excepción- incluyen en la ponderación elementos diversos al neto valor del bien en peligro y del menoscabado, como, por otra parte, corresponde a la dicción legal, demandante de una comparación de males, no de bienes. Con razón lo sostenía CORDOBA RODA, Juan. *La eximentes... Op. Cit.*, p. 184. En este sentido, en los análisis efectuados por los autores partidarios de la teoría de la diferenciación del art. 20.5 CPE y, en concreto, de su requisito primero, como lo recoge María Martín Lorenzo, son frecuentes manifestaciones del tipo: «a ponderación de males exige (...) la ponderación de todos los intereses en juego (...) hay que tener en cuenta no sólo la importancia del bien jurídico lesionado y del que se quería salvaguardar»; «la ponderación (...) implica sustancialmente una valoración objetiva, realizada con criterios extraídos del Ordenamiento Jurídico, pero, en ningún caso, reducida a una simple operación aritmética de comparación de bienes»; o «no se trata de una ponderación exclusiva del rango o jerarquía de los bienes jurídicos implicados, sino de la comparación valorativa de los males enfrentados». *Vid.*, MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 365.

¹²⁵⁰ En las coordenadas estructurales de la teoría de la diferenciación en el art. 20.5 CPE, pero muy alejada de sus contenidos habituales, se sitúa la propuesta más reciente de Jesús María Silva Sánchez, formulada en un trabajo publicado en 1998 que altera de forma sustancial su primer acercamiento en 1982 al tema del estado de necesidad, deudor de la posición defendida por su maestro Santiago Mir Puig. Se trata de una de las pocas ocasiones en que la doctrina española se ha dedicado a analizar con detalle los posibles fundamentos de la exención de pena por estado de necesidad más allá de la justificación. *Cfr.*, a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre las actuaciones... Op. Cit." pp. 155-184. Silva Sánchez, sostiene que en el ámbito de la justificación permanecen aquellos casos en que colisionen bienes desiguales y se salvede el de valor relevantemente mayor. Limitan su efecto a la excusa todos aquellos casos en que se lesione un bien igual o meramente inferior al preservado. Hasta aquí, no hay apenas novedades en relación con la teoría ortodoxa, ya que son muchos los autores partidarios de restringir el estado de necesidad justificante en el sentido apuntado. Sin embargo, más allá de esta distribución formal, apenas hay coincidencia. En primer lugar Jesús María S.S., rechaza las tradicionales referencias a la no exigibilidad como fundamento de la exclusión de la culpabilidad, a las que juzga vacías e inexpresivas. En la búsqueda de las razones para exculpar prefiere volver la mirada a las consecuencias de las acciones necesarias

1.3. Toma de postura

Una vez realizado un recorrido en sede analítica por las distintas teorías que intentan dar sustento a la naturaleza y fundamento del estado de necesidad que encierra el 20.5 del CPE, es *litis pendencia* pronunciarnos sobre que corriente nos parece, sino la más “sensata”, si la que, desde nuestro modesto punto de vista, puede resultar político-criminalmente más viable; eso sí, sin dejar de apuntar ciertas particularidades al respecto, que detallaremos después de desarrollar el epígrafe correspondiente al estado de necesidad en su sede exculpante.

evaluadas desde la perspectiva de su utilidad social, alcanzando el resultado paradójico de que se excluye la responsabilidad penal del autor de una conducta antijurídica -materialmente, una conducta dañina-, porque su motivación no es socialmente desvaliosa. La decisión sobre la utilidad social descansa esencialmente en la comparación del valor abstracto de los bienes jurídicos enfrentados y el mayor valor del encarnado en el motivo del agente -juicio objetivo sobre la utilidad de la motivación (predominante)-, sin que se excluya del balance ningún bien, ni siquiera la vida o la dignidad humana, pp. 177 y 179. De hecho, el ejemplo propuesto por el autor para apreciar las diferencias de su propuesta frente a las tradicionales es el clásico supuesto de un sheriff que, tras la muerte de un sujeto blanco a manos de un negro y ante el riesgo de linchamiento de varios negros, decide apresar y ajusticiar a un negro inocente: el motivo salvar una vida es de menor valor que el motivo salvar varias vidas, y, por tanto, afirma el Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, hay que excusar, p. 182. En resumen, la acción necesaria es inculpable por las mismas razones por las que para Enrique Gimbernat Ordeig era conforme a Derecho, p. 176. Ello explica, en segundo lugar, que los efectos de una exclusión de la pena por estado de necesidad exculpante en este sistema se aparten de los habitualmente predicados y coincidan en gran medida con los de una causa de justificación, salvo en el relevante dato de no crear una obligación de tolerar la conducta por parte de quien la sufre, que podrá responder en legítima defensa, p. 183. Por último cabe decir que, en este sistema objetivo de exculpación carecen de sentido posibles restricciones en materia de bienes jurídicos o sujetos amparados por el estado de necesidad exculpante, pp. 178, 181, 183.

¹²⁵¹ No obstante, se puede destacar que respecto a esta constelación de teorías diferenciadoras reside en la teoría de la culpabilidad en que se asientan y la particular comprensión de la exigibilidad como uno de sus elementos. En cualquier caso, las manifestaciones sobre el fundamento de la exclusión de la culpabilidad por estado de necesidad acostumbra a ser muy escuetas. Un proceder frecuente en el tratamiento del estado de necesidad exculpante viene caracterizado porque los autores, una vez que han tomado partido por una posición sobre la naturaleza de la exención que acoge la posibilidad de que la acción necesaria sólo se excuse, se dedican a analizar el estado de necesidad justificante y desintegran sus requisitos. Cuando llega el momento de estudiar el estado de necesidad exculpante, dan por reproducido lo dicho en sede de justificación, a salvo, por supuesto, del baremo de la ponderación (mal menor o igual), sin detenerse a ahondar en las razones que explican la exculpación y su eventual repercusión en las condiciones de la exención. *Cfr.*, por ejemplo, a BUSTOS RAMÍREZ, Juan. José y HORMAZÁBAL MALARÉE. Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Madrid, 2006, p. 481.

Es pues, la teoría ortodoxa de la “**diferenciación**”-insistimos, con una consideración personal o condicionante en lo referente al elemento-fundamento de la exculpación para el caso de estado de necesidad entre bienes iguales- la que creemos cumple los requisitos mencionados anteriormente y por ende nos declaramos dentro de sus filas. Así, dicha preferencia teórica-doctrinal es aceptada sólo por lo que hace a su doble consideración categórica de estado de necesidad –el justificante y el exculpante-, no así, por lo que aduce a sus distintos y predominantes motivos que elabora la doctrina penal proclives a fundamentar materialmente la culpabilidad. Para evitar caer en tediosas reiteraciones y con ello rebasar los límites de nuestra investigación en el quehacer de amparar nuestra inclinación teórica, así como para optimizar la exposición sistemática objetiva del presente trabajo, hemos optado por **alumbrar nuestra posición** -así como ir configurando el motivo de esa “condición” que aludimos *supra* y en la que abundaremos *a posteriori*- **sobre la base de las principales críticas que sus detractores formulan a la teoría diferenciadora**; ya que, es en esa “confrontación de pensamientos” – denominados críticas- precisamente donde adquiere un pilar sólido la idea – sobre el matiz que haremos a la estructura funcional de la teoría- que aquí se presentará.

Respondiendo a esta concepción, las objeciones a la teoría dualista ortodoxa versan sobre la modalidad del estado de necesidad exculpante, y la acusación relativa a la incompatibilidad, esto es, que atribuye una doble naturaleza a la circunstancia contenida en el art. 20.5 del CPE. Este matiz negativo, se ha esgrimido de forma bipartita. De un lado, se atiende al elemento formal de la presencia de un único precepto regulador de todo estado de necesidad; por otra parte, se profundiza en el diseño legal de la eximente para poner de manifiesto que su contenido no puede conciliarse materialmente con una causa de exculpación.

El hecho de que el Código Penal sólo contenga un precepto con un régimen uniforme se invoca como prueba de que en el Derecho Positivo español no hay más que una modalidad de estado de necesidad, que luego se

específica como justificante¹²⁵². Sin embargo, este dato en ningún momento parece haber supuesto un obstáculo para los representantes de la tesis de la diferenciación en el art. 20.5 CPE¹²⁵³. Ello sugiere que la ausencia de una previsión separada no es tan determinante como se pretende. Más bien parece un argumento basado en el contraste con la separación legal que la regulación del estado de necesidad conoce en el StGB, divergencia de la que se extrae la conclusión, a *sensu contrario*, de que en España se optó legislativamente por un estado de necesidad de naturaleza monocrorde¹²⁵⁴. Con ello se olvida que el legislador español ha evitado, incluso en el reciente Código Penal, pronunciarse sobre la naturaleza dogmática de la eximente¹²⁵⁵; así como que la teoría de la diferenciación en España es fruto exclusivo de la elaboración doctrinal, que no obligatoriamente tiene que pretender trasladar el régimen alemán al español¹²⁵⁶. La referencia a Alemania¹²⁵⁷ –aunque en parte consideramos eficaz- no inevitablemente tiene que utilizarse para decidir sobre la naturaleza de la eximente contenida en el 20.5 CPE, ni del lado de la teoría de la unidad ni en el de la diferenciación, por cuanto la decisión no puede basarse en el mimetismo, sino en el entendimiento que se tenga de la justificación y la exculpación –principalmente de su fundamento- y los límites

¹²⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad... *Op. Cit.*, pp. 663-664; MIR PUIG, Santiago. “Problemas del estado... *Op. Cit.*, p. 506 y en su obra de *Derecho Penal. Parte General... Op. Cit.*, p. 447.

¹²⁵³ *Cfr.*, a BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad”. En, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats (Coordinadores). Pamplona, 2001, p. 83.

¹²⁵⁴ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 397.

¹²⁵⁵ El argumento histórico-legislativo parece infructuoso a la hora de dirimir la naturaleza jurídica de la eximente. En este sentido, véase a ROLDÁN BARBERO, Horacio. “Estado de necesidad... *Op. Cit.*, p. 503, tras indagar sobre las razones del cambio legal introducido en el CPE 1944, es concluyente cuando dice: “la ampliación (...) llegó al Código sujeta a una fatal casualidad de la que nadie supo dar explicaciones sobre su necesidad, y, en cualquier caso, en el tema de la naturaleza jurídica de la eximente no se persiguió ninguna finalidad diferenciadora especial”. Tampoco respecto al CPE de 1995 consta un deseo del legislador de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la eximente 20.5, que, prácticamente reproduce el precepto tal y como quedó configurado en 1944. Por todos, véase a LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p.52.

¹²⁵⁶ CUERDA ARNAU, María Luisa. “Comentario al artículo 20.5º CP”. En, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I. Tomás Salvador Vives Antón (Coord.). Valencia, 1996, p. 141.

¹²⁵⁷ Véase el tratamiento que da el StGB al §34 (estado de necesidad justificante) y el §35 (estado de necesidad disculpante).

impuestos por la letra de la Ley. Lo cierto, es que frente al argumento de la unicidad del tratamiento, como destacadamente afirma el Catedrático de la Universidad de Almería SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, se responde con el de la amplitud de la regulación, ya que dicho margen «permite abarcar todos los supuestos, evita tener que acudir a expedientes supralegales y, en todo caso, tanto desde el punto de vista doctrinal como en la práctica surgen criterios de limitación suficientes como para evitar excesos, e incluso absurdos, en la aplicación de la eximente»¹²⁵⁸.

Por cuanto hace a la configuración material del estado de necesidad; se argumenta que para acreditar que el diseño legal del mismo sólo es compatible con una causa de justificación, se pone el acento en la absoluta falta de límites a los bienes jurídicos y los sujetos que pueden beneficiarse de ese estado de necesidad. La premisa común a estas críticas -efectuadas por igual desde la genuina teoría de la unidad y la teoría de la unidad en el art. 20.5 del CPE o teoría dualista heterodoxa- yace en que la inexigibilidad como fundamento de las reglas exculpatorias es independiente de la equivalencia de los bienes en conflicto y, sin embargo, está directamente relacionada con la afección a bienes personalísimos del autor o de un persona próxima a él. **La “inexigibilidad” de la conducta conforme a Derecho tiene que ver, por tanto, con la cualidad de los bienes y no con la cantidad.** A su vez, detrás de estas afirmaciones late una determinada comprensión de la inexigibilidad, que se presupone compartida por los defensores de la teoría ortodoxa dualista, atenta a la **eficacia psicológica del conflicto**. Las respuestas ofrecidas por los partidarios de la teoría clásica de la diferenciación son de dos tipos bien distintos: una niega su objeto, la otra rechaza su punto de partida¹²⁵⁹.

Algunos autores niegan de entrada que en el seno de tal tesis se conciba el estado de necesidad exculpante en términos tan amplios como presuponen sus críticos y, de hecho, lo restringen precisamente en el sentido de circunscribir su eficacia a los supuestos en que se vean implicados bienes de carácter personal y, a lo sumo, bienes patrimoniales de notable importancia,

¹²⁵⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.5”... *Op. Cit.*, pp. 353-356.

¹²⁵⁹ Véase a MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación...* *Op. Cit.*, p. 398.

cuyo titular es el sujeto que actúa o una persona allegada¹²⁶⁰. Aunado a lo anterior, se concuerda con los críticos del efecto exculpante del art. 20.5 CPE en que la virtualidad exoneradora de la causa de “inexigibilidad” debiera cubrir las conductas que ocasionen un mal no desproporcionadamente superior al evitado¹²⁶¹. Al adaptar así los dominios de la causa de exculpación parecen asumir la doctrina de fondo en lo que atañe a la “dudosa idea de inexigibilidad”. Queda prorrogado, no obstante, la cuestión de si estas limitaciones pueden conciliarse con el Derecho Positivo. A lo tocante, hay opiniones divididas. Mientras que algunos autores así lo sostienen¹²⁶²; otros, a pesar de defender tales reservas, consideran que constituyen restricciones al tenor literal contra reo y, por tanto, inadmisibles mientras no se modifique la Ley¹²⁶³. Desde esta

¹²⁶⁰ Al respecto, *cfr.*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, que de su postura se interpreta que no se niega completamente a la opción de limitar la amplitud del precepto legal “dentro de ciertos parámetros de racionalidad”, en base a una más estricta exigencia de sus elementos. Así, El Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Almería apunta con acierto, que «la amplitud con que se concibe el estado de necesidad en el Ordenamiento español no puede considerarse en tales términos críticos», básicamente por dos cuestiones: 1ª. Porque el precepto contenido en el número 5º del artículo 20 aparece como una cláusula general que ofrece un criterio concreto para la valoración de aquellos conflictos entre intereses cuya valoración no puede realizarse por otro camino que no sea la valoración material de los intereses que confluyen». 2ª. Porque «la amplitud formal con que se enuncia la prescripción legal del estado de necesidad “no es en la práctica tanta como se afirma por los críticos del precepto”». Tanto desde el punto de vista doctrinal como en la concreta aplicación de la eximente por la jurisprudencia». En una última consideración y con matiz conclusivo José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós precisa con singular atino que la amplitud de la que venimos hablando le «parece justificada en la medida en que como cláusula de exención ha de poder admitir conflictos entre bienes, y en situaciones cada vez más diversificadas como consecuencia de la complejidad y mutabilidad de la realidad social que subyace a todo Orden Jurídico. Ha de tener suficiente amplitud por lo tanto, para abarcar situaciones que desborden el ámbito puramente personal, comprometiendo bienes o intereses que como consecuencia de la evolución social han visto aumentado su valor, o han surgido como novedosos». En, “Artículo 20.5”... *Op. Cit.*, pp. 356-357. También véase a CERESO MIR, José. *Curso... Op. Cit.* pp. 273-274, quien justifica la restricción como requisito necesario para que se produzca la disminución de la culpabilidad, por disminución de la capacidad del sujeto de obrar conforme a la norma, que, junto a la previa disminución del injusto y su reflejo en la culpabilidad, determina que no sea exigible la obediencia a Derecho.

¹²⁶¹ *Ibidem.*, p. 274.

¹²⁶² Alude a esta cuestión, invitando a que de *lege ferenda* se regule por separado el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, de modo que se admita el auxilio necesario sin limitación alguna en el primer caso, y en el segundo, únicamente cuando el mal amenace a un bien jurídico cuyo portador sea un pariente, amigo o persona allegada al sujeto. *Cfr.* CERESO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, p. 274 *in fine*.

¹²⁶³ CUERDA ARNAU, María Luisa. “Comentario al artículo... *Op. Cit.*, p. 155; ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 664-665.

perspectiva se daría la razón a los defensores de la teoría unitaria o heterodoxa: el ámbito de lo eximido rebasa los límites del lo materialmente exculpado.

En el vértice contrario se sitúan otros partidarios de la teoría dualista, que no ponen reparos a la ausencia de discriminación legal expresa respecto a los bienes y el auxilio necesario, a la que vinculan con un entendimiento diverso de la exigibilidad e, incluso, de la culpabilidad. Rechazan, en consecuencia, tanto el concepto de inexigibilidad que presumen las críticas, como el reproche de la excesiva amplitud del ámbito excusado. Con las consideraciones relativas a la excesiva extensión del estado de necesidad exculpante revelan los críticos de la doble naturaleza de la eximente del art. 20.5 CPE una comprensión de la exculpación en términos de falta de motivabilidad (normal), con un evidente aspecto psicológico, que, sin duda, no se compeadece con la amplitud de los requisitos a que la Ley somete la exención. Esa idea psicológica de la inexigibilidad, que demanda la presencia de una alteración anímica, se aprecia con facilidad al repasar las argumentaciones de los partidarios de la teoría de la unidad o del carácter uniforme del art. 20.5 CPE¹²⁶⁴. El **defecto de esta objeción** estriba en su radical desatento frente a numerosas tesis diferenciadoras por cuanto hablan lenguajes distintos. Parten de dos formas de ver la “inexigibilidad”, una que la identifica con una motivación anómala fruto de la presión experimentada por el sujeto en la situación de necesidad, poniendo el peso en la perturbación psíquica, mientras que la otra destaca la esencia normativa de la inexigibilidad como elemento donde se dilucida el nivel de exigencias del Ordenamiento¹²⁶⁵.

Si se tienen presente estas consideraciones, se aprecia que resulta relevante atribuir indiscriminadamente a los defensores de la teoría

¹²⁶⁴ Vid., MIR PUIG, Santiago. *“Problemas del estado... Op. Cit.”*, p. 505

¹²⁶⁵ CUERDA ARNAU, María Luisa. *“Comentario al artículo... Op. Cit.”*, p. 144. En parecidos términos se expresa respecto a las críticas habituales sobre el tratamiento del error, donde apunta que, de nuevo **se quiere hacer creer** “que para la inexigibilidad lo único decisivo es esa situación de apremio psicológico y no la valoración que el Ordenamiento hace de la misma”. Señala la autora que respecto de la esencia normativa de la culpabilidad no se pretende decidir si el grado de alteración emocional de un individuo le exime de actuar de otra manera; se trata sólo de ver si el elemento que actúa como contramotivo de su decisión es o no bastante para seguir manteniendo que existe un deber jurídico cuyo incumplimiento deba sancionarse penalmente.

diferenciadora ortodoxa un concepto de exigibilidad de tintes emocionales o psicológicos para, acto seguido, remarcar su falta de reflejo en la regulación legal. Así, y comulgando **en parte**, con lo que acertadamente señala MARTÍN LORENZO¹²⁶⁶, «este proceder viene facilitado por la eterna comparación con la regulación alemana, donde el estado de necesidad exculpante está previsto para situaciones de conflicto que afecten a la vida, integridad física o libertad del autor o una persona próxima». Tradicionalmente se han interpretado esos límites como la transcripción de la presión psíquica que experimenta el sujeto y que, al menos, “disminuye” su culpabilidad¹²⁶⁷. Esa estructura no está presente en el Código Penal español, por lo que –de lado del mencionado fundamento psicológico- no puede adaptarse sin más como buena y menos aún de manera celosamente hermética como la única. Consideramos que el pensamiento de la inexigibilidad es **mayúsculamente maleable** -y por lo tanto confuso o claro incitador a la incansable elaboración de distintas teorías en torno al fundamento material de la culpabilidad- que permite adaptarse a las peculiaridades de cada Derecho Positivo, que, en el caso español, viene presidido por un precepto de singular amplitud, sin que por imitación hayan de aceptarse *a priori* barreras relativas a los bienes implicados y su titularidad¹²⁶⁸. Dicho lo anterior, se tiene que, cuando se alude a que las “premisas” del estado de necesidad consagradas en el CPE no reflejan una causa de inexigibilidad no se esté

¹²⁶⁶ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 401.

¹²⁶⁷ *Cfr.*, el §35 en relación con el §49.1 del StGB.

¹²⁶⁸ En este orden de ideas, José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós afirma «El pensamiento de la inexigibilidad es perfectamente extrapolable, aunque, como parece lógico, debe adecuarse a los parámetros del Derecho Positivo a que se importa». *Cfr.*, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *“Artículo 20.5... Op. Cit.*, p. 352 *in fine*. Si bien aceptamos que la amplitud que encierra el indefinido término de la “inexigibilidad” permite reconducirlo positivamente a otros Ordenamientos; la realidad, es que en la doctrina española se termina haciendo alusión, aunque con otras palabras, a lo dispuesto por el § 35 del StGB. Al respecto véase la propuesta de *lege ferenda* que hace José Cerezo Mir (*Curso... Op. Cit.*, p. 274) de la cual se desprende una **vaguedad** en los términos –verbigracia: “considerable valor”, (...) el mal causado podría ser mayor siempre que no fuera “muy desproporcionado”-, que en todo caso nos llevaría a aterrizar nuevamente en la última palabra “discrecional” del juzgador para considerar que es y que no es lo exigible –con la exclusión o no de culpabilidad como consecuencia aparejada- o en su defecto, anclarse en lo mismo que dispone el mencionado precepto del Código Penal germano-. En este sentido apuntado, refiere Cerezo Mir: «Sería conveniente reducir el estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, a aquellos casos en que esté en peligro un bien jurídico de carácter personal (...)» y, nosotros nos preguntamos: ¿A caso no sería lo mismo que dispone el §35 fracción primera del StGB?, *idem.*, *in fine*.

mintiendo¹²⁶⁹, pero dicha concepción debe entenderse de una manera parcial. La carencia de adecuación se manifiesta sobre una determinada comprensión de la no exigibilidad de la conducta conforme a Derecho, sin que anule el resto de contenidos con que puede colmarse el pensamiento de la exculpación.

IV. Estado de necesidad concebido como causa de exculpación

Brindando continuidad a nuestra toma de postura sobre el *ítem* del estado de necesidad exculpante y, siendo este epígrafe la antesala para que pasemos a dedicarnos al análisis del miedo insuperable, es menester, que realicemos algunos matices que darán sustento, claridad y, en definitiva consolidaran nuestro parecer expuesto arriba.

1. Premisas introductorias

Parte de la doctrina alemana y española prefiere considerar que la “no exigibilidad” es el fundamento de algunas causas de exculpación previstas en estos Ordenamientos Jurídicos sin que, **en teoría**¹²⁷⁰, sea necesario constarla positivamente en el caso concreto.

Los argumentos contra la posibilidad de admitir supuestos de exculpación no contemplados expresamente en la Ley, se basan en la pretensión de generalidad de la norma; en la inseguridad jurídica que se generaría si admitiéramos nuevas causas no previstas de la Ley penal y, en la exclusiva competencia del legislador para dictar causas de exculpación. Estos argumentos sólo sirven para reafirmar la conveniencia de que, en la medida de lo posible, los principios limitadores del *ius puniendi*, de cualquier orden y especialmente los que tengan incidencia en la exclusión de la culpabilidad estén expresamente positivizados, si bien, como ya se ha adelantado, esto no será posible si antes no se ha desarrollado un debate doctrinal que racionalice

¹²⁶⁹ Creemos que esta cuestión ve su génesis en la propia indefinición del artículo 20. 5 CPE respecto de lo que significa el estado de necesidad. En este sentido véase a MORALES PRATS, Fermín. *Parte General... Op. Cit.*, p. 520. También sobre lo asténico del término “inexigibilidad”, pp. 528-530.

¹²⁷⁰ Pues, como se desprende de algunas jurisprudencias que hemos enunciado y otras que referiremos *a posteriori*; la práctica suele ser dispar por cuanto lo que dispone la doctrina y el propio CPE y se termina por atender al caso particular que se analiza, sin que precisamente haya homogeneidad en las resoluciones judiciales.

y sistematice los diversos supuestos y ofrezca pautas **claras** de actuación al legislador¹²⁷¹. Pero la ausencia expresa de su tipificación, no significa su inexistencia o su inaplicabilidad, puesto que, estamos convencidos de que un sistema jurídico no está únicamente constituido por normas positivizadas sino también por principios jurídicos y por reglas de funcionamiento del propio sistema, así como por otra serie de normas y principios no contradictorios con los anteriores y de los que se derivan lógicamente.

A favor de posiciones contrarias a la admisibilidad de causas supraleales de exclusión de la culpabilidad, se alega que la culpabilidad no tiene un contenido positivo en el Ordenamiento Jurídico español, sino que, a partir de las circunstancias eximentes identificadas como excluyentes de la culpabilidad, se delimitan sus elementos constitutivos¹²⁷². A favor de esta afirmación juegan también los argumentos históricos sobre la evolución del término “culpabilidad”, así como que no aparece expresamente “nominada” en el CPE. Esto nos llevaría a aterrizar en el pensamiento nada inocuo, sino por el contrario alumbrador de HENKEL, que refería a que «el concepto de exigibilidad en su sentido original como fundamento del reproche, **no es un concepto normativo sino un principio regulador**. Dicho principio regulador, que por su insignificancia debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho, no encierra ningún tipo de valor ni de criterios de valor, y, por tanto, no normativo. El que el legislador emplee una cláusula regulativa no significa creación de una norma sino, por el contrario, renuncia a la norma¹²⁷³». Tal afirmación es amparada por ROXIN y agrega que, la exigibilidad es una

¹²⁷¹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid, 2003, p. 218.

¹²⁷² ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad”. En, *Estudios de Derecho Penal y criminología. Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*. Tomo I. Madrid, 1989, p. 61; GARCÍA ARAN, Mercedes. “Culpabilidad, legitimación y proceso. En, *ADPCP*. Tomo 41, fascículo 1, enero-abril, 1988, p. 75. En la doctrina se admite, mayoritariamente –y a manera de *numerus clausus*– como causas de exculpación al contenido del 20.5, 20.6 y 14.3 del CPE. Véase a HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Una necesaria revisión... *Op. Cit.*, p. 510.

¹²⁷³ Véase el voto a favor que otorga el Catedrático de Múnich a esta postura. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 60.

cláusula carente totalmente de contenido y que, sólo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad¹²⁷⁴.

Por el contrario, el CPE, como Ley con pretensión de aplicación general sólo determina positivamente la responsabilidad penal, de forma general para autores y cómplices en el artículo 27. Al afirmar que “son responsables criminalmente los autores y los cómplices”, el citado art. 27 en elación con el art. 15 y demás del Título Primero del CPE, están asentando que *prima facie* toda persona que comete una conducta señalada como delito o falta por la Ley, es penalmente responsable.

Esta constitución -más aún que una presunción- de responsabilidad penal, *prima facie* creemos que admite excepciones, tipificadas expresamente en el Capítulo II del Título I del Libro I en los artículos 19 y 20 del CPE. De modo que, efectivamente el Ordenamiento Jurídico, al no constituir positivamente un concepto de culpabilidad no exigiría, aparentemente, un juicio positivo sobre la exigibilidad, que, automáticamente -y remarcamos, *prima facie* presupondría por la realización del hecho, como elemento integrante y necesario de la responsabilidad criminal.

Este raciocinio impositivo se ve ratificado por el párrafo 3 del art. 4 del CPE, donde se exige a los Tribunales que apliquen la Ley penal incluso cuando por las circunstancias personales del reo consideren la pena “injusta”. Desde la lógica impositiva del detentador del *ius puniendi* no se puede, en principio, dejar en manos de los destinatarios de las normas (primaria y secundaria) la validez de la norma. Sobre todo, es importante que los órganos judiciales apliquen la norma jurídica, pues como ya vimos, para que una Ley sea válida lo único imprescindible es que los Tribunales de Justicia así lo consideren y, como tal, la apliquen. Ahora bien, de esta lógica impositiva derivada de la pretensión expansiva del *ius puniendi* -y de la pretensión política de sometimiento en la aplicación de la Ley del Poder judicial al Poder legislativo en un sistema democrático- aún no se puede derivar una respuesta a la cuestión formulada, esto es, a si en dicho Ordenamiento Jurídico se puede admitir la

¹²⁷⁴ *Ibidem.*, *supra*. pp. 60-61. Claus Roxin, en esta sede se muestra antagónico a considerar la “inexigibilidad” como principio rector normativo de la culpabilidad. Dicha postura la sostenía ya desde 1976 en su obra: *Problemas básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, 1976, p. 202.

exención de pena en supuestos distintos a los expresamente previstos en los artículos 19 y 20 (u otros supuestos específicos).

La constitución positiva de responsabilidad penal de autores y cómplices (art. 27 CPE) y la obligatoriedad jurídica de aplicar el Derecho que tienen los Tribunales de Justicia **no entran aún en el problema real de determinar cuándo es “exigible” la Ley penal**, pues el art. 4.3 del CPE no es más que una prohibición particular y expresa de la arbitrariedad judicial en el supuesto específico de la incidencia del disenso del Juez que incidan *pro reo* en la pena. Incidentalmente convendría recordar que, si no cabe la admisibilidad *pro reo* de valoraciones personales del Juez, mucho menos serán admisibles valoraciones *contra reo*. La razón de que, expresamente no se disponga una norma que contemple este supuesto es que, tanto en el Ordenamiento Jurídico español, como en la mayoría de los países que cuentan con un sistema democrático de Derecho, ya existe una prohibición general de sancionar más allá de lo previsto en la Ley penal -derivada del principio de legalidad y de irretroactividad- mientras que sí se admitiría la interpretación *in dubio pro reo*.

En cualquier caso, ésta es una prohibición derivada del principio democrático de división de poderes dirigida al Poder Judicial. Por otro lado, la estricta disposición del art. 4.3 que exige la “rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley” ha de interpretarse en sentido material: Ley no es sólo el concreto artículo del CPE que tipifique la conducta, sino el sistema jurídico penal en su conjunto, que contiene tanto normas expresas de distinta procedencia jerárquica (Constitución, leyes orgánicas y no orgánicas e, incluso, normas administrativas a las que remite la Ley penal) como principios jurídicos que rigen la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

De modo que, resumiendo, en el Ordenamiento Jurídico penal, la responsabilidad penal se constituye *prima facie* con la realización del hecho típico y sólo excepcionalmente se niega esa responsabilidad¹²⁷⁵. De esta forma

¹²⁷⁵ Entendiendo esa responsabilidad en los términos que lo hace Claus Roxin, significado que ya hemos abordado en el contexto de análisis sobre las causas de exculpación y, por supuesto, la referencia a la culpabilidad. «La categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador –al igual que el Juez que interpreta su voluntad- sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del **fin de la pena**, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de la pena, no puede haber otra base distinta para

el concepto de culpabilidad no tiene un contenido positivo expreso sino que se deriva de las eximentes identificadas como causas de inculpabilidad o exculpación. Como consecuencia, cabe concluir provisionalmente con la mayoría de la doctrina que, los Tribunales para imponer una pena, por lo general, no deben emitir un juicio positivo de “exigibilidad” -no tienen que comprobar positivamente la “exigibilidad”- caso por caso, sino que, *prima facie*, y aunque sea muy fugaz dicho término, se presupone. Ahora bien, de esta afirmación todavía no puede deducirse que nunca puedan comprobar positivamente si el sujeto es o no responsable por su acto, ni mucho menos que no quepa exención por que su conducta no fue irresponsable en supuestos no previstos expresamente en el CPE. Pero dichas afirmaciones que apuntan al **cuestionamiento de la “no exigibilidad” como criterio total para fundamentar a una causa de exculpación**, requieren para la configuración y sentido de nuestra postura, de una mayor fundamentación y claridad dogmática-conceptual; de esto, nos ocuparemos a continuación.

2. Discordancia con la escuela tradicional que apunta a la “inexigibilidad” como fundamento de la exculpación

Tradicionalmente se comparte por los partidarios de la teoría de la diferenciación ortodoxa que lo dispuesto en el 20.5 del CPE alude a la concepción de dos modalidades de estado de necesidad. Los defensores de esa tesis comparten la convicción de que el ocasionamiento de un mal menor constituye el límite máximo de la justificación de las conductas necesarias agresivas; y en este punto comulgamos. Los rasgos comunes dentro de la teoría dualista, sin embargo, no van mucho más lejos. Quizá pueda añadirse una referencia, de gran vaguedad en bastantes autores, al principio de interés preponderante como fundamento de la justificación y la invocación del concepto del infundado concepto de “inexigibilidad” como esencia de la exculpación, también, como hemos visto, extraordinariamente imprecisa en buena parte de la doctrina. Avanzando en el tema que nos ocupa, se tiene que,

la decisión. El grado de responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la Política Criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal». *Vid.*, ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 72.

en materia de estado de necesidad exculpante resulta difícil encontrar unanimidades, no ya sobre la concreta configuración de los requisitos de la eximente -donde mayoritariamente no se discrepa en que aparece en escena cuando están en juego bienes o males de la misma jerarquía- sino respecto al problema previo de su fundamento, todo ello, hay que matizar, cuando los autores se plantean con algo de detenimiento el problema de la base de la exclusión de responsabilidad como excusa, al margen de la mención casi canónica a la no exigibilidad¹²⁷⁶. Así, son fundamentalmente dos las posiciones que predominan en de la doctrina dentro del ámbito que ahora abordamos: a) Concepciones predominantemente psicológicas y b) Concepciones predominantemente normativas.

Las primeras insisten, a grandes rasgos, en la eficacia psíquica que la situación de necesidad pueda tener en el proceso de motivación del sujeto. En esta línea se sitúan tanto las posiciones más tradicionales, que vinculan directamente la exención con la afección del poder actuar de otro modo¹²⁷⁷ del autor, como las teorías más modernas, que tamizan esa situación con consideraciones relativas a la “inexigibilidad” de la conducta conforme a Derecho, y aun otras dogmáticamente más sofisticadas, que apelan a la dificultad en la motivación, completando su efecto atenuador con el precedente de la disminución del injusto¹²⁷⁸. Todas ellas coinciden en atribuir un papel central al efecto psíquico producido por el contexto, y en esa medida, difícilmente se puede explicar la exclusión de responsabilidad por estado de necesidad exculpante. Ejemplo de esto lo es la complejidad para conciliar el menoscabo psíquico como base de la excusa con requisitos como la falta de provocación o de obligación de sacrificio, pues no puede establecerse una relación directa entre su presencia y la imposibilidad de padecer idéntica presión psíquica¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶ Crítico ante la preferencia doctrinal de dar importancia a la cuestión de la naturaleza y no a la del fundamento, se muestra SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *“Sobre las actuaciones...Op. Cit.”*, p. 161.

¹²⁷⁷ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 266, 272.

¹²⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 1137-1140; donde inicia por la referencia al miedo insuperable como causa de exculpación.

¹²⁷⁹ Con amplitud crítica, véase a MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, pp. 59-65, 83 y ss.

Las dificultades para conciliar la fenomenología de las situaciones de necesidad con lo previsto por la Ley se elevan en el marco del Ordenamiento Jurídico español, donde ni siquiera se limita la exención en virtud de estado de necesidad al peligro para bienes capitales propios o de persona próxima, situaciones más proclives para generar el desarreglo motivatorio necesario para exculpar; y, en cambio, se establece un límite cuantitativo, en la causación de un mal igual, alejado de la presión psíquica como razón para eximir. De ahí la demanda de un sector doctrinal de introducir esas especificaciones en el Código¹²⁸⁰. Con ello, sin embargo, no se solucionaría el problema de la falta de correspondencia entre la experiencia empírica y la Ley, puesto que ni siquiera en los casos de peligro para, por ejemplo, la integridad física, cabe asegurar un determinado estado psíquico en el sujeto. Ante esto, se habla de un método sencillo para eliminar este desencuentro: que la Ley vincule la exención a la efectiva presencia de una alteración psíquica. De hecho, así lo hace, pero no en el número 5 del art. 20 CPE, sino en el número 1º, es decir, en una circunstancia que atiende a la inimputabilidad del sujeto. Ese dato pone de manifiesto la falta de aptitud de las interpretaciones psicológicas del estado de necesidad exculpante. Si se insiste en asociar la exención con una alteración psíquica, se entra en el ámbito de la imputabilidad¹²⁸¹, donde, dependiendo de su intensidad, tendrá un efecto eximente o atenuante¹²⁸².

¹²⁸⁰ VALLE MUÑIZ, José Manuel. "Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español". En, *ADPCP*, 1992, p. 600: CEREZO MIR, José. *Curso... Op. Cit.*, pp. 272-273.

¹²⁸¹ Se ha sostenido que la imputabilidad es capacidad de acción, postura que se atribuye a Binding, quien consideró que la capacidad de acción es capacidad de delito, al darle a la acción un contenido que va más allá de la noción tradicional, punto ese el que fue seguido por Von Hippel. Si consideramos que el coeficiente psíquico de la conducta (o de la acción), queda limitado al ámbito de ésta, ello con la independencia de que la acción implica voluntad y finalidad van unidas (cuando menos en la operatividad del concepto unitario de delito), se justifica que Binding sostuviera que la inimputabilidad suprime la capacidad de actuar, posición ya abandonada definitivamente en la actualidad. De aceptarse tal criterio caeríamos en el extremo de considerar que los inimputables no realizan acciones y no pueden por ello, responder en absoluto de sus actos. Sobre un amplio abanico conceptual de la imputabilidad véase a PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario... Op. Cit.*, pp. 577-579. En relación con la categoría del delito que ahora estudiamos –culpabilidad– se puede decir que la imputabilidad es un presupuesto de aquella, pues si la capacidad es capacidad del sujeto para conocer la significación del hecho en el mundo normativo, esto es, la "capacidad de dirigir sus actos dentro del Orden Jurídico", constituye una condición que hace posible la culpabilidad

Con ello sale a la luz la segunda y más importante objeción: estos puntos de partida son inadecuados para abordar el tema de la exculpación. Las circunstancias exculpatorias encarnan el elemento normativo de raíz democrática por excelencia de la culpabilidad, aquél en el que se dan cita las razones que impiden la atribución de responsabilidad jurídico-penal al autor imputable de una conducta antijurídica conector de su tinte contrario a Derecho. Esas razones no pueden extraerse de referentes psicológicos, que a lo sumo explicarían una atenuación de la pena y no permiten introducir el elemento valorativo imprescindible para explicar por qué se exime de pena a un sujeto con capacidad intelectual y volitiva. Este aspecto no es desconocido por los representantes de esta línea, que por eso se ha denominado predominantemente psicológica, y ello explica la referencia, casi automática cuando se invoca el concepto de inexigibilidad, al hombre medio, al hombre normal, no a héroes ni superhombres, etc.

Respecto de la **segunda corriente** que domina el terreno en la doctrina - predominantemente normativa- escoge la senda más preceptiva para alumbrar el fundamento del estado de necesidad exculpante, que cifra también en la “inexigibilidad”, pero que se cuida de alejar de un resultado psíquico y definir como un problema de valoración por parte del Ordenamiento Jurídico del motivo que se opone al cumplimiento de la norma¹²⁸³. Estas tesis vinculan la eficacia excusante del estado de necesidad al nivel de exigencia del Ordenamiento Jurídico. La escasez de este planteamiento reside en su contenido: no contribuye con un criterio que permita decidir cuándo es “exigible” la conducta conforme a Derecho más allá de los concretos supuestos legales identificados como tales. Ya, MARTÍN LORENZO¹²⁸⁴, a manera de paráfrasis sobre algunos representantes de esta postura, y con el objeto de situar ante los reflectores la inoperatividad de considerar la postura normativa,

penal, afirmándose que si bien puede haber imputabilidad sin culpabilidad, no puede darse ésta sin aquélla. *Cfr., ibídem.*, p. 580.

¹²⁸² MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal...* *Op. Cit.*, p. 411.

¹²⁸³ MORALES PRATS, Fermín. *Parte General...* *Op. Cit.*, p. 529; CUERDA ARNAU, María Luisa. *Comentario al artículo...* *Op. Cit.*, pp143-145. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “*Artículo 20.5*”... *Op. Cit.*, p. 352.

¹²⁸⁴ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal...* *Op. Cit.*, pp. 411-412.

formula de manera acertada las siguientes interrogantes ¿cuándo el elemento que actúa como contramotivo de la decisión es bastante para seguir manteniendo que existe un deber jurídico cuyo incumplimiento deba ser sancionado penalmente? ¿Cuándo se encuentra el sujeto en una situación de conflicto normativo individual que permita establecer que no le era exigible la conducta adecuada a Derecho?¹²⁸⁵ Dirían estos autores que cuando el hombre medio se hubiera comportado de tal forma¹²⁸⁶. Pero con ello sólo se reformula la “problemática” pregunta, que indagará sobre ¿cuándo se supera el nivel de exigencia al hombre medio?, sin ofrecerse mayores datos. La respuesta no puede ser otra que **cuando el legislador así lo determine**. Lo que consecuentemente presupone siempre aquedar al arbitrio a “veces no el más justo” del juzgador.

De tal forma que, mediante la simple remisión a las situaciones de conflicto entre males equivalentes como supuestos de “inexigibilidad”, queda oculto el motivo por el que el Ordenamiento no puede exigir el cumplimiento de la norma al sujeto que ni siquiera está inicialmente implicado en la situación comprometida. Dicho de otro modo, la identificación directa entre no exigibilidad y actuación en una situación de conflicto entre intereses semejantes no aporta dato alguno sobre las razones para exculpar. Si la idea de “no exigibilidad” permanece vacía de contenido, corre el riesgo, además, de convertirse en pretexto del operador jurídico para, incluso sofocar sus inconsistencias en un determinado juicio. En otras palabras; una regulación del estado de necesidad tan amplia como la española permite cobijar un dilatado archivo de decisiones judiciales respecto a conductas realizadas en contextos conflictivos, con el límite legal de la causación de un mal igual. Al sumar a esa amplitud la ausencia de un principio rector o fundamento del estado de necesidad exculpante, cabría imaginar que, en función de la particular noción de cada Juez de lo jurídicamente exigible, pudiera solucionarse el mismo caso de distinto modo.

¹²⁸⁵ Cfr. CUERDA ARNAU, María Luisa. “Comentario al artículo... Op. Cit., p. 144.

¹²⁸⁶ Como tendremos ocasión de apuntar a posteriori, es habitual que la doctrina remita la determinación del criterio de exigibilidad al supuesto del miedo insuperable. Véase por ejemplo *ibídem.*, *supra.*, pp. 176-178; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.5”... Op. Cit., pp. 477-479

3. Posición personal y consideraciones de *lege ferenda*

Expuestos los **inconvenientes** de la escuela que propugna por la “inexigibilidad” como fundamento material de las causas de exculpación y de ambas posturas predominantes al respecto en la doctrina –la psicológica y la normativa-, en cuanto no aportan luz a la creación de herramientas eficaces para determinar el fundamento del estado de necesidad exculpante que “se desprende” del 20.5 del CPE, creemos que la creación de dicho sustento legal, debe ser, no la preocupación, sino la ocupación que debe circundar en la mente de quienes estudiamos al Derecho Punitivo, ya por necesidad que demanda *per se* el Código Penal como Ordenamiento legal y rector en la materia, ya por el aclamo de certidumbre social por la resolución de juicios no alejados del principio de legalidad y el cumplimiento efectivo de la premisa ya alumbrada por FEUERBACH: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹²⁸⁷.

Planteado el caso en estos términos, creemos que hay que intentar ofrecer -y que es posible- un fundamento de la exoneración atento en cierta medida a la ponderación, pero de naturaleza excusante, que no se conforme con el parco y difuso concepto de la “inexigibilidad” en la actuación, en una situación de conflicto entre males iguales y que, a su vez, no dependa de datos psíquicos, sino que aporte elementos con que efectuar el juicio valorativo en que ha de consistir la exculpación.

Como punto de partida, debemos dejar claro que nuestra modesta aportación cobrará, *prima facie*, efectividad sólo en el plano doctrinal, pues al igual que las variadas posturas que en este terreno se elaboran con relación al tema que nos ocupa, difícilmente tendrán aplicación práctica-positiva sino logran encontrar eco en la mente del legislador¹²⁸⁸; que a su vez deberá de

¹²⁸⁷ Principio acogido en la legislación penal de la mayoría de los Estados civilizados, está estrechamente vinculado a la función limitadora de la pena que tiene el principio de culpabilidad: quien antes de cometer un hecho no puede leer en la Ley escrita que ese hecho está castigado con una pena, no puede tampoco haber conocido la prohibición y, en consecuencia, no tiene, aunque la infrinja, por qué considerarse culpable. *Cfr.* ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 46.

¹²⁸⁸ No es pues, en absoluto, menospreciar la labor doctrinal que se ha erigido a la consecución de este objetivo, sino todo lo contrario; pretendemos dejar patente que, consecuencia de los problemas que genera una ausencia clara de regulación expresa de lo que se entiende por estado de necesidad –justificante y exculpante- dentro del 20.5 CPE hay un intenso esfuerzo

realizar los ajustes pertinentes en el Código Punitivo para evitar o por lo menos disminuir, esa **siempre incómoda decisión discrecional del juzgador**¹²⁸⁹ a la hora de resolver conflictos de intereses o colisión de deberes de la misma jerarquía. Este razonamiento no es trivial y emana del sentir común que claramente manifiesta la doctrina española por destacar la falta de una definición legal de “la situación de necesidad” -20.5 CPE-, que ella y la jurisprudencia se ven obligadas a elaborar¹²⁹⁰.

Dicho lo anterior, y dejado clara nuestra concepción inicial sobre la nublada regulación *lege data* del 20.5 del CPE y más aún, de lo que respecta a

dirigido a brindar fundamentación a las decisiones del juzgador en materia punitiva, sobre todo por lo que hace al estado de necesidad en su modalidad disculpante.

¹²⁸⁹ Bajo esta óptica exaltamos la importancia que tiene en un Estado democrático de Derecho, el hecho de brindar al Juez los elementos jurídico-legales suficientes para valorar los hechos y después emitir sus fallos. Esta cuestión ya adquiriría relevancia, y repudio -en caso de hacer lo opuesto- desde el pensamiento de Cesar Beccaria quien consideraba que «No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la Ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones. Esta verdad, que parece una paradoja á los entendimientos vulgares, en quienes tiene más fuerza un pequeño presente desorden, que las funestas, aunque remotas consecuencias, nacidas de un falso principio, radicado en una Nación, la tengo por demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una recíproca conexión: quanto mas complicadas son, tanto mayor es el número de sendas, que guían y salen de ellas. Cada hombre tiene su mira, y cada hombre la tiene diversa, según los diferentes tiempos. “El espíritu de la Ley sería, pues, la resulta de la buena ó mala lógica de un Juez, de su buena ó mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas, que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre”. **“¿Quántas veces vemos la suerte de un Ciudadano trocarse en el paso que de su causa se hace á diversos Tribunales; y ser las vidas de los miserables víctima de falsos racionios, ó del actual fermento de los humores de un Juez, que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones, que le mueve la mente? ¿Quántas veces vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos Tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la Ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones?”**». Véase con más amplitud sobre las no inocuas consecuencias de interpretar sin fundamento la Ley, a BECCARIA BONESANA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. José Luis Monereo Pérez (Director). Traducido por Juan Antonio de las Casas. Granada, 2008, pp. 8-9.

¹²⁹⁰ Aluden, entre muchos otros, a esta problemática “ausencia” de definición legal: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. Cit.*, p. 248; CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 272; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 451, 460; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *“Artículo 20.5”... Op. Cit.*, p. 334. Esta falta de pronunciamiento por parte del legislador no se da en el StGB, donde los §§ 34 y 35 comparten unos rasgos comunes establecidos por el legislador alemán: peligro actual para bienes jurídicos no evitable de otro modo, así como exaltar lo provechoso que resultó que hubiera definido y por ende evitado muchas confusiones que se suscitan en España sobre lo que respecta al estado de necesidad disculpante.

la falta de una referencia concreta de la modalidad exculpante; procederemos a destacar algunas directrices que creemos serán torales para sofocar la latente problemática y dar luz a ese aclamado eje rector en que se pueda valer el juzgador para emitir sus fallos con un mayor sustento legal y, más íntimo con los principios que permean al Derecho Penal¹²⁹¹.

Así pues, al hablar de exculpación, de lo primero que hay que ocuparse es del concepto de culpabilidad¹²⁹², entendido generalmente como la capacidad de toma de postura crítica del autor, o lo que es lo mismo, en su aptitud para examinar conforme a razones sus planes de acción y modificarlos en función de ese examen¹²⁹³. Aparte de esa capacidad genérica, el alumbramiento del

¹²⁹¹ Concretamente, al principio de legalidad, al principio de intervención mínima, al principio de insignificancia, el de culpabilidad o "responsabilidad" y el principio de proporcionalidad de las penas.

¹²⁹² El concepto material de culpabilidad que se sostenga, funciona como indicador de la concepción del Derecho Penal en general y de la compresión del Estado y su forma de relacionarse con los ciudadanos. MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada, 2002, pp. 600-610. Este autor contrapone, en el marco del análisis histórico-dogmático de las concepciones normativas de la culpabilidad, un primer concepto de culpabilidad cuyo elemento básico es la conciencia de antijuridicidad y que atiende a la evitabilidad de la conducta antijurídica a otro que se apoya ante todo a la exigibilidad y que atiende a las razones del sujeto para infringir la norma, lo que pudo haber evitado. El mismo autor en su artículo denominado: "Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad". En, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (editores). Madrid, 2002, pp. 875-876. Pero, para efectos de este epígrafe lo que más interesa es el concepto material de la culpabilidad pues tiene una importancia capital, porque la cuestión de cuál es el punto de vista valorativo rector en el que se basa esta categoría del delito puede ser totalmente decisivo para la interpretación de todos los elementos concretos de la culpabilidad e incluso para desarrollar nuevas causas supraleales de exclusión de la culpabilidad y, por ello, en muchos casos, para enjuiciar la punibilidad. Cfr. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención...* Op. Cit., p. 59.

¹²⁹³ Entre otros, véanse a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General...* Op. Cit., pp. 381-384; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 528-529 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Culpabilidad...* Op. Cit., pp. 13-15; COBO DEL ROSAL, Manuel - QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones...* Op. Cit., p. 165; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director) y PERÉZ ALONSO, Esteban Juan (Coordinador). *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 627-631; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel y NÚÑEZ CASTILLO, Elena. *Nociones Fundamentales...* Op. Cit., pp. 259-26; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal...* Op. Cit., pp. 349 y ss. 361 y ss.; ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*. Tomo II. Buenos Aires, 1995, pp. 183-189; Con un enfoque de la concepción doctrinaria y jurisprudencial en el Derecho Penal mexicano, véase a DÍAZ ARANDA, Enrique. *Teoría del delito. Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos*. México, 2006, pp. 263-271.

motivo de obediencia a la norma, precisa que el sujeto la conozca y unas condiciones en que no resulte comprensible que se genere un motivo diverso al cumplimiento de la prohibición o mandato. Por tanto, el autor imputable de una conducta antijurídica y conocedor de su carácter prohibido puede, a pesar de todo ello, tener razones que impidan la atribución de responsabilidad jurídico-penal –característica de la exculpación-.

Pero a pesar de que este es, en síntesis, el entendimiento común de la doctrina por el concepto de culpabilidad, el error -desde nuestra concepción- por quienes, dentro de la teoría diferenciadora se pronuncian respecto del estado de necesidad exculpante, radica en considerar como pieza fundamental para la determinación de dicha culpabilidad a la “no exigibilidad”¹²⁹⁴ de la conducta del sujeto que se haya en esa situación de necesidad. Consideramos que es reprochable esa concepción porque, como con razón afirma ROXIN –y partiendo de que los casos que aquí interesan se refieren al problema de ¿bajo qué presupuestos se puede conceder indulgencia, más allá del tenor literal de la Ley, al sujeto que ha cometido un hecho injusto que habría podido omitir sin peligro?- «resulta **inadmisible** habilitar al Juez con carácter general para eximir de pena, sin base en la Ley –cuestión manifiesta y grave en el CPE, por no hacer referencia expresa al estado de necesidad disculpante-, con ayuda de una formula tan vacía como la de la inexigibilidad»¹²⁹⁵.

Empero, hasta aquí sólo queda parcialmente dilucidada nuestra postura, pues se estaría en deuda con la interrogante sobre ¿cuál es el fundamento material o la *ratio* de la exculpación? que sugerimos. Para dar respuesta a esta interrogante, en principio, tenemos que informar por nuestra preferencia en adoptar un **concepto de responsabilidad** más que de culpabilidad¹²⁹⁶, pues

¹²⁹⁴ Como en su momento se refirió, la idea de inexigibilidad apareció con la concepción normativa de la culpabilidad. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. “Inexigibilidad y miedo insuperable”. En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. Tomo XIX. Gonzalo Quintero Olivares, J.C. Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats *et. al.* (Directores). Valencia, 2008, p.155.

¹²⁹⁵ *Cfr.*, a ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 960-961. Las palabras entre guiones aclarativos son mías.

¹²⁹⁶ No es que desaparezca el concepto de culpabilidad, sino que, en el orden de ideas expuesto *supra*, éste funciona como un principio limitador de la pena y no como fundamento de la retribución de la misma. En este orden de ideas y con un planteamiento que cuestiona a la culpabilidad como categoría del delito véase a HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Una necesaria revisión... *Op. Cit.*, pp. 494-504. El Catedrático de la Universidad Autónoma de

tratándose aquí de que la medula del debate no versa en si el sujeto podía “actuar de otro modo” –debate ya abordado y superado¹²⁹⁷-, sino si su actuación antijurídica y de modo inevitable precisa de pena, la categoría de la responsabilidad responde mejor político-criminalmente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal¹²⁹⁸ de sancionar en el “caso concreto”¹²⁹⁹. Bajo esta concepción del sujeto responsable y no culpable, el juzgador podrá decidir, **en principio**, en base a la teoría de los **finés** de la pena –utilizada ya, por

Madrid, de cierta manera influenciado por Roxin y por Juan Bustos Ramírez propone que la teoría del delito siga una teoría de la responsabilidad o del sujeto responsable, con lo cual niega que el delito sea injusto culpable, siendo sólo injusto y la responsabilidad del sujeto será establecida de acuerdo con las reglas y principios de culpabilidad, pp. 499-500. No obstante sí vincula el fundamento material, tanto de la inimputabilidad como de la exculpación a la idea – cuestionada por nosotros- de la “inexigibilidad”, p. 510. Así también un particular apunte que hace Hormarzábal Malarée respecto a su teoría del sujeto responsable, y que nos resulta cuestionable, es la admisión de causas supralegales de exención de responsabilidad criminal que signifiquen supuestos de inexigibilidad; justificando el posible quebrantamiento de lo que dispone el artículo 4.3 del CPE o al propio principio de legalidad, de donde entiende que aplicación rigurosa no significa interpretación restringida del texto, sino interpretación a la Constitución y a los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, pp.510-511.

¹²⁹⁷ Con esto llegamos a la conclusión de que la atribución de una pena tiene etapas, y que se debe comenzar con aquellas que están basadas en ciertos aspectos de la Política Criminal, es decir; si la conducta del sujeto se ha mantenido dentro del piso de exigencias mínimas, debajo del cual al Estado democrático-liberal no le interesa imponer sanción de ningún tipo, o al menos las disminuye considerablemente. Esto exige la categoría de la responsabilidad por el hecho, en donde se deberán estudiar las cuestiones en las cuales, **si bien el autor pudo actuar de otra forma, al derecho no le interesa tal poder, debido a las circunstancias en que se encontraba**, de modo que se deberán considerar situaciones que tienen como base la valoraciones del autor como miembro de una sociedad, en un momento dado. Y este escalón de la teoría del delito tiene que ver con los fines de la Política Criminal que se haya propuesto en la estructura de un Estado.

¹²⁹⁸ Haciendo alusión a los fines políticocriminales (*sic*) a los que se orienta el propio sistema en orden a la previsión del delito (fundamento central de la categoría de responsabilidad acuñada por Claus Roxin), así parece entenderlo OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “¿Es la *lex stricta* una garantía efectiva en Derecho Penal?”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008, p. 595.

¹²⁹⁹ Resaltamos la referencia al “caso concreto”, pues finalmente queda constatado que ante la ausencia de regulación legal de un estado de necesidad exculpante en el marco español y los mayúsculos problemas de límites que causa considerar la “inexigibilidad” de la conducta como *ratio* de la exculpación, es al “caso concreto” que hay que atender siempre para poder determinar la responsabilidad o no del sujeto, pudiendo resolverse -y que de hecho así lo hace en no pocas sentencias el TS español- un caso con la misma premisa exculpatoria –por ejemplo el miedo insuperable- de distinta manera. Al respecto véase a MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 486.

ROXIN¹³⁰⁰ y JAKOBS¹³⁰¹ en este contexto- exaltados en su contenido por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos¹³⁰², y podrá radicar el fundamento de su proceder no tan sólo en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta preventiva de punición¹³⁰³.

Pensamos que la teoría del fin de la pena, sobre todo en el ámbito español (donde la propia -indefinida para el estado de necesidad y carente para su categoría exculpante- letra de la Ley en el tema estudiado abona en exceso la capacidad discrecional del juzgador, terminando por atender en su mayoría al “caso concreto”) explica por qué el juzgador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo del justiciable y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas. Este ejemplo explica al mismo tiempo la función que corresponde a la “exigibilidad” en la teoría jurídico penal de la responsabilidad. El descubrimiento de HENKEL¹³⁰⁴ acerca de que la “exigibilidad” sólo figura en todos los grados de la estructura del delito como **principio regulativo** sin contenido, sirve para instruir al Juez a decidir según la situación del caso concreto. La exigibilidad crea aquí una zona límite de exclusión de la responsabilidad, que escapa a una normación descriptiva y es encomendable al Juzgador para que pondere en la circunstancia particular¹³⁰⁵. Pero la noticia a resaltar, es que éste último no

¹³⁰⁰ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed., 1ª reimpresión. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires, 2002, p. 87. El mismo en, *Problemas básicos... Op. Cit.*, pp. 211-214.

¹³⁰¹ Hay que puntualizar que el Catedrático de la Universidad de Kiel, si bien al momento de explicar la exculpación en base a los fines de la pena, no se aparta del concepto funcional de culpabilidad. Véase a JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 690. A mayor amplitud sobre dichos fines, véase al mismo autor en, *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá, 1998, pp. 9-28.

¹³⁰² ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 72. Es cierto que la mayoría de las veces este punto de vista se emplea como directriz para establecer los tipos penales bajo aspectos legislativos predogmáticos; pero también ha de tener la misma validez exactamente a la hora de decidir sobre la punibilidad del autor que procede injustamente. *Ibidem.*, p. 73.

¹³⁰³ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 897.

¹³⁰⁴ En cuanto a este punto respecta, Heinrich Henkel es ampliamente respaldado doctrinalmente por el Catedrático de Múnich. Vid., ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 74.

¹³⁰⁵ En este razonamiento la exigibilidad se traduce en “capacidad de culpabilidad”. Por lo tanto **hablar de responsabilidad en el sentido que sostenemos, es hablar de una categoría**

podrá decidir a su beneplácito; por eso, a la cláusula de la exigibilidad hay que darle el contenido de que carece conforme a los criterios en que se base la correspondiente categoría del delito.

Haciendo una breve pausa en el intento por dotar de contenido a nuestra preferencia teórica, es menester apuntar que en esa búsqueda por brindar sustento al rol que juega la “exigibilidad o no exigibilidad” -para nosotros la responsabilidad basada en los fines de la teoría de la pena-, en definitiva, para encontrar el criterio material que informa que conductas antijurídicas son “comprensibles”, no ha faltado quien –contemporáneamente- alumbre una propuesta alternativa y complementaria para nuestra postura. Es el caso de MARTÍN LORENZO, que a grandes rasgos encuentra el fundamento de exclusión de la culpabilidad en el “valor del motivo”, integrado por preservar el andamiaje existencial. La eficacia exoneradora del motivo personificado por la amenaza a la capacidad deliberativa se debe a que altera las condiciones de atribución de una toma de postura crítica normativa contraria al deber de evitar el injusto por cuanto es “comprensible”¹³⁰⁶. Y lo es, según la citada autora, precisamente por constituir una razón dirigida a conservar el propio carácter de sujeto imputable, de sujeto con capacidad de toma de postura, y las condiciones materiales para su ejercicio; esto es, en su vinculación a los elementos legitimadores de la culpabilidad la fuente normativa de comprensión¹³⁰⁷. Así, en este modelo, la decisión de imponer una pena no atenderá prioritariamente a las consecuencias de la conducta del sujeto, que son insuficientes para justificarla, sino a la “injusticia de la sanción penal” que

superior a la culpabilidad, en donde ésta sólo ocupa un momento-elemento parcial y configurador en aquella. Así, dicha responsabilidad queda excluida, ya por ausencia de la necesidad preventiva de pena, ya en el momento que falte la referida culpabilidad. En conclusión y como ejemplo, dentro de la teoría jurídica del delito que considera como presupuestos de la pena, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, esta última es una condición necesaria pero todavía insuficiente de la pena, que estará determinada por esa categoría superior representada por la responsabilidad.

¹³⁰⁶ El adjetivo “comprensible” según la autora de esta postura, debe identificarse con la idea de que se puede entender, alcanzar, penetrar; o en el sentido de “encontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro”. Por su parte “comprensión” se deberá significar con la acción de comprender con tal significado, pero no con la “actitud comprensiva o tolerante”; y “comprensivo” con “que tiene facultad o capacidad de comprender o entender una cosa”, pero no como propiedad que se predica “de la persona, tendencia o actitud tolerante”. *Cfr.*, MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, pp. 282-283.

¹³⁰⁷ *Ibidem.*, *supra.*, pp. 415-416.

podría imponerse al sujeto que actúa de una determinada manera en unas particulares circunstancias, pues, aun cuando no tenga “buenos motivos” para ello, sí los tiene “comprensibles”. No se contemplan preferentemente los efectos del hecho, ya que no se trata (no hay posibilidad) de cambiar el calificativo de antijurídica de la acción *dúplex*; al contrario, se parte de ese desvalor. Pero tampoco se toman las propiedades de la acción que resultan decisivas en un examen sobre su licitud, que ya reveló la contrariedad de la conducta a las prohibiciones generales. La incógnita que hay que despejar en estos casos es si puede responsabilizarse al sujeto que actúa e imponérsele una pena; y ello depende de forma predominante del valor en sí del comportamiento de ese individuo apreciado desde una perspectiva distinta a la de la antijuridicidad: la de la culpabilidad. Y es en ese esquema axiológico diverso donde entran otros factores que se contemplan desde este otro prisma.

En determinadas situaciones, pues, las razones que toman forma en la ejecución de una conducta antijurídica se aprecian o reconocen hasta llevar a la exculpación, dado que hacen “comprensible” la acción de una persona. Pero, la autora hace una advertencia –muy válida desde nuestra concepción– «no todos los motivos (como precipitado de las circunstancias y la conducta) que genéricamente pueden explicar el suceso exculpan, de modo que esa eficacia depende también de otras consideraciones»¹³⁰⁸. Y ello en un doble sentido: por un lado, no todo lo que genera comprensión en sentido amplio es jurídico-penalmente comprensible; y por otro lado, aun siéndolo en un principio, la comprensión puede, en concreto, no extenderse a determinados sujetos¹³⁰⁹ y hechos. En otras palabras, la Profesora de la Universidad Complutense de Madrid aduce que, hasta culminar el perseguido efecto excusante, la comprensión pasa por **varios filtros**. El primero y más importante lo encarna el ámbito donde han de desenvolverse las **reglas de responsabilidad**, que introduce la perspectiva jurídico-penal; el segundo matiza, dentro de la visión jurídico-penal de la responsabilidad, los límites de lo comprensible en situaciones extremas, de modo que este filtro desempeña un papel subsidiario

¹³⁰⁸ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 284.

¹³⁰⁹ Por ejemplo no podrá ser extensivo a esos sujetos que por su profesión u oficio tengan el deber de “sacrificarse”. Verbigracia: médicos –algunos supuestos–, policías, bomberos, socorristas, etc.

y de tipo técnico-dogmático, ya que operaría en el área de lo “genéricamente comprensible en el ámbito penal”, estableciendo las concreciones de la general comprensión exculpatoria jurídico-penal. Con la imagen de los dos filtros se describe el proceso de progresiva determinación de lo exculpado por “comprensible”. En ese proceso resulta útil distinguir varios niveles de análisis para decidir sobre lo comprensible, como forma de elaborar un sistema de construcción e identificación de reglas para excluir la imputación individual, así como para interpretar los requisitos de las causas de exculpación positivizadas, tema especialmente interesante en el Ordenamiento Penal español de cara a una posible exención incompleta. No obstante, el criterio rector de ese proceso es siempre el mismo: determinar lo penalmente comprensible, sin que tenga cabida un cambio discrecional del principio decisor de la atribución de responsabilidad¹³¹⁰. En este orden de ideas, las razones por las que una conducta resulta “comprensible” surgen de la concepción sobre la responsabilidad penal de la que se extraen las reglas de exculpación, modelo que, a su vez, depende de las funciones sociales que se asignan a la institución de la responsabilidad y sus efectos funcionales, pero sobre todo de la convicción de éstos últimos como razones de la legítima validez de la concepción de la responsabilidad que está detrás. En otras palabras, la imputación de culpabilidad no se plantea en términos de cuándo la función preventiva demanda esa atribución de responsabilidad individual, sino de cuándo es justa. Y, según considera la autora en cita, deja de serlo cuando las razones de la conducta del sujeto son comprensibles, aunque no sean “buenas”.

Habiendo realizado un esbozo de la consideración que hace la citada autora por cuanto respecta al intento de sustentar o brindar un contenido más sólido al juzgador cuando se tenga que pronunciar en situaciones que actualicen el estado de necesidad exculpante y sobre todo en lo que hace al

¹³¹⁰ Aantipa aquí, que los requisitos para exculpar -como, por ejemplo, la ausencia de provocación o de obligación de sacrificio- tienen que vincularse de modo directo con lo necesario para suscitar comprensión, en este caso para calificar la conducta como “no comprensible”, pero no pueden ser justificados como límites por “razones preventivas”, que sólo serían admisibles para limitar la punición, no su exclusión. Cfr. MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, p. 285.

fundamento material de, en ese momento, evaluada culpabilidad; nos percatamos que no esta tan alejada de hacer un limitado-referencial, por no decir correcto uso del alcance de esa categoría del delito, y, comulgando con nuestra ideología, da ciertas pinceladas referenciales al **concepto de responsabilidad por cuanto hace someter ante esta los límites** de lo “comprensible”¹³¹¹.

Así pues, partiendo de la creencia de que hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *lege ferenda*. Sin que esto signifique un abandono o relativización del pensamiento sistemático, sino un acercamiento de éste a la realidad, destacando las relaciones internas entre **norma, contenido y valor**; y en relación con lo que expone la autora a la que ahora referimos, sentenciamos que, en cierta medida estimamos validad su propuesta con la particularidad de que opera sólo como un **complemento** de nuestra inicial postura en dos modalidades o sentidos: a) En lo que atañe a la supresión del uso de lo exigible e inexigible como fundamento material de la culpabilidad y b) porque somos creyentes que el fundamento de hacer responsable –en la concepción apuntada *supra*- a un sujeto debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, la posibilidad de motivación por normas es -según compartimos con MUÑOZ CONDE¹³¹²- facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas (inteligencia, afectividad, entre otras), permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esta facultad -cualquiera que sea el origen social psicológico, político o económico que tenga- deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy

¹³¹¹ Al someterse a esta categoría superior –responsabilidad-; esos límites bajo su uso -sólo complementario- son los relacionados con los fines de la teoría de la pena a efecto de determinar si la conducta realizada por un sujeto a pesar de su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad –considerada como dijimos, a la capacidad de ser exigible un comportamiento, o “comprensible” en las palabras de María Martín Lorenzo- merece ser punible.

¹³¹² Véase a MUÑOZ CONDE, Francisco. En, ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención... Op. Cit.*, p. 34.

importante, la atenuación de la magnitud de la atribución. Y toda esta concepción que manejamos se ve plasmada en el término del “valor de lo comprensible” que la Profesora de la Complutense de Madrid maneja¹³¹³. Lo anterior, como concepción complementaria, viene a configurar nuestra posición ecléctica; es decir, en su conjunto viene a dar el soporte que requieren los fines de la pena¹³¹⁴ y que le atribuimos la calidad criterios evaluadores de la determinación punitiva que merecerá o no el sujeto que actuó en un supuesto estado de necesidad disculpante. En otras palabras, no descartamos que la teoría de los fines de la pena unida a la idea de “responsabilidad” como categoría del delito que manejamos, inspirados por el citado Catedrático de

¹³¹³ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.*, pp. 284-285, 414. Si bien es verdad que los presupuestos para declarar a un individuo “no merecedor de pena” en una situación de necesidad entre bienes de la misma jerarquía pueden ser los mismos que para el estado de necesidad justificante; la autora realiza –advirtiendo el requerimiento de adicionar nuevos términos al concepto de colisión de intereses- un importante **matiz sobre que bienes y que sujetos quedan comprendidos, en la excusa**, pp. 417-459.

¹³¹⁴ Por lo que hace al ámbito español tenemos que el Código Penal de 1995 se inspiró en una teoría unitaria de la pena, que aúna los fines de la reafirmación del Ordenamiento Jurídico (retribución), de la prevención general y de la prevención especial. Sin embargo, como afirma José Cerezo Mir, no se logra una mayor armonía entre los diversos fines de la pena. En ocasiones se puso excesivamente el acento en la prevención general, mientras que en otros preceptos se atiende en exceso a las exigencias de la prevención especial, con gran quebranto de la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del Ordenamiento Jurídico. Véase CERESO MIR, José. “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal. Después de las reformas del año 2003”. En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005, pp. 220-221. En este contexto nos parece político-criminalmente más adecuada la idea de Miguel Domingo Olmedo Cardenete, quien afirma que, «en un Estado de Derecho que se aprecie de serlo, la pena –como fin- debe ser siempre impuesta en proporción al injusto del hecho y a la culpabilidad del delincuente. En el injusto lo que se tiene en cuenta es la medida en que objetiva (desvalor de resultado) y subjetivamente (desvalor de acción) se pone en peligro o se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido. Luego es lógico que la pena tome como primera referencia ese desvalor objetivo que ha alterado la distribución de bienes e intereses “decidida por el legislador” (las comillas son mías). Pero eso no supone reconocerle un contenido retributivo a la pena. Antes al contrario (*sic*), contribuye decisivamente a la función preventiva de la sanción, pues el ciudadano sabrá que cuantos más básicos y esenciales sean los bienes jurídicos que ataca (vida, salud, libertad, etc.), más rigurosa será la respuesta del Ordenamiento Jurídico frente a su ataque». Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “*La misión del Derecho Penal... Op. Cit.*”, pp. 46-47. También véase al mismo en, “Visión general sobre la pena: concepto, justificación y fines”. En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Feliz Araújo Neto. Lima, 2007, donde siguiendo a Claus Roxin, y, en una extensión de su toma de postura véanse las pp. 150-154. En similar sentido a las consideraciones expuestas por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, llega también ARAÚJO NETO, Felix. “Visión general sobre la pena: concepto, justificación y fines”. En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Miguel Domingo Olmedo Cardenete. Lima, 2007, pp. 143-149.

Múnich, no pueda resolver el problema sobre la falta de argumentos sólidos y no alejados del principio de legalidad para que el juzgador se pronuncie en el estado de necesidad por conflicto de intereses o deberes iguales¹³¹⁵, sino como objeción al propio ROXIN nosotros no somos tan herméticos como para dejar rienda suelta absolutizando a los fines de la pena la función de resolver sin más los delicados problemas derivados de colisión de intereses de idéntico valor. Esto porque en este sistema de Derecho Penal en constante evolución, los fines en comento y en su intento de verificar qué efectos son los más adecuados para asegurar que las leyes penales realmente se cumplan, o, en su defecto, se apliquen –racionalidad pragmática-; pueden olvidar o perder de vista el cometido de identificar cuáles son los efectos de la sanción ética¹³¹⁶;

¹³¹⁵ En sentido favorables de nuestra concepción, ya Enrique Gimbernat Ordeig hacía referencia a la transcendencia de la interpretación teleológica –o de los fines- afirmando que «El más importante de todos los criterios de interpretación, el en muchos casos decisivos -(síc)-, es el teleológico. El que busca los fines del precepto, de las instituciones, del Orden jurídicopenal o del Derecho en general». Para quienes cuestionan el hecho de atender a los fines de la pena para determinar cierta responsabilidad de quien realiza el injusto, el Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, señala que: Dicha interpretación debe ceñirse al aspecto objetivo de la Ley y no al subjetivo, es decir lo que el legislador aprueba al crear una Ley es únicamente el texto y no una determinada interpretación del texto, sólo es derecho obligatorio el contenido de la Ley (la voluntad de la Ley), no un proceso de generación (la llamada voluntad del legislador), lo que ha adquirido fuerza de Ley son las palabras del legislador, no su voluntad. Así, inclinándose por esa interpretación teleológica objetiva asegura que ella permite poner de acuerdo la Ley del pasado con las necesidades y concepciones del presente, estableciendo de este modo la conexión del ayer con el hoy; de esta manera, la interpretación sobre los fines no pierde su vigencia si se atiende al elemento objetivo de la Ley. Con mayor amplitud véase a GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid, 2009, pp. 77-89.

¹³¹⁶ El afán por atribuir significado a esa función ética y bajar de la cúspide a la teoría de los fines de la pena -como fundamentadora del Ordenamiento Penal incluyendo sus principios rectores- no ha sido pacífica y por ende ha visto la génesis de un intrincado -pero creemos disfuncional o carente de benevolencia- debate centrado en la dicotomía conceptual que –al final todos comparten con diferentes matices- entre utilidad y validez, de donde la fundamentación de la utilidad se identifica con los fines de la pena y la de la validez con los denominados principios garantistas –estos últimos abandonan su función arquetípica de límites de la pena para pasar a convertirse en auténticos fundamentadores tan originarios como la teoría de la pena. Sobre el desarrollo de este debate véase a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad... Op. Cit.*, pp. 121-126. En definitiva, y como defensa a los ataques por menospreciar a la teoría de los fines de la pena como eje importante –pues es desde nuestra óptica sólo una parte que requiere de ciertos matices- fundamentador y sin negar las virtudes explicativas de la contraposición entre utilidad y validez, no creemos que sea una vía metodológicamente fructífera en la comprensión de la racionalidad ética. Tal distinción rompe una cadena de decisiones, fuertemente arraigada en el mundo de la vida o sistema de creencias, en la que se realiza una mezcla difícilmente separable entre valores o instrumentos.

efectos que, por lo contrario si se podrán constatar –en la forma apuntada *supra*- con una función coadyuvante en contra de la relativización –peligrosa- del sistema¹³¹⁷, que se asienta en: la “valoración” de lo que en Derecho Penal se puede etiquetar de conducta “comprensible”.

4. El miedo insuperable: ¿Causa de exculpación?

Llevado a cabo el análisis de la figura que “se desprende” del artículo 20.5 del CPE en el supuesto de colisión de intereses de la misma jerarquía, conocida como el estado de necesidad exculpante -sin que sean óbice las conclusiones a las que llegamos *supra*-, es menester -por su íntima relación- que realicemos lo propio con la figura contenida en el 20.6 CPE¹³¹⁸ así como las particularidades derivadas de su especial y a la vez polémica premisa subjetiva –“el miedo”- que nos llevaran a, aunque sea sutilmente, orientar nuestra atención de manera referencial a tópicos como el de la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, la inimputabilidad y la obediencia debida, entre otros¹³¹⁹.

Los elementos de la racionalidad ética nacen en gran medida de la intersección de ambos aspectos, no de su separación. Cuestión distinta es que, en ulteriores racionalidades, donde se descomponen los puntos de partida éticos, se puedan lograr principios que respondan de una forma relativamente depurada a uno u otro polo de la dicotomía. Por lo demás, en la racionalidad ética los excesos, sino mediante una conjunción articulada de todos los contenidos, que da lugar a una determinada imagen del mundo que se percibe como aceptable o como dice Mará Martín Lorenzo: “comprensible”.

¹³¹⁷ Véase a MUÑOZ CONDE, Francisco. En, ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema... Op. Cit.*, pp. 26-27.

¹³¹⁸ Artículo 20.6: “Están exentos de responsabilidad criminal: El que obra impulsado por miedo insuperable. DÍAZ MAROTO Y VILLAJERO, Julio. *Código Penal... Op. Cit.*, p. 52.

¹³¹⁹ Por lo que hace a la complejidad valorativa que *per se* representa el elemento subjetivo del “miedo”; dentro de su relevante artículo sobre esta figura acertadamente Mercedes Alonso Álamo, afirma: «El miedo, en tanto fenómeno psicológico complejo, se expande y disemina, según su intensidad y circunstancias, por los diferentes elementos del delito siguiendo una concepción escalonada de los mismo. Si no excluye la acción (por no ser referible la acción a la voluntad: el miedo que paraliza en que el sujeto queda confundido con la tierra, aterrorizado), ni el injusto típico (por concurrir un error invencible sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, admitido que se trate como error de tipo), ni la antijuridicidad(por concurrir en un estado de necesidad justificante), ni la imputabilidad (por concurrir en una anomalía o alteración psíquica o en un trastorno mental transitorio)..., todavía puede, finalmente incidir en el proceso de motivación del autor de manera que su culpabilidad esté totalmente excluida (*coactus tamen voluit*)». Véase a ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito”. En, *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Miguel Ángel Núñez Paz y Ana Isabel García Alfaraz (Coordinadores). Salamanca, 2007, p. 35.

La eximente de miedo insuperable, a pesar de su larga tradición histórica en la legislación penal española, ha sido poco aplicada por los Tribunales¹³²⁰ y, al menos hasta el Código Penal de 1995, escasamente estudiada por la doctrina¹³²¹. El Código Penal actual modificó el tenor literal del precepto, eliminando la referencia a la comparación de males y, con ello, el límite objetivo de la amenaza de un mal igual o superior al causado¹³²². De esta manera, el legislador vincula la exención únicamente a que el sujeto “obre impulsado por miedo insuperable”. Esta novedad ha merecido un juicio positivo por parte de la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina¹³²³, ya que se asocia a una mayor facilidad en el diseño de esta eximente como una circunstancia autónoma, con su particular fundamento y ámbito de aplicación, y a un menor rigor en su aplicación judicial¹³²⁴. Empero, y de la mano de MARTÍN LORENZO ambos aspectos resultan dudosos: el pronóstico optimista acerca de su juego en los Tribunales se ve desmentido por la realidad forense y, según cree, la predicha depuración dogmática se tambalea ante la insostenibilidad de las interpretaciones doctrinales sobre el miedo insuperable, debida, entre otros motivos, al tenor de la Ley¹³²⁵. Por eso, aunque pueda secundarse el aplauso a la desaparición del requisito objetivo, no merece la misma alabanza la ausencia

¹³²⁰ Raramente como eximente completa y algo más como incompleta. Al respecto véase el análisis jurisprudencial efectuado por VARONA GÓMEZ, Daniel. “El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento”. En, *AP*, número 39, 1996, pp. 743-749. Véase también sobre un breve repaso histórico a QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “Artículo 20.6”. En, *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999, p. 392 y de manera más amplia sobre la perspectiva histórica al mismo autor en, *La eximente del miedo insuperable*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1998, pp. 29-37.

¹³²¹ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal...* *Op. Cit.*, p. 461.

¹³²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. (Director) *et. al. Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*. Tomo I. Barcelona, 2004, p. 104; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “El miedo. Su incidencia...” *Op. Cit.*, p. 26.

¹³²³ Verbigracia, véase la STS 1491/1999, de 25 octubre, recurso 3097/1998, (Tol 51593), ponente Martín Pallín. En la doctrina: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal...* *Op. Cit.*, p. 697; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.6”. En, *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999, p. 461.

¹³²⁴ Sobre la valoración del miedo que hacen el Código Penal francés, italiano, alemán, austriaco, suizo, portugués véase el estudio de ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “El miedo. Su incidencia...” *Op. Cit.*, pp. 27-31.

¹³²⁵ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación...* *Op. Cit.*, p. 461.

de toda precisión descriptiva que presenta el actual art. 20.6 del CPE, ya que constituye el principal lastre de las construcciones sobre el miedo insuperable.

Lo que aquí interesa es dilucidar si la circunstancia eximente de miedo insuperable recogida en el art. 20.6 del CPE constituye una causa de exculpación, o lo que es lo mismo, una exención contextual más allá de la justificación. *A priori* no debiera haber mayores dificultades para ello, ya que hoy tanto la doctrina ampliamente mayoritaria como la jurisprudencia más reciente la consideran una causa de inculpabilidad basada en la idea de “inexigibilidad”¹³²⁶.

De este general acuerdo divergen, por un lado, algunas líneas jurisprudenciales, sobre todo la que atribuye al miedo insuperable la naturaleza y efectos de una causa de inimputabilidad¹³²⁷; y, de otro, un sector doctrinal que la considera una causa de justificación y otro que la entiende como un supuesto de exclusión del miedo insuperable en clave de inimputabilidad¹³²⁸.

Es amplia la fenomenología de circunstancias que hay que tener en cuenta cuando se habla de la eximente del 20.6 CPE, que, realizar un estudio exhaustivo podría rebasar los límites de la presente investigación; debido a esto, hemos decidido realizar algunas reflexiones relevantes emanadas del

¹³²⁶ Entre otros véase a ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *“El miedo. Su incidencia...” Op. Cit.*, p. 36. La Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, con singular acierto, matiza el hecho de que el fundamento material como causa de exculpación dependerá de la concepción que se tenga sobre la culpabilidad. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 3ª ed. Barcelona, 2005, p. 207; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español... Op. Cit.*, p. 1134; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Teoría jurídica del delito. Parte General*. Tomo III. Madrid, 2001, p. 140; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 603. El Doctor en Derecho por la UNAM y Catedrático de la Universidad de Barcelona se muestra enérgico cuando afirma que a pesar de algunas consideraciones por ubicar al miedo insuperable como una causa que excluye la inimputabilidad y otras, por aproximarle al estado de necesidad del artículo 20.5 del CPE –ambas insatisfactorias–, el miedo insuperable es una causa de inexigibilidad; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *“Artículo 20.6”... Op. Cit.*, pp. 467-469; VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada, 2000, pp. 121-123.

¹³²⁷ La jurisprudencia ha manejado las más distantes calificaciones en lo atinente a la naturaleza de esta eximente, incluso la de ser un caso de exclusión de la acción o una causa de justificación. Así, véanse las SSTS de 15 de abril de 1980, ponente Vivas Marzal; 1530/2001, de 24 de julio (Tol 67186), ponente Martínez Arrieta.

¹³²⁸ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios... Op. Cit.*, p. 358.

análisis doctrinario y jurisprudencial para posteriormente poder llegar a algunas conclusiones al respecto.

De esta manera puede deducirse que en el miedo insuperable convergen dos tipos distintos de problemas: uno relacionado con la general falta explicativa de las diversas concepciones de la categoría dogmática causas de inexigibilidad o como nosotros preferimos causas de exclusión de la responsabilidad o en su defecto de exculpación; otro, más bien ajeno a la bondad de la explicación sobre el fundamento genérico de la exención en esa sede, cual es la incompatibilidad de las propuestas teóricas con la Ley.

El repaso por las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales pone de manifiesto que también en el caso del miedo insuperable la mayor parte de las fundamentaciones de la exención de pena por razones de inexigibilidad presenta lagunas, que, sobre todo, afectan a la justificación del tránsito de un efecto atenuador de la pena a la exención total. Esa carencia se hace más patente en la circunstancia de miedo, ya que, al tener como protagonista a un estado emocional, en su elaboración se acentúa el recurso a los **componentes psíquicos**, principales responsables de los fallos aclaratorios de las teorías¹³²⁹.

Otros son los puntos débiles de la teoría de VARONA GÓMEZ¹³³⁰. Aunque su apoyo en la preferencia por los propios intereses supone un avance

¹³²⁹ Para tratar de erradicar esa dificultad en la definición del miedo que se asocia con un estado psíquico, no ha faltado quien, incluso, haya intentado de buscar sosiego directamente desde la perspectiva médica-psicológica. Véase al respecto a QUINTANAR DÍEZ, Manuel. "Artículo 20.6"... *Op. Cit.*, pp. 393-404; con un repaso más amplio, el mismo autor en, *La eximente del miedo insuperable...* *Op. Cit.*, pp. 39-55. Sobre el factor del miedo y sus diferentes grados que van en función de la intensidad véase el análisis que realiza ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "El miedo. Su incidencia..." *Op. Cit.*, pp. 31. De lo expuesto por la autora y siguiendo a Delay y Pichot nos resulta interesante el apunte que ésta realiza con relación a la valoración de esta figura: «Distintos sujetos pueden reaccionar de forma diferente en función de su estructura emocional producto de ciertas disposiciones innatas y del aprendizaje a través de sus relaciones interpersonales». Así, hay que tener en cuenta el influjo de la maduración, las frustraciones, la solución de los conflictos, el condicionamiento. Pero también un mismo sujeto puede reaccionar de forma diferente frente a un estímulo según su estado psicofisiológico actual. Al respecto véase a DELAY, Jean y PICHOT, Pierre. *Manual de psicología*. 5ª ed. Traducción de Leopoldo Monserrat Valle. Barcelona, 1976, p. 128.

¹³³⁰ En general, limitando el juicio a lo que hace a la fundamentación de la exención y no tanto a los concretos requisitos con que la especifican, me parecen sostenibles en diverso grado las propuestas más apartadas de bases psicológicas y centradas en una definición estrictamente normativa del fundamento y configuración de la eximente, entre las que cabe mencionar las de CUERDA ARNAU, María Luisa. "Comentario al artículo 20.6 CP" En, Tomás Salvador Vives Antón (Coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I. Valencia, 1996, pp. 162 y ss.

respecto a las propuestas más psicológicas sobre las razones de declarar no punibles los hechos cometidos bajo miedo insuperable, por cuanto acierta en situar el fundamento en consideraciones normativas, la idea es insuficiente si se plantea como principio rector único de la exculpación. Como se señaló, la preferencia por los propios intereses concurre a justificar la exclusión de pena en la medida en que es valorada de forma positiva y, en todo caso, en competencia con otros elementos valorativos determinantes de la atribución de responsabilidad¹³³¹. En realidad, implícitamente así lo reconoce el autor en la elaboración de los requisitos del miedo insuperable y la definición de su ámbito de aplicación, donde se sirve de principios ajenos a la preferencia por los propios intereses para concretar cuándo puede juzgarse legítima. La suma de esos criterios logra delimitar de forma precisa el ámbito de eficacia de la eximente, introduciendo el rigor imprescindible para garantizar seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad, pero al precio de subvertir la letra de la Ley. Precisamente en ese proceso de diseño de los presupuestos de la eficacia exoneradora del miedo se aparta VARONA GÓMEZ del tenor literal del art. 20.6 CPE, restringiéndolo, con lo que se enfrenta al problema de la interdicción absoluta de la interpretación *in malam partem* en el Ordenamiento jurídico-penal.

Lo más trágico, como con acierto sostiene MARTÍN LORENZO es que, esta dificultad es consustancial a cualquier interpretación del miedo insuperable que lo provea fundadamente de un ámbito de eficacia autónomo como eximente y al mismo tiempo lo mantenga al margen de la arbitrariedad y un indeseable privilegio de tintes egoístas o cobardes¹³³².

En esta incapacidad reside el problema más señalado de la circunstancia recogida en el artículo 20.6 del CPE y el mayor obstáculo para alumbrar una comprensión sólida de la eximente. La absoluta parquedad con la que el legislador ha configurado esta eximente entorpece una construcción

También SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. "Artículo 20.6"... *Op. Cit.*, pp. 459 y ss.

¹³³¹ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación...* *Op. Cit.*, pp. 334-339.

¹³³² En el sentido de amparar una protección ilimitada de los intereses propios o afines, así como reacciones exageradas al estímulo por parte de sujetos pusilánimes. *Vid.* MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación...* *Op. Cit.*, p. 480.

convinciente en la que encajen fundamento, naturaleza, requisitos y Texto Legal. La dicción legal aboca a la imputabilidad: bajo esa calificación no desentonaría la ausencia de cualquier otro requisito que no sea la presencia de una emoción (miedo) y su cantidad (insuperable), **pero su previsión expresa sería infértil dada la presencia de una eximente genérica que incluye estos casos (art. 20.1 del CPE)**. Por eso, la opinión doctrinal dominante vincula sus oportunidades de supervivencia a su caracterización como causa de inexigibilidad, esto es, a un planteamiento normativo, y como tal tilda al requisito de la insuperabilidad. Aquí el pretexto reside en que una construcción convincente de tales conceptos y el efecto exonerador que conllevan no encuentra reflejo legal. Ese es el callejón sin salida en que se encuentra la eximente legal de miedo insuperable¹³³³.

4.1. Óptica jurisprudencial

Teniendo en mente los argumentos esgrimidos anteriormente se podría pensar que el ámbito de eficacia de la eximente contenida en el 20.6 del CPE carecería de positividad; empero, la practica desmiente esta posibilidad en la medida de que pone de manifestó que la eximente de miedo insuperable se emplea. Y que, además, se suele aplicar como cláusula residual para acomodar supuestos próximos a otras eximentes, si bien finalmente no encajan en sus márgenes¹³³⁴, como, por ejemplo, supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa¹³³⁵ o de solución de un conflicto de intereses sin acomodarse

¹³³³ *Ibidem., supra.*, p. 481.

¹³³⁴ Una evaluación de la jurisprudencia sobre el art. 20.6 CPE muestra que continúa siendo frecuente la alegación del miedo insuperable junto a otras circunstancias excluyentes de la responsabilidad criminal, sobre todo, con la legítima defensa y el estado de necesidad. Un ejemplo prototípico es la STS 995/1999, de 21 junio (Tol 272595), ponente Martín Canivell, donde el recurrente invoca sucesivamente las tres eximentes, legítima defensa, estado de necesidad y miedo insuperable (entiende el Tribunal que subsidiariamente), en un intento de ir eludiendo requisitos -no acreditados en los hechos probados-, desde la circunstancia más rigurosa de legítima defensa a la de miedo insuperable, menos vinculada a condiciones objetivas y, al menos aparentemente, más fácil de sostener.

¹³³⁵ De hecho, la primera aplicación del art. 20.6 del CPE como eximente completa se configura por el TS como una forma de cubrir un exceso intensivo frente a una agresión ilegítima: STS 332/2000, de 24 de febrero (Tol 23750), ponente Sánchez Melgar. La doctrina se hizo eco de esa inusual aplicación de la eximente completa de miedo insuperable en la sentencia de 2000. Cfr. las reflexiones y comentarios de TRAPERO BARREALES, María Anunciación. "La

a los requisitos de subsidiariedad y ponderación de males propios del estado de necesidad¹³³⁶. Tras el cambio legislativo, también la doctrina se apresuró a dibujar el papel del art. 20.6 del CPE como eximente supletoria, atribuyéndole una función de recogida, facilitada por la desaparición del límite objetivo de la igualdad de males¹³³⁷.

Este dato indica la procedencia de seguir averiguando sobre la existencia de la eximente de miedo insuperable. Para ello analizaremos las situaciones en que la jurisprudencia ha hecho uso de la circunstancia y el diseño que tanto ella como la doctrina le han otorgado, pues constituyen la base a partir de la cual extraer las razones de la comprensión de la conducta efectuada bajo miedo insuperable.

La referida identidad parcial con otras eximentes se pone de manifiesto en los casos en los que se aprecia la eximente de miedo insuperable, completa o incompleta. Como muestra haremos una pausa en los supuestos sobre los que se ha pronunciado el TS. Pueden sistematizarse en su gran mayoría en torno a dos ejes: por su proximidad a la legítima defensa o al estado de necesidad. A través de este repaso somero se obtiene un panorama ilustrativo del ámbito característico del miedo insuperable.

a) Situaciones próximas a la legítima defensa. En ellas la acción lesiva se dirige contra un sujeto que previamente ha amenazado o agredido al autor, pero sin que concurren los requisitos de una legítima defensa, bien por no existir agresión actual, bien por excederse el sujeto en la defensa. Además, el miedo puede concurrir con errores sobre los presupuestos de la causa de justificación, sea sobre la existencia de una agresión ilegítima, sea sobre la

eximente de miedo insuperable: ¿una alternativa a la teoría del error en la legítima defensa? (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000)". En, *AP*. Número 44, 2001,

¹³³⁶ Véanse las SSTS 995/1999, de 21 junio (Tol 272595), ponente Martín Canivell. Particularmente frecuente es su alegación junto al estado de necesidad en torno a las situaciones de penuria económica y el tráfico de drogas. Así, por ejemplo, STS 1403/1999, de 1 octubre (Tol 272101); ATS 448/1999, de 3 diciembre 1999, ponente García Ancos; ATS 269/1999, de 15 diciembre 1999, ponente García Ancos; ATS 1494/1999, de 14 julio 2000, ponente Delgado García; STS 2400/2001, de 14 diciembre (Tol 129203); STS 156/2003, de 10 febrero (Tol 265555); STS 722/2003, de 12 de mayo (Tol 275623); STS 186/2005, de 10 febrero (Tol 603635).

¹³³⁷ Cfr. a SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. "Artículo 20.6"... *Op. Cit.*, p. 461; VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción...* *Op. Cit.*, pp. 293-373.

necesidad racional del medio empleado¹³³⁸. En todo caso, la conducta afectada por miedo insuperable incide en el sujeto desencadenante de la situación conflictiva, en definitiva, del miedo.

Destacan aquí las tres sentencias absolutorias que apelaron, no siempre con la claridad deseable, al miedo insuperable para sustentar la exención de responsabilidad criminal. Puede ilustrarse esta situación a través de los hechos probados correspondientes a la STS 332/2000, de 24 de febrero (Tol 23750), ponente Sánchez Melgar, bastante conocida por ser la primera resolución que aplicó el art. 20.6 del CPE¹³³⁹.

De mayor uso es la aplicación en contextos defensivos de la semieximente o la atenuante analógica de miedo insuperable, obedeciendo la graduación al nivel de merma de la capacidad de comprender y determinarse del sujeto que padece el miedo. El catálogo de supuestos muestra la versatilidad de la circunstancia¹³⁴⁰.

¹³³⁸ Errores vencibles, evidentemente, pues de otro modo la conducta no sería imputable al sujeto con carácter previo, bien por apreciarse un error invencible de tipo, bien de prohibición, y carece de sentido plantear la *encada del* miedo. Vid. MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación... Op. Cit.*, p. 483.

¹³³⁹ En ella se recoge que un chico y una chica con estética punk fueron abordados por un grupo de seis amigos, que mostraron una actitud agresiva, realizando comentarios despectivos sobre la vestimenta de aquellos. Dos de los miembros del grupo acometieron imprevista e inmotivadamente al chico, momento en que éste, viéndose acorralado y temiendo por su vida, sacó en actitud defensiva una navaja de unos 8 cm. de largo, que utilizaba para las tareas del campo, y propinó dos puñaladas a uno de los acosadores, causándole la muerte. Mientras que la sentencia de la AP Madrid apreció la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa, el TS estima que concurre un miedo insuperable que permite cubrir el exceso intensivo en la defensa -respecto al que se plantea un posible error que no llega a aclarar- y exonerar al acusado.

¹³⁴⁰ En algunos casos se conjuga una eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo con la eximente incompleta de miedo insuperable. Por ejemplo, la STS 322/2005, de 11 de marzo (Tol 622956), ponente Giménez García, recoge como hechos probados que, tras una primera reyerta en la que la víctima aprovechó su mayor envergadura para golpear fortísimamente al autor y cuando parecía haber terminado la pelea, se produjo un intercambio de insultos, por lo que se volvieron a enzarzar al dirigirse la víctima al autor. En el transcurso de la segunda reyerta, el acusado clavó una navaja a la víctima, causándole la muerte.

En otros se plantea la concurrencia del miedo con una legítima defensa putativa. Se apreció un miedo superable amén de un error vencible sobre la existencia de una agresión ilegítima en la STS 143/2007, de 22 de febrero (Tol 1050644), ponente Colmenero Menéndez de Luarca, respecto a los siguientes hechos:

«El acusado había recibido todo el día diversas llamadas amenazadoras conminándole a abonar una deuda de su hija, enterándose de que de madrugada varias personas habían golpeado las rejas de su bar al tiempo que proferían en tono agresivo expresiones intimidatorias contra su familia. Por ello se pagó la deuda al día siguiente, si bien el acusado trasladó al bar una escopeta de caza de su propiedad. Por la noche, se acercaron al bar el sujeto que le había amenazado por teléfono, portando una herramienta de rueda de coche, la víctima, portando una navaja, y otro individuo no identificado; y desde el exterior se dirigieron al acusado y su esposa realizando gestos amenazantes, llegando a gritar que no entrara nadie, que los iban a matar. El hermano del acusado se enfrentó en el exterior a los tres sujetos, que forcejearon y lo golpearon. Ante el temor de que los asaltantes llegaran a entrar en el bar y les agredieran el acusado cogió la escopeta con ánimo de defensa. Al ver la escopeta, los asaltantes finalizaron la agresión e iniciaron la huida de inmediato, pero el acusado salló del bar y realizó un disparo que alcanzó al asaltante que portaba la navaja, que murió».

Y en otros, sin abandonarse los rasgos de una conducta defensiva en sentido amplio, no se dan los requisitos de la eximente prevista en el art. 20.4 de CPE, y se aprecia sólo una eximente incompleta o una atenuante analógica de miedo insuperable, con eficacia penológica ordinaria.

«En esta línea, la STS 81/2007, de 12 de febrero (Tol 1038354), ponente Maza Martín, se ocupa de la paliza proferida sorpresivamente por los dos acusados y una tercera persona no identificada a la víctima, que resultó muerta. Los hechos probados recogen que los dos acusados actuaron por el temor y miedo que les infundía la víctima, si bien la situación de temor produjo en uno de los acusados “una muy importante disminución de su voluntad y capacidad de discernir sobre cómo actuaba”, mientras que en el otro, “tenía un carácter leve”. Por ello se apreció respecto al primero una eximente incompleta de miedo insuperable³⁷⁷ y respecto al segundo una atenuante analógica simple».

De la verificación por la jurisprudencia del TS, puede colegirse que el tópico del miedo se emplea con distinta eficacia en variados escenarios que presentan como denominador común que el origen del miedo puede localizarse en el sujeto sobre el que recae la acción lesiva. **La mayor o menor eficacia de la emoción depende casi siempre del grado de afectación que haya apreciado el juzgador a partir de las circunstancias del hecho.** No obstante, parece advertirse mayor facilidad cuando se roza la eximente de legítima defensa, sea porque el exceso intensivo se minimiza al relativizarse

por el contexto, sea porque se alcanza prácticamente la invencibilidad del error¹³⁴¹.

b) Escenarios próximos al estado de necesidad. Estos supuestos se caracterizan porque la acción lesiva no se dirige contra el sujeto que generó el miedo, sino precisamente al objetivo designado por el agente desencadenador del miedo como forma de eludir la amenaza. Nos encontramos ante la estructura de lo que se ha denominado “estado de necesidad coactivo”. La situación de peligro tiene su origen en la amenaza condicional proferida contra el sujeto que a la postre se encuentra en la situación de necesidad (propia o ajena): si no realiza la acción necesaria, el autor de la amenaza lesionará, directa o indirectamente, los intereses del autor necesario coaccionado. En estos casos, puede faltar alguno de los requisitos del estado de necesidad, singularmente, la realidad de la situación de necesidad, la subsidiariedad o la proporcionalidad de los males causado y evitado; y entonces entra en juego la exención por miedo insuperable.

También en esta constelación se ha apreciado la eximente completa de miedo insuperable y con mayor frecuencia la incompleta o la atenuante analógica. No obstante, a diferencia del grupo anterior, no se aprecia en las particularidades de los diversos supuestos las bases de la distinta valoración, pues faltan en ocasiones idénticos presupuestos del estado de necesidad. Es precisamente en este grupo donde se evidencia con más claridad el carácter fluctuante de la jurisprudencia, y con ello el diverso tratamiento otorgado a situaciones parejas.

Las dos sentencias que exoneraron al amparo de la eximente prevista en el art. 20.6 del CPE tienen el mismo ponente, Martínez Arrieta.

«La STS 340/2005, de 8 de marzo (Tol 622959), enjuicia, entre otros hechos, el transporte de 50.065. 300 gramos de cocaína desde Colombia a Gran Canaria que efectúa el acusado en su embarcación. Está probado que “fue visitado por personas no identificadas en Cartagena de Indias (Colombia) para que llevara a cabo el transporte de la droga, insinuándole que sabían cuál era el domicilio de sus padres y de su hijo, así como otros detalles de la vida privada de estos en Barcelona, comprobando por conversación telefónica mantenida con su padre, que él también había sido visitado por algunas personas de origen sudamericano que, por la forma de hablar le pareció pertenecían a algún grupo armado o terrorista; manifestando (...) a su padre que iba a hacer aquello a lo que le habían obligado, al ser incapaz de aceptar que causarían

¹³⁴¹ Véase a MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación... Op. Cit.*, p. 486.

algún daño a su familia, como así lo hizo transportando la droga”. Mientras que la AP de Las Palmas aplicó la eximente incompleta de miedo insuperable, rebajando la pena en un grado, el TS considera que el temor le induce a realizar lo que no quiere, siendo inexigible la conducta conforme a Derecho, por lo que aprecia la eximente completa de miedo insuperable. No existe un pronunciamiento claro sobre el estado de necesidad, pero parece inferirse que no se aprecia porque “en materia de tráfico de drogas, el criterio jurisprudencial es muy restrictivo”».

«La STS180/2006, de 16 de febrero (Tol 850019), contempla la conducta de un camarero rumano que accede a colaborar en la operación de “doblar” tarjetas de crédito entregadas por los clientes, porque, ante su rechazo inicial, fue presionado por compatriotas suyos mediante la exhibición de fotografías de su familia y la indicación de que la tenían controlada. Frente a la no apreciación de la eximente de miedo insuperable ni siquiera como incompleta por parte de la AN, el TS estima que la inicial negativa a colaborar se troca en cooperación por la amenaza de actuar contra su familia, esto es, fue el miedo a las represalias contra su familia, que se encuentra lejos, en su país de origen, donde operan organizaciones criminales con fuerte capacidad de presión, lo que le determinó a intervenir en el delito, siendo inexigible la conducta conforme a la norma».

Algo más alejadas de las pautas anteriores se encuentran otros dos casos de exención incompleta apreciada por el TS. En el primero de ellos, STS 36/1999, de 25 de enero, ponente Bacigalupo, no resulta claro el concepto de miedo insuperable con que se opera, que parece ser muy próximo a un estado de semi-imputabilidad.

«La sentencia casa la resolución de instancia por entender que concurre la eximente incompleta de miedo insuperable respecto a la acusada que realiza actos de encubrimiento del homicidio de su esposo por parte de su amante. En los hechos probados sólo se menciona la gran preocupación que embargaba a la acusada y que había sido objeto de malos tratos por el difunto. En los fundamentos de la sentencia de instancia se alude a que la acusada se encontraba en un estado de temor y angustia extrema. Desde esos datos, pero sin especificarse el origen del miedo, se aprecia la eximente incompleta, pero se rebaja la pena sólo un grado por entender que “el temor y la angustia (...) no han tenido una intensidad tal que se pueda equiparar a un estado de imputabilidad disminuida”».

Finalmente, entre una suerte de obediencia debida y un estado de necesidad coactivo se hallan los hechos enjuiciados en la STS 1095/2001, de 16 de julio (Tol 66846), ponente Conde-Pumpido Tourón, que llevaron al TS a apreciar la eximente incompleta de miedo insuperable, que la AN no había estimado.

«Con ocasión de una operación a gran escala de transporte de cocaína de Colombia a Galicia, se contrata con un armador la cesión de un barco. El capitán y los cuatro miembros restantes de la tripulación creen inicialmente que la finalidad del viaje era el contrabando de tabaco, pero cuando se produce en alta mar el encuentro con el barco

que lleva el cargamento de cocaína para trasladarlo a su embarcación, tanto el capitán como el tripulante se percatan de que los fardos contenían cocaína. Aunque los tripulantes se negaron en un principio a subirlos a bordo, el capitán les exigió que lo hicieran, terminando por acceder los cuatro. En su FJ 19º se pone de relieve que “el Código Penal de 1995 parte del principio de que no puede admitirse la existencia de mandatos u órdenes antijurídicas con trascendencia delictiva que tengan fuerza para obligar a su cumplimiento, por lo que se suprime la eximente de obediencia debida”». Por eso, se estima que la vía es la de la eximente prevista en el art. 20.6 CPE, apreciable como incompleta, pues, si bien los tripulantes tenían alterada su capacidad de decisión por el temor a una represalia fruto de la exigencia del capitán, máxima autoridad del barco, realizada en alta mar y en el ámbito de una operación criminal, lo cierto es que la ausencia de amenaza por parte del capitán, que todos los tripulantes se encontraran en la misma situación y fueran mayoría y que supieran del carácter delictivo de la operación parece indicar la exigibilidad de una conducta distinta (FJ 21º).

4.2. Reflexión personal

Ya en líneas anteriores, adelantábamos nuestro razonamiento sobre lo “confuso” que puede ser considerar a la inexigibilidad como fundamento material de la exculpación; una simple muestra aparece en escena a través de la eximente del 20.6 del CPE y, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia respaldan nuestro pensar. Sin ir más allá en esta reflexión, pues a través de nuestra exposición de ideas en epígrafes precedentes y después de presenciar la disonancia que prevalece en las decisiones jurisprudenciales¹³⁴², hemos dejado patente lo apremiante que es configurar y definir el 20.5 del CPE y a su vez dotar al juzgador de criterios legales con un fundamento más sólido para pronunciarse en asuntos que versen sobre el estado de necesidad en su modalidad justificante y “exculpante”, nos dedicaremos, de forma conclusiva, a dibujar nuestra concepción sobre el 20.6 del CPE con su especial característica relativa al “miedo insuperable”.

En la averiguación de las fuentes de comprensión del comportamiento, el intérprete se encuentra, pues, en una posición difícil en el caso del Ordenamiento jurídico-penal español, donde el legislador ha sido notablemente más parco que en otras regulaciones. Aun así, ¿pueden inferirse las razones que una sociedad acepta como fundamento de una regla de exculpación del

¹³⁴² Sobre estas inconsistencias véase el relevante análisis de MARTÍN LORENZO, María. “El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de pena”. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (Coord.), Manuel Gurdíel Sierra (Coord.), Emilio Cortés Bechiarelli (Coord.). En, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia, 2004, pp. 608-620.

tenor “obrar impulsado por miedo insuperable”? En este punto, hay que tener presente que la práctica y la interpretación doctrinal revelan que este precepto se emplea como cláusula residual para acomodar supuestos no incluidos en otras eximentes, de modo que, en realidad, su contenido queda fijado por los requisitos (algunos) de otras causas¹³⁴³ y la exigencia del miedo. Ello muestra que la clave de la exención de pena a raíz de de esta especie de cláusula general de inexigibilidad estriba en el valor que el Ordenamiento parece haber conferido al miedo y la presencia parcial de los conflictos que describen otras causas de exención contextual. Si se aísla el miedo, insuperable significa presencia insuficiente de motivos para eximir por otras circunstancias, pero no absoluta inexistencia.

Lo anterior implica que la circunstancia de miedo no presenta un perfil propio en el diseño de las situaciones, sino que se alimenta de los elementos presentes en otras eximentes, y, aunque no es un genuino exceso en la legítima defensa, un auténtico estado de necesidad exculpante o incluso un cumplimiento de un deber antijurídico amparado por la obediencia debida, sirve para todo ello. Por el contrario, si de hecho no exculpa, por ejemplo, en supuestos de clara desproporción de males, no es porque no encaje literalmente en esa circunstancia, sino porque esa actuación egoísta repugna la percepción social y supera los niveles de lo tolerable, alejándose de los elementos fundadores del resto de eximentes atentas a los condicionantes de la acción. La ausencia de límites legales explícitos determina que se nutra con los de las demás circunstancias para dibujar el contexto y la acción exculpante. Por eso, sin una redacción más precisa esta eximente nunca podrá encontrar su lugar privativo y **continuará siendo una cláusula indeterminada**, cuyo posible ámbito de aplicación se restringe de la mano de lo exigido en otros casos y su eficacia exoneradora seguirá envuelta en una idea evanescente de inexigibilidad. Todo ello con el inconveniente de ni

¹³⁴³ Muchos de los requisitos “inventados” –pensamos que esto es derivado, como se apuntó previamente, de la falta de regulación a cerca de la “situación de necesidad” en el 20.5 del CPE- por la jurisprudencia y la doctrina para el miedo insuperable son reflejo de los requisitos del estado de necesidad (mal real, subsidiariedad, comparación de males, obligaciones de tolerar) o de la legítima defensa (inminencia real, falta de provocación), lo que, contribuye a cuestionar la existencia de esta eximente.

quiera ser una auténtica cláusula de exención por inexigibilidad, sino una remisión a un estado psicológico, que difícilmente puede encarnar aquel papel.

A la pregunta de si puede justificarse una eficacia tal de esa emoción, hay que responder que esa discriminación positiva es difícil de sostener al margen de su efecto de menoscabo psíquico apreciable en sede de imputabilidad: lo privativo no puede estar en la emoción, sino en el origen del miedo. Las auténticas razones de que se renuncie a sancionar son las que incorporan esas otras circunstancias que acaban configurándose a la sombra de la amplitud legal del miedo.

A la vista de lo anterior, y de *lege ferenda* sería deseable que las restricciones introducidas por las interpretaciones más convincentes de esta circunstancia se reflejaran en el precepto o preceptos legales correspondientes. Con ello, por una parte, se evitaría la inseguridad jurídica que produce la indeterminación de los contornos de la exención hoy efectuada por miedo insuperable –claramente constatado en las decisiones jurisprudenciales–, junto a los riesgos inherentes a ella de abrir la exención a conductas egoístas y cobardes en absoluto comprendidas social y jurídicamente y, lo que es peor, de rehusar eximir en casos que sí lo merecen al intentar reducirse los mencionados riesgos mediante una interpretación restrictiva de la circunstancia. Además, como reiteradamente hemos venido haciendo énfasis, esa plasmación legislativa puede poner en evidencia la necesidad de construir un catálogo de eximentes que dé racional cabida y ordene con sentido las situaciones de necesidad excluyentes de la responsabilidad criminal, que, creemos, es lo que verdaderamente dificulta la integración armónica de los supuestos que no sólo intuitivamente se considera oportuno privilegiar, sino que han de serlo conforme a una interpretación sistemática respetuosa con los ámbitos de libertad individuales.

En definitiva, la circunstancia de miedo insuperable se mueve entre una regulación amplia carente de base y cercenadura de toda interpretación razonable de su fundamento y unas construcciones teóricas consistentes en mayor o menor grado pero contrarias al tenor literal. Esa particular situación determina que no quede otra salida que desechar una previsión legal

defectuosa, arcaica incluso, y proponer una configuración normativa de la eficacia del miedo más acorde con las fuentes reales de comprensión de las conductas amparadas nominalmente bajo el miedo insuperable. Aunque esa labor supera la pretensión de esta parte del trabajo, examinar las eximentes legales como posibles causas de exculpación, sí pueden apuntarse algunos elementos para el diseño de una o varias excusas vinculadas al miedo y, sobre todo, las razones materiales para emplear el miedo para excusar.

El punto de partida versa en cuestionarnos por qué el miedo puede conducir a la exención a pesar de que faltan elementos importantes de otras eximentes como la necesidad del medio empleado, la equivalencia entre los males, la subsidiariedad, etcétera. Así, *ab initio* podemos decir que la explicación del efecto eximente del miedo no puede residir en su eficacia psíquica cuantitativa, porque se rechaza en general que esta emoción tenga siempre una mayor poder determinante que otros estados afectivos¹³⁴⁴. La diferencia ha de residir en aspectos cualitativos alejados en cierta medida de la intensidad del efecto sobre las capacidades psíquicas del agente. En estas líneas se sitúan algunas de las teorías ofrecidas en Alemania para esclarecer el fundamento y naturaleza de la exención prevista en el § 33 del StGB bajo el título de exceso en la legítima defensa. También aquí se vincula el privilegio exonerador en casos en que se superan los límites de la defensa necesaria a la presencia del miedo, temor o turbación, es decir, de emociones asténicas. Ante el fracaso de las interpretaciones de cariz psicológico, que no pueden dar cuenta de la reducción de la eximente a los supuestos de exceso en la legítima defensa ni, sobre todo, a los estados asténicos, se proponen explicaciones atentas a otras diferencias entre las emociones asténicas y esténicas. Especialmente interesante es el razonamiento de ROXIN, quien insiste en que “los estados pasionales agresivos son generalmente mucho más peligrosos y

¹³⁴⁴ VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción... Op. Cit.*, p. 66. Varona Gómez matiza que la elección del legislador por el miedo –y no de las demás emociones, v.g., los celos, la envidia, la ira- no por su incidencia en la psique de la persona, sino porque este sentimiento es el reflejo de unos valores que, una sociedad liberal que se tome en serio la diferencia entre individuo y estado, no puede desconocer. Como bien dice Nagel: ... aunque las pautas de la moral deben emerger desde una perspectiva impersonal, esta perspectiva debe tener en cuenta el tipo de seres complejos para los cuales ha sido diseñada. Lo impersonal es sólo un aspecto de su naturaleza, no su única característica...

por ello hay que reprimirlos en interés de la conservación de los bienes jurídicos, incluso al precio de la pena, mientras que la turbación, el miedo y el pánico como motivos desencadenantes del hecho no producen efecto provocador o siquiera de imitación y pueden por ello ser tratados con mayor benignidad¹³⁴⁵. Además, siempre desde su interpretación político-criminal de la *ratio* del precepto conforme a la necesidad preventiva de pena, considera que los excesos en la legítima defensa cometidos por miedo no desencadenan una conmoción de la paz social y la renuncia a la pena es socialmente comprensible¹³⁴⁶. En concreto, las razones del privilegio se resumen para el penalista alemán en la falta de necesidad preventiva de pena: el sujeto que actúa con miedo no es peligroso, sino que está integrado socialmente, por lo que carece de sentido imponerle una sanción; asimismo, como las emociones asténicas no se consideran peligrosas ni modelos a imitar no hay necesidades de prevención general negativa, y tampoco positiva por cuanto se estima que la actuación por miedo no perturba la paz social¹³⁴⁷.

Por todo lo anterior se refuta la regulación actual del miedo insuperable como causa de exculpación y se apunta la eficacia del miedo como contexto que genera comprensión bajo las directrices esgrimidas y en relativa concordancia con lo que sucede en Alemania con el § 33 del StGB.

Quedan así apuntadas las razones que aconsejan, de un lado, emplear el miedo como fuente de exculpación¹³⁴⁸ y, de otro, superar su actual traducción legal en la eximente del art. 20.6 del CPE. No obstante, permanece como tarea pendiente la concreta articulación del contexto generador de miedo. En este punto y en concordancia con MARTÍN LORENZO¹³⁴⁹ creemos que su juego no debe limitarse a una sola eximente -como sucede en Alemania con el exceso en la legítima defensa-, sino que tendrá relevancia también para supuestos que no sean estrictamente defensivos, sino meramente reactivos, y en especial

¹³⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 927-928.

¹³⁴⁶ *Ibidem.*, *supra.*, p. 932.

¹³⁴⁷ *Ibidem.*, *supra.*, p. 935

¹³⁴⁸ A esta conclusión -aunque más apegada a la idea de inexigibilidad como fundamento material de la exculpación- llega también ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "El miedo. Su incidencia... *Op. Cit.*, p. 36.

¹³⁴⁹ MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal... Op. Cit.* p. 515.

para solucionar problemas de error¹³⁵⁰. Así, cabe mencionar algunos ámbitos en los que puede incidir una nueva consideración del miedo. Por ejemplo, se presenta como una base clara para arbitrar una solución exoneradora para los excesos en la legítima defensa. En lo relativo al estado de necesidad, la atención al miedo mejor focalizada ha de contribuir a dibujar con más nitidez a su vez el espacio del estado de necesidad, tanto justificante como exculpante. De esta manera puede resultar patente la necesidad de reconducir algunos de los supuestos característicos del miedo al campo del estado de necesidad¹³⁵¹. Específicamente a las situaciones calificables como estado de necesidad coactivo, donde la amenaza que se cierne sobre el sujeto es un peligro apto para integral una genuina situación de necesidad; y donde, por tanto, no es preciso recurrir a una ulterior exención vinculada al miedo, salvo que no se den los requisitos del estado de necesidad. Por último, y más allá de su cristalización en una disposición legal, el miedo está llamado a desempeñar un papel ponderador de la responsabilidad en cuestiones valorativas como, por ejemplo, la invencibilidad del error, la necesidad racional del medio empleado, la subsidiariedad de la actuación o la proporcionalidad del mal causado.

V. Especial referencia a la exculpación en el escenario de la Medicina

Estando de por medio el examen de las “deducidas causas de exculpación” que hacen tanto la doctrina como la jurisprudencia en el marco del Ordenamiento Jurídico español y remitiéndonos a las conclusiones que llegamos en esa sede, es menester, por el tema central de nuestra investigación, que hagamos referencia a aquellos aislados supuestos en donde el juzgador concluye en **exculpar** al galeno por el “supuesto” obrar negligente en el ejercicio de su profesión.

¹³⁵⁰ Por lo que hace a la operatividad de esta figura –el error- en las causas de exclusión de la culpabilidad véase, por todos, el interesante y a pesar de no exhaustivo, sistemáticamente claro estudio de ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *“Error sobre los presupuestos reales... Op. Cit.*, pp. 59-82. La Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, parte de la concepción de que el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de exclusión de la culpabilidad es un problema de exigibilidad (p. 64) y de que la consideración eminentemente subjetiva de las causas de exclusión de la culpabilidad hace inútil la distinción entre error vencible y error invencible (p. 65.).

¹³⁵¹ Al respecto, véase el estudio de Manuel Quintanar Díez donde hace un análisis de la relación del miedo insuperable con otras eximentes. QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *La eximente... Op. Cit.*, pp. 121-142.

El desarrollo del presente epígrafe contribuirá a fundamentar muchos de los argumentos sostenidos en los apartados precedentes, sobre todo los relacionados a la inestabilidad jurídica que en su esencia poseen el estado de necesidad exculpante -que se desprende del 20.5 del CPE en caso de colisión de intereses de la misma jerarquía- y el miedo insuperable -contemplado en el 20.6 del CPE- como eximentes de las responsabilidad criminal. Prueba de ello es que, en la materia que ahora estudiamos, son esporádicos –por no decir casi nulos- los casos en que el Juez decide “exculpar” al profesional sanitario respaldado por estos dos preceptos apuntados, optando frecuentemente a las figuras del estado de necesidad justificante del 20.5 o a la del ejercicio legítimo de un oficio –profesión médica- del 20.7¹³⁵². Es decir, la práctica jurídica pone de manifiesto que cuando el profesional sanitario se ve involucrado en un asunto de responsabilidad por *mala praxis*, son dos las vías preferidas por parte del juzgador: 1. Se condena por su actuación negligente o imprudente¹³⁵³,

¹³⁵² Sin hacer caso omiso de lo que acertadamente apunta Miguel Domingo Olmedo Cardenete «Aunque la doctrina suele hacer referencia a estos supuestos aludiendo sólo al ejercicio de la profesión médica, en realidad su aplicación afecta también a otros profesionales de la sanidad como los asistentes técnicos sanitarios u otro personal auxiliar que eventualmente puede desarrollar conductas peligrosas o lesivas para bienes jurídicos tutelados penalmente». OLMEDO CARDENETE, Miguel. “Artículo 20.7”... *Op. Cit.*, p. 589. En la delimitación de la responsabilidad penal de estas personas, se deben tener en cuenta tres aspectos: a) La vigencia del principio de responsabilidad pena individual de los intervinientes en la operación; b) La fijación de los deberes de diligencia de los miembros del equipo quirúrgico y c) La normativa aplicable al mencionado personal donde se determinen sus funciones y competencias. *Cfr.* JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible...* *Op. Cit.*, pp. 147-148.

¹³⁵³ En este contexto, se pueden incluir, entre otros, aquellos delitos de los que hemos venido abordando en el desarrollo del presente trabajo. Tales como lesiones (147-156 CPE) por imprudencia coacciones (172 CPE), detección ilegal de personas (163 CPE. En los casos de supuesta “prevención” por peligro para la salud pública), homicidio (138-143 CPE. No perdiendo de vista y sobre todo, en el escenario de la eutanasia), estafa (248. 1 CPE), los relativos a la manipulación genética (159-162 CPE), aborto (93 CPE), omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria (195-196 CPE respectivamente), así como otros de contemporáneo auge como la sustitución imprudente de niños en el ambiente sanitario (art. 220.5 del CPE), con relación a ésta última acción delictiva, véase a JIMÉNEZ DÍAZ, María José. “Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 316-317. En todos los supuestos esgrimidos previamente, tenemos que son protagonistas, las lesiones por la mala práctica del profesional sanitario y desempeñando un papel relevante en cada uno de ellos el ya conocido binomio denominado consentimiento informado.

o bien 2. Se justifica su conducta porque esta se circunscribe a las premisas del 20.5 del CPE (especialmente porque el mal causado no fue mayor que el que se intentaba evitar) o bien, su actuación profesional escapa al brazo de la justicia penal por estar legitimada. (20.7 del CPE -normalmente porque se actuó bajo la observancia de las reglas de la *lex artis* y con la presencia del binomio, por excelencia, legitimador en la “realidad” médica, del consentimiento informado-). Así, al hilo de las anteriores ideas, y siendo proclives en pesar que los problemas de responsabilidad medica deben contar con un “filtro” antes de llegar a los Tribunales, creemos que no es temerario que nos cuestionemos la razón de ser de la “exculpación” dentro del ambiente médico; ya que, cuando se recurre a ella (en los casos en donde el sanitario se vea envuelto en un conflicto de responsabilidad profesional consecuencia del ejercicio de su profesión y, del análisis de los hechos que hace el juzgador, se desprenda que el galeno no es merecedor de pena) son más problemas los que se han generado que los que aparentemente se resolvieron. Es decir, por un lado, la enorme etiqueta de “mal profesional de la Medicina¹³⁵⁴” que la sociedad en general y el propio gremio médico en particular la han impuesto al galeno que ha sido llamado al banquillo de un Tribunal por su *mala praxis* en el ejercicio de su profesión, difícilmente se le puede quitar -al menos no es así durante un amplio período de tiempo- con una sentencia exculpatoria, y, por el lado del paciente -teniendo en cuenta que la exculpación realiza su aparición en aquellos intrincados entre el médico y éste una vez superada la primera instancia- se traduce en una pérdida de tiempo por esperar un largo y tedioso proceso¹³⁵⁵ en donde al final se ven frustrados sus objetivos. Es decir, para las problemáticas apuntadas –donde se resume, que en la práctica sanitaria la exculpación protagoniza aquellos eventos “insignificantes para el Derecho”, sería preferible que *ab initio* el juzgador, de haber comprobado la ausencia de responsabilidad por el profesional médico, emita su fallo basado en el 20.5 del CPE –estado de necesidad justificante- o en el 20.7 –la realidad en la práctica

¹³⁵⁴ Esto podría ser sólo un eufemismo, pues la realidad demuestra que suelen ser más altisonantes los adjetivos que se le plasman al profesional sanitario que “supuestamente” obro con imprudencia, negligencia o impericia.

¹³⁵⁵ Sin mencionar el “viacrucis” que significa para el facultativo aguardar desde el momento del “incidente” hasta el fallo final que califique su actuación.

médica cotidiana apunta mayúsculamente a este precepto- por ser figuras más definidas y que de igual forma cumplirían el cometido de eximir de responsabilidad sin ulteriores complicaciones¹³⁵⁶, o en su defecto, -a nuestro parecer lo más adecuado y trascendente- que en beneficio de un indeseado expansionismo del Derecho Penal, de no disponer de la medida más fuerte de que dispone el Estado para juzgar los asuntos médicos y por ende judicializar su práctica, los conflictos en esta área sean analizados -previo al conocimiento de la causa por los Tribunales de justicia e independientemente de quien tenga la razón- por una instancia especializada en la materia. Aunado a los anteriores inconvenientes que representa la exculpación en la actividad médica y como amparo de nuestra idea respecto a la carencia de fundamento material que prevalece en el tema exculpatorio; el hecho de que el Juez recurra a la figura de la exculpación dentro del ambiente sanitario, pudiera convertirse en un exceso a su discrecionalidad. Una muestra patente que pudiera dibujar en su conjunto las precedentes reflexiones es la Sentencia 1328/2009, de 30 de diciembre emitida por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo y siendo Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Se trata de una sentencia absolutoria a favor del médico y ex coordinador del centro de salud de Artà, que fue condenado por acceder al historial de un compañero – es decir, por el artículo 197.2 del CPE y aunque sólo pretendía conocer el nombre del médico de cabecera que atendía al compañero: cuestión carente de relevancia-. Por haber logrado esta información la Audiencia de Palma declaró al médico de Artà culpable de un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal y le impuso la pena de tres años y tres meses de prisión, multa e inhabilitación absoluta para ejercer la medicina durante nueve años. El Tribunal “**entendió**” que la conducta del acusado no merecía una pena tan elevada, pero se trataba de la condena mínima que fijaba la Ley – facultad discrecional- Por ello, se solicitó al Gobierno un indulto al acusado de las tres cuartas partes de la condena. Si el indulto no se hubiera aceptado y la

¹³⁵⁶ Dichas complicaciones se desprenden, por parte del médico, debido a la preferencia por la medicina defensiva para evitar verse inmiscuido en problemas de responsabilidad médica por *mala praxis*, y por parte del paciente, que se vería motivado a denunciar, aunque de manera consciente supiera de la intrascendencia personal y jurídica de su caso; incitando a la justicia por el simple hecho de ofuscar la imagen del facultativo.

sentencia se hubiese confirmado, el facultativo habría ingresado en prisión y hubiera perdido su carrera por el simple hecho de utilizar el ordenador para acceder al historial médico de otro facultativo del mismo centro quien, según los testigos, sufría problemas psicológicos¹³⁵⁷.

El abogado defensor del médico, acudió al Supremo para que la sentencia quedara sin efecto. Entre los muchos argumentos que planteó el letrado uno de ellos mantenía que su cliente no había hecho uso de los datos de su compañero, que había obtenido al tener acceso al programa informático del centro médico. También mantenía el letrado que su cliente estaba convencido de que podía acceder a esta información –posible error de prohibición-, al ser el coordinador del centro, y que existían otros medios para obtener estos datos sin la necesidad de utilizar el programa informático. Para resolver este debate jurídico el Magistrado del Supremo realiza un amplio análisis del derecho de una persona a que no se conozcan sus datos personales guardados en sistemas informáticos o en otro tipo de archivo. Y así analiza lo que se conoce como libertad informática que, según señala el Supremo, supone el derecho a controlar el uso de la información personal y familiar, y a la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines no previstos.

Sin poner en duda que un paciente tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos de su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización, el Supremo, sin embargo, entiende que el médico condenado no cometió ningún delito. Y lo fundamenta en que la administración sanitaria no considera un dato privado, y por tanto que merezca ser

¹³⁵⁷ En un interesante estudio directamente relacionado con la problemática expuesta – la protección de la información sanitaria, las obligaciones del personal sanitario en relación con el secreto profesional, el bien jurídico protegido en este tipo de acciones delictivas, etcétera, véase a FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “El delito de revelación y divulgación de secretos en el ámbito sanitario”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 289-321. En este estudio, de manera conclusiva la Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, y previo análisis de la casuística jurisprudencial, la posible solución a este tipo de conductas que vulneran la intimidad del paciente «encontraría solución de la mano de una revisión y reformulación del bien jurídico “intimidad”», p. 319 *in fine*.

especialmente protegido, tener acceso al nombre del médico de cabecera de un paciente. Es un dato que el Tribunal califica de “inocuo dentro del historial clínico del paciente”. El Juez entiende que no se puede comparar el tener acceso a una información médica, como pueden ser los detalles de la enfermedad del paciente, con el obtener datos que sólo tienen interés administrativo. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la conducta del coordinador médico del centro de salud de Artà podría haber merecido una sanción administrativa, pero en ningún caso una condena penal¹³⁵⁸.

1. La objeción de conciencia: ¿Límite a la responsabilidad penal del médico o una verdadera causa de exculpación?

Sentado lo precedente, parecería superfluo intentar hablar de la exculpación en la actividad sanitaria, empero, dentro del amplio y complejo campo de acción que nos dibuja la Ciencia Médica y, confirmándose el razonamiento que apunta a la particularidad con que debe ser tratado el ser humano el mundo de la Medicina, existe un caso en particular –capaz de poder escapar a las anteriores críticas- que se ha planteado fundamentalmente en la doctrina como posible causa de exclusión de la culpabilidad y que al mismo tiempo abre un amplio abanico de supuestos que pueden encontrar cabida en sus postulados. Nos referimos pues, a la denominada objeción de conciencia y de su análisis nos ocuparemos *infra*.

Es pacífica la definición de la objeción de conciencia como aquella actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal amparándose en la existencia de su fuero interno de convicciones que le impiden hacerlo sin violentar de forma grave las mismas¹³⁵⁹. La objeción de conciencia, cuyo fundamento habría de encontrarse en el artículo 16 de la

¹³⁵⁸ Por su interesante fundamentación véanse los razonamiento jurídicos sexto, noveno, decimo y undécimo de la referida sentencia.

¹³⁵⁹ Véase, por ejemplo, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *La objeción de conciencia en materia de aborto*. Departamento de Sanidad, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1991, pp. 29 y ss., Dicho autor sistematiza las posibles clasificaciones de la objeción de conciencia. Con más amplitud, ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Madrid, 1993, pp. 39 y ss., Véase también SIEIRA MUCIENTES, Sara. *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000, pp. 23 y ss.

Constitución española¹³⁶⁰, viene así a ser expresión de un conflicto entre una norma concreta -imperativa o prohibitiva- y las creencias éticas, morales o religiosas del individuo que le reclaman e incluso imponen desde un punto de vista subjetivo un comportamiento distinto al que aquélla prohíbe o prescribe¹³⁶¹. En otras palabras, no estamos ante la simple creencia de actuar correctamente al desobedecer la norma jurídica, sino ante la necesidad de actuar en contra de ella por un imperativo ético, soportando incluso la posibilidad de sufrir las consecuencias de la sanción penal¹³⁶².

Los dictados de conciencia (deber moral), por un lado, y el contenido del Derecho Positivo (deber jurídico), por otro, se erigen así en los extremos de un conflicto en el que cualquier opción del individuo comporta la lesión de uno de dichos extremos.

De esta lacónica definición se desprenden ya dos rasgos fundamentales de la objeción de conciencia que operan a modo de filtro de su relevancia

¹³⁶⁰ El núcleo central del debate cuando hablamos de libertad de conciencia es que, si bien es importante que antes de cualquier pronunciamiento al respecto de este tema, no podemos perder de vista que, esa libertad de conciencia tiene límites y que estos encuentran su parálisis en el no quebrantamiento del orden público. Es decir la libertad de creencias encuentra su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar; por otro lado, también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes Véase ampliamente a HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBAÑEZ, José Luis. *Constitución española... Op. Cit.*, pp. 82-83. También resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 de 20 de mayo. En definitiva, la relevancia penal de los motivos de conciencia habrá de excluirse en relación con los bienes jurídicos básicos que sirven de soporte a la ordenación social, en cuanto que su lesión bajo ningún concepto podría ampararse en las creencias subjetivas del autor.

¹³⁶¹ No obstante la disposición constitucional –art. 16.1- de la que “se desprende” la objeción de conciencia, podemos decir que es sólo en el artículo 30 de la Ley Suprema (modalidad de objeción de conciencia al servicio militar) donde expresamente viene regulada. Así, la naturaleza jurídico-constitucional de la objeción de conciencia no se percibe con claridad en los medios jurídicos, generando gran incertidumbre, siendo este reconocimiento al derecho de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios imprescindible para un ejercicio profesional y responsable. Cfr. TÓMAS JIMÉNEZ, Natalia. “La religión y la aplicación de técnicas alternativas”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009, p. 478.

¹³⁶² BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “Los conflictos de conciencia en el Derecho Penal. Especial referencia al ejercicio de actuaciones sanitarias”. En, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu, Lorenzo Morillas Cueva, Manuel Quintanar Díez et. al. (Coordinadores). Madrid, 2005, p. 121.

jurídica. El primero de ellos, que puede considerarse requisito de forma, subraya que uno de los presupuestos para que sea atendible el conflicto del objetor con el Derecho es que el mismo tenga un carácter puntual, esto es, que recaiga sobre una norma concreta de cuyo contenido discrepa, sin que quepa, por tanto, alegar “en bloque” una objeción al Derecho vigente¹³⁶³. El segundo se orienta a acotar los márgenes dentro de los que pueda comenzar a discutirse las razones del objetor. Conforme a este segundo límite, el conflicto por razones de conciencia sólo resulta admisible en relación con los ámbitos que se prestan de forma razonable a enfocarse desde diferentes ópticas valorativas. Es lo que sucede cuando la discrepancia con la normativa concreta se debe a la creencia de la prevalencia de un derecho superior, incluso de rasgo constitucional¹³⁶⁴.

Así contextualizado el ámbito conflictual de la objeción de conciencia, no es de extrañar que el ámbito médico sea uno de los espacios más proclives a su planteamiento¹³⁶⁵. Como ya apuntábamos, basta pensar al respecto que la incidencia de la actividad médica en los límites controvertidos de la protección de la vida (su comienzo y su fin) la convierte por definición en un terreno propicio a la alegación de razones de conciencia. Es más, al margen de la conflictividad inmanente a ámbitos como el aborto, la ayuda al suicidio, la eutanasia o la práctica de esterilizaciones a incapaces que adolezcan de una grave deficiencia psíquica, e incluso la práctica de intervenciones como las de cirugía transexual, lo cierto es que el desarrollo normal de la *praxis* médica está colmado de momentos en los que la obligación de actuar del médico se ve salpicada inevitablemente por sus principios, creencias y convicciones personales. Buen ejemplo de ello es la actitud que adopte ante situaciones de riesgo para el paciente cuando él mismo las acepta o incluso las reclama, siendo paradigmática en este sentido la problemática que presenta la negativa del Testigo de Jehová a recibir una transfusión sanguínea. Todo ello sin olvidar

¹³⁶³ Dicha oposición “en bloque” sería más propia de otras figuras limítrofes, como la resistencia o la desobediencia civil. Sobre las diferencias entre ésta y la objeción de conciencia véase por todos SIEIRA MUCIENTES, Sara. *La objeción de conciencia... Op. Cit.*, pp. 26 y ss.

¹³⁶⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Valencia, 1989, p. 70.

¹³⁶⁵ En este tenor, BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *“Los conflictos de conciencia... Op. Cit.*, p. 128.

otros ámbitos conflictivos ya apuntados, como las actividades experimentales, las técnicas de reproducción asistida o las relativas a prácticas de manipulación genética.

No obstante, pese a la elevada incidencia de la actividad médica en decisiones cargadas de implicaciones valorativas, en relación con ninguno de esos aspectos existe una normativa que contemple la objeción de conciencia del médico. Bien es cierto que han existido proposiciones de Ley presentadas por distintos grupos parlamentarios en las que se contenía una propuesta de regulación de las condiciones para plantear la objeción de conciencia¹³⁶⁶; y que, ya en el ámbito doctrinal, el Grupo de Estudios de Política Criminal elaboró un borrador en el que perfilaba cuáles debían ser los límites de la alegación de las razones de conciencia¹³⁶⁷. Sin embargo, dado que ninguno de

¹³⁶⁶ Así, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Comunista el 26 de junio de 1981: «El médico y demás personal facultativo podrá, a título individual, formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo... salvo los supuestos establecidos en el art. 5, la formulación de la reserva revela de la obligación de asistencia profesional en los procedimientos y actividades dirigidas, específica y necesariamente, a determinar la interrupción del embarazo, pero no de la asistencia anterior y siguiente a la interrupción»; la Proposición de Ley del Grupo Popular presentada el 3 de mayo de 1985: «El derecho a la objeción de conciencia previsto en la Constitución española se reconoce expresamente a los médicos y demás personal colaborador en toda su extensión, para que pueda ser alegado por los mismos y, en consecuencia, inhibirse de cualquier tipo de colaboración en los supuestos que la legislación española establece como despenalizados»; la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en 1998 disponía: «El personal sanitario, médicos, ATS y demás personal facultativo podrá formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo comprendida en los artículos anteriores ante la autoridad sanitaria competente... La formulación de la reserva conlleva para el personal que la ejerce la prohibición de practicar o intervenir en esta clase de intervenciones en cualquier tipo de centros ya sean públicos o privados...». Por último, el Proyecto de Ley de Interrupción del Embarazo, de 7 de julio de 1995, disponía en su art. 4: «En el caso de que la práctica de la interrupción del embarazo fuera urgente por existir riesgo vital para la gestante, todo médico especialista en Obstetricia y Ginecología integrado en un centro sanitario de carácter público o privado, así como todo el personal de enfermería o auxiliar, estarán obligados a prestar a la embarazada la asistencia que sea necesaria para salvar su vida, sin que puedan aducir razones de conciencia para eximirse de la responsabilidad en que pudieran incurrir por la denegación de auxilio. Dichas razones tampoco podrán ser invocadas por el personal médico y sanitario para justificar la denegación de asistencia a una mujer cuya vida y salud se encuentran en grave peligro a consecuencia de una intervención de interrupción de su embarazo».

¹³⁶⁷ Art. 1: «El personal sanitario podrá formular objeción de conciencia a la realización de intervenciones de interrupción del embarazo. La reserva a participar en las mismas queda limitada a los actos que supongan la realización del aborto o la participación en el mismo, sin que pueda extenderse en ningún caso a la asistencia sanitaria general anterior y posterior a la

estos textos se ha convertido en Derecho Positivo, este ámbito sigue plagado de dificultades interpretativas. Es más, como enseguida tendremos ocasión de ver, las dudas se esparcen al punto de arranque mismo de su ejercicio, esto es, a la cuestión previa y mínima en torno al engarce de este derecho en el Texto Constitucional.

Por ello, a efectos metodológicos, previo a entrar de lleno en el tratamiento de la objeción de conciencia en la actividad médica, resulta necesario tratar, si quiera sea de forma somera, la naturaleza jurídica que se atribuya a la misma, para acotar a continuación de forma más precisa su problemática, diferenciándola así de otros ámbitos en los que, o su dificultad es sólo aparente, o el reconocimiento de su relevancia penal tiene que discurrir necesariamente por vías alternativas. Una vez aclarados estos extremos, un último apartado se ocupa del específico tratamiento de la alegación de las

intervención»; art. 2: «La Administración sanitaria arbitrará los mecanismos oportunos para que conste debidamente actualizada la condición de objetor del personal sanitario que se declare como tal»; art. 3: «La declaración como objetor se extiende a la práctica o intervención en interrupciones del embarazo en cualquier clase de centro sanitario, así como a los procedimientos específicos de asesoramiento e información legalmente previstos. Excepto en el supuesto previsto en el artículo siguiente la práctica o intervención en interrupciones del embarazo en centros privados por parte de quien esté reconocido como objetor en centros sanitarios públicos llevará consigo la pérdida de la condición de objetor y será constitutivo de falta muy grave»; art. 4: «La objeción de conciencia no puede ser invocada por el personal sanitario cuando por razones de urgencia la práctica del aborto sea indispensable para salvaguardar la vida o la salud de la mujer. En este supuesto, la negativa a la prestación dará lugar a la exigencia de las responsabilidades jurídicas correspondientes»; art. 5: «Las autoridades sanitarias garantizarán que en toda la red pública preste servicio personal no objetor para asegurar la práctica de las interrupciones de embarazo permitidas por la Ley»; En relación con los supuestos de disponibilidad de la propia vida, el Grupo de Estudios de Política Criminal propuso la reforma de la Ley General de Sanidad para dar cabida a un artículo 10 *bis* del siguiente tenor: «Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en relación con los supuestos de disponibilidad de la propia vida a los que se refiere el párrafo octavo del artículo anterior y el artículo 408.2 del Código Penal. En todo caso, el médico objetor que tenga bajo su responsabilidad a un enfermo que, por sí o a través de sus representantes legales, familiares o allegados en las condiciones previstas en las disposiciones anteriormente citadas, solicite ayuda a morir, deberá ponerlo en conocimiento del centro, a fin de que éste facilite la asignación de otro facultativo. La Administración sanitaria competente garantizará que en la red pública preste servicio personal no objetor para asegurar la efectiva realización de los derechos relativos a la disponibilidad de la propia vida. El médico objetor no podrá negarse a que otro facultativo dispuesto a asistirle en su petición se haga cargo del paciente. El comportamiento que impida el ejercicio de los referidos derechos por parte del enfermo dará lugar a las consiguientes responsabilidades jurídicas». Véase “Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida”. Grupo de Estudios de Política Criminal. En, *ADPCP*. Tomo 48, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, pp. 1072-1076.

razones de conciencia en el ámbito penal y, ya de forma concreta, de la problemática propia de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, prestando atención especial a las dificultades que plantea en relación con el aborto¹³⁶⁸.

2. Naturaleza jurídica de la réplica por razones conciencia. Un repaso a la doctrina del Tribunal Constitucional

Como en parte ya anunciábamos, si algo caracteriza a la problemática propia de la objeción de conciencia es la falta de sólidos anclajes legales que configuren sus contornos. De hecho, la Constitución española ni siquiera consagra con alcance general la libertad de conciencia. Ello contrasta con los Textos constitucionales de otros países del entorno cultural español, como la Norma Fundamental Alemana, cuyo art. 4.1 reconoce de forma expresa la inviolabilidad de la libertad de conciencia. Frente a ello, la Constitución española sólo reconoce este derecho de forma puntual en relación con el servicio militar obligatorio (art. 30.2) así como respecto a los profesionales de la información (art. 20.1 d). Conforme a éste último, se reconoce y protege el derecho a:

«Comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia en el ejercicio de estas libertades».

Pero es en el art. 30.2 donde el Texto Constitucional se refiere nominalmente a la objeción de conciencia. Conforme al mismo:

«La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria».

Si bien es verdad que, al menos con esta referencia el Texto Constitucional no ignora explícitamente su problemática, lo cierto es que su presencia no deja de multiplicar los interrogantes y expandirlos, al menos, en

¹³⁶⁸ El personal sanitario que puede ejercer el derecho a la objeción de conciencia al aborto estaría formado por los médicos, enfermeros o matronas que intervienen directamente, de una forma u otra, y de manera decisiva en la realización del aborto, quedando excluidos el celador que empuja la camilla del paciente, el encargado de administración, mantenimiento, y otros servicios auxiliares como limpieza, cocina, etc. *Vid.* CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores. *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y Jurisprudencia*. Pamplona, 2005, pp. 124 y ss.

una doble dirección¹³⁶⁹. En primer lugar, porque la referencia exclusiva de los problemas de conciencia apegada al ámbito de las prestaciones militares no deja de plantear la duda en torno a si su reconocimiento puede hacerse extensible a otros ámbitos -el sanitario en lo que ahora interesa- que el legislador no menciona. En segundo lugar, porque aun cuando se contestase afirmativamente a esta primera pregunta, todavía quedaría por resolver la cuestión relativa a si el reconocimiento de la posibilidad de alegar razones de conciencia puede concebirse como un Derecho Fundamental que pudiera alegarse con independencia de que aún no se hubiese dictado la correspondiente Ley de desarrollo.

Ante estos interrogantes, no sólo en la doctrina, sino también en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden encontrarse tendencias de signo distinto. Estas discrepan no ya tanto a la hora de reconocer la posibilidad de alegar razones de conciencia en ámbitos distintos al de la prestación militar. Básicamente las diferencias se manifiestan a la hora de concebir la naturaleza de esa alegación, esto es, cuando se trata de responder a la pregunta en torno a si la misma puede calificarse como un Derecho Fundamental con todas las consecuencias que ello comporta. No hay mejor prueba al respecto que un recorrido por los diversos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de articularse sobre esta cuestión. Así, siguiendo el estudio que de esa jurisprudencia realiza SIEIRA MUCIENTES pueden identificarse al menos tres grupos de sentencias que marcan una escala de progresividad desde las que admiten el reconocimiento de un Derecho Fundamental a objetar, que formaría parte del derecho de libertad ideológica y religiosa, hasta las que niegan el mismo¹³⁷⁰.

Al primer grupo de sentencias, esto es, las optimistas al reconocimiento de tal Derecho Fundamental, pertenecen los primitivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Paradigmática en este sentido es la STC 53/85, de 11 de abril, dictada precisamente a propósito de un recurso de inconstitucionalidad

¹³⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 594.

¹³⁷⁰ SIEIRA MUCIENTES, Sara. *La objeción de conciencia... Op. Cit.*, pp. 39 y ss.

del Proyecto de Ley de despenalización del aborto¹³⁷¹. En ella el Tribunal Constitucional declaró que el derecho a la objeción de conciencia “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del Derecho Fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 de la Constitución, y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de Derechos Fundamentales”.

Al segundo grupo de Sentencias, esto es, las que SIEIRA MUCIENTES califica como “intermedias”, pertenecerían dos pronunciamientos de los años 82 y 85. Así, la STC 15/1982, de 23 de abril, tras afirmar que «la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la Ordenación Constitucional española», añadió que «ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción». En la misma línea, la STC 35/1985, de 7 de marzo, afirmó que «El derecho de objeción de conciencia al servicio militar, derivado de la libertad ideológica establecida en el art. 16, es un derecho reconocido en el art. 30.2 de la misma Ley Suprema, a ser declarado exento del deber de cumplir tal servicio militar».

Por último, el tercer grupo de pronunciamientos constitucionales niega a la objeción de conciencia la condición de Derecho Fundamental. En esta línea puede citarse la STC 160/1987, de 27 de octubre, dictada con motivo de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo. Conforme a la misma: «Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma Suprema en su art. 30.1, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.3) pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza no permite calificarlo de fundamental...Constituye en este sentido una excepción al

¹³⁷¹ Sobre una opinión crítica respecto de lo que sucede en cuanto a la interrupción del embarazo hace en Alemania véase a: ESER, Albin. “La evolución del Derecho Penal Alemán en las últimas décadas del siglo XX”. En, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “In memoriam”*. Ofrecido por sus discípulos Luis A. Arroyo Zapatero *et. al.* Coordinador: Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 277-281.

cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2 en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16)... Es justamente su naturaleza excepcional... lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental». En la misma línea puede citarse la STC 161/1987, de 27 de octubre, dictada con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Nacional en relación con la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y prestación social sustitutoria. En ella, tras reconocer, recordando la doctrina de la STC 15/1982, que el derecho a la objeción de conciencia supone una concreción de la libertad ideológica y que ésta se encuentra entre los Derechos Fundamentales, afirmó que «lo cierto es que el derecho a la objeción de conciencia está configurado por el constituyente como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, pues supone una excepción al cumplimiento de un deber general...Que el derecho a la objeción de conciencia o, más exactamente, a la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, sea una concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Constitución ha sido ya afirmado, en forma inequívoca por este Tribunal en su Sentencia 15/1982, de 23 de abril». No obstante, debe «considerarse el derecho a la objeción de conciencia como un derecho autónomo, cuya conexión con la libertad ideológica no impidió al constituyente configurarlo en la forma que estimó oportuna».

Ante estas aparentes contradicciones en los pronunciamientos de la propia jurisprudencia constitucional, no es de extrañar que en la doctrina esta falta de claridad haya operado como fuente creadora de ideas para fundamentar las interpretaciones más dispares. Así, mientras algunos autores han tomado por base las últimas sentencias para excluir la calificación como fundamental del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito médico, otros se esfuerzan en reconocerle tal valor. El punto de partida que está en la base del razonamiento de éstos es que las últimas declaraciones del Tribunal Constitucional a propósito del ámbito militar no tienen el significado de derogar la declaración que hiciera la Sentencia 53/85, de 11 de abril. En concreto, a favor de esta segunda opinión, que consideramos más acertada, se manejan

argumentos como los sostenidos por SIEIRA MUCIENTES. Para esta autora, en primer lugar, a favor de la comprensión de la objeción de conciencia sanitaria como Derecho Fundamental hablaría la propia realidad social, puesto que en una materia como el aborto, en la que es imposible hablar de consenso social, no debe condicionarse la alegación de razones de conciencia por parte de los profesionales sanitarios a que se haya dictado una Ley que contemple esa posibilidad; en segundo lugar, porque dado que el Tribunal Constitucional no se ha acogido a la posibilidad que le brinda el art. 13 L.O.T.C., que permite derogar la propia doctrina del Tribunal Constitucional de forma expresa, debe considerarse vigente la doctrina sentada por la Sentencia 53/87, de tal modo que vendría a representar una excepción respecto al sentido de los pronunciamientos posteriores al año 97. De aceptarse esta conclusión, que ha encontrado eco incluso en algún pronunciamiento jurisprudencial¹³⁷², y comprenderse, por tanto, el planteamiento de razones de conciencia en el ámbito médico como un Derecho Fundamental, habría que concluir que se trata de un derecho directamente alegable sin perjuicio de que no haya sido dictada la Ley que lo desarrolle.

3. El trance en la objeción de conciencia. De su planteamiento a sus límites

En primer término, dado que cuando se plantea el valor de la alegación de razones de conciencia se cuestionan los límites de un conflicto entre un deber de obrar y una norma de contenido moral, presupuesto lógico del mismo es la existencia de una y otra. Por un lado, en efecto, debe existir un deber jurídico directamente dirigido al médico. Ello supone excluir, como señala ESCOBAR ROCA, los casos en los que éste cuenta con un margen de decisión

¹³⁷² Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998: «Conviene recordar que la objeción de conciencia al aborto, aun sin consagración y regulación explícitas en la Constitución ni en la legislación ordinaria, es un Derecho Fundamental que forma parte del contenido del Derecho Fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución, según doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia de 11 de abril de 1985. Por consiguiente, se trata de un derecho que vincula a todos los poderes públicos, a tenor del art. 53.1 de la Constitución, de modo que éstos, no sólo tienen el deber de respetarlo en la plenitud de su contenido, sin merma ni menoscabo, sino, incluso, si fuere menester, la de adoptar cuantas medidas positivas resultaren necesarias para procurar su efectividad». ESCOBAR ROCA, Guillermo. «La objeción de conciencia del personal sanitario». En, AA.VV. *Bioética, Derecho y Sociedad*. María Casado González (Coord.) Madrid, 1998, pp. 139 y ss.

como, sucede, por ejemplo, con las conductas de eutanasia pasiva¹³⁷³. Por otro lado, presupuesto lógico del conflicto es que con la realización de la conducta prescrita se infrinja un principio ético o moral. Esto requiere descubrir en el caso concreto un atentado a una creencia que encuentre sus raíces en principios que pueda catalogarse como tales. Buen ejemplo de esta exigencia es la polémica suscitada en su día sobre la posibilidad de alegar razones de conciencia en torno al deber de dispensar la llamada píldora del día después. La discusión en torno a la misma ha pivotado sobre el debate en torno a si se trata de un método abortivo -en cuyo caso cabe oponer razones de orden moral- o, por el contrario, meramente anticonceptivo -en cuyo caso aquéllas no tendrían cabida-.

A finales de 2001 la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó un auto que suspendía cautelarmente la dispensación obligatoria de la píldora poscoital por considerarla un método abortivo. El 30 de julio de 2002, la misma sala rectificó su postura inicial y, al margen de argumentos relativos a la legitimación, entendió que la píldora del día siguiente no era un abortivo, sino un método anticonceptivo respecto a cuya expendición, por tanto, no tenía sentido alegar razones de conciencia.

En segundo lugar, se hace necesario delimitar los supuestos en los que la objeción de conciencia afecta a intereses o derechos propios de los que el objetor es titular frente a aquellos otros en los que se ven afectados derechos o intereses ajenos. Sólo en este segundo caso tiene sentido plantear un conflicto de conciencia. En el primero, la solución ha de buscarse en argumentos mucho más básicos que tienen que ver con el reconocimiento de un espacio de libertad del sujeto. Sírvese el ya conocido -por ser el más común- ejemplo de lo que ocurre con los Testigos de Jehová que rechazan determinadas medidas terapéuticas. Dejando a un lado la posible implicación de terceros, en lo que se refiere a la alegación por ellos mismos de su negativa a la terapia, lo único que se plantea es una petición de respeto a un acto de voluntad que manifiestan en ejercicio de su libertad. Pero, insistamos, esa alegación que plantea el propio Testigo de Jehová para nada necesita justificarse ante el Derecho en razones

¹³⁷³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. *“La objeción de conciencia del personal sanitario”...* Op. Cit., pp. 139 y ss.

de conciencia. No sucede algo distinto en relación con otras conductas que se orientan de forma directa a la producción de un resultado lesivo. Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría invocar argumentos relacionados con la objeción de conciencia para fundamentar la licitud de la conducta del penitente que se autoflagela e incluso decide emular la pasión de Cristo clavándose en la cruz. Si estos casos quedan fuera del ámbito de relevancia penal es simplemente porque la conducta es libre expresión de la voluntad del único afectado¹³⁷⁴. Por lo mismo, a nadie se le ocurriría acudir a razones que tengan que ver con la libertad de conciencia para sostener la impunidad del suicida que intenta sin éxito sacrificar su vida, p. ej., por estar convencido de que la misma ha perdido cualquier sentido espiritual. Dejando al margen los argumentos político-criminales que condicionan cualquier solución en este ámbito, también en estos casos la razón de la impunidad es que se trata de la expresión de un acto de libertad que, si bien el Derecho no aprueba, tampoco puede prohibir; lo que, según vimos, el Tribunal Constitucional enuncia como expresión de un *agere licere*¹³⁷⁵.

El terreno propio de la objeción de conciencia, por ello, inicia allí donde se produce una disociación entre quien alega las razones de conciencia y la persona a la que afectan las consecuencias de la misma. Es el caso, verbigracia, de la actitud que adopte el médico ante la práctica del aborto que se le demanda, de la petición de ayuda a morir de un enfermo terminal o, simplemente, de la actitud que adopte el profesional que se ve en la tesitura de impedir el acto suicida de quien ya no tiene ganas de seguir viviendo.

¹³⁷⁴ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 598.

¹³⁷⁵ Así, por ejemplo, apunta Carlos María Romeo Casabona: "Cuando se produce un conflicto de deberes intrapersonales, esto es, en la propia esfera interior del individuo constreñido por su propio dictamen de conciencia, en realidad tal conflicto no se configura como característico de la objeción de conciencia... En realidad en estos casos... se plantea una cuestión previa, la de la libertad de todo paciente de someterse a un tratamiento, sea vital o no lo sea, y cualquiera que sea la motivación que presida la decisión de rechazar el tratamiento si estima esta opción... No quiere sostenerse con este planteamiento que no exista una auténtica cuestión de conciencia como trasfondo, pues es cierto que ésta se constituye como el motor del posible conflicto, sino que desde el punto de vista jurídico no es necesario llegar a él, pues se trata, en suma, del reconocimiento de la autonomía de la voluntad como tal... Desde el punto de vista penal son supuestos de ausencia de tipicidad para el sujeto y para terceros". *Vid.* ROMEO CASABONA, Carlos María. *"La objeción de conciencia... Op. Cit.*, pp. 69 y ss.

A un lado de las anteriores delimitaciones del espacio propio en el que cobra sentido recurrir a razones de conciencia todavía tiene que hacerse una adicional, atenta ahora al sentido de la voluntad del afectado. Y es que, ya de entrada, parece que la valoración y, por ello, el margen para admitir argumentos relativos a la creencia diferente tiene que ser distinto dependiendo, por ejemplo, de que el enfermo en situación terminal esté de acuerdo o no con el criterio médico de dejarle morir, o de que la mujer a la que se trata de practicar un aborto consienta o no en el mismo. Debe observarse, en relación con esto último, que los problemas no sólo pueden surgir cuando el médico se opone a la práctica de un aborto que la mujer reclama. También se plantean en los casos inversos en los que el médico pretende la práctica de un aborto contra la voluntad de la embarazada por entender, por ejemplo, que la misma sufre un riesgo que no debe correr, o porque piensa que las malformaciones que ha detectado en el feto¹³⁷⁶ provocarán en el niño graves padecimientos que, a su juicio, por ser moralmente inaceptables, deben evitarse. En estos casos, en realidad, la objeción de conciencia se plantea respecto a una norma prohibitiva; a saber, la que obliga al médico a abstenerse y respetar la voluntad de la mujer. Frente a lo que sostienen algunos defensores de concepciones más restrictivas sobre el concepto de la objeción de conciencia¹³⁷⁷, también en estos casos puede hablarse de alegación de razones de conciencia para justificar hipotéticamente la infracción de un deber, cifrado ahora en el que impone al médico abstenerse de actuar.

Como bien refiere GÓMEZ RIVERO; dentro de los supuestos en que se produce una discrepancia entre la voluntad del afectado y quien se opone a ella por razones de conciencia tiene que hacerse todavía una precisión adicional,

¹³⁷⁶ En un estudio que detalla la relación entre el feto y la salud de la mujer embarazada, con especial análisis de aquel como sujeto pasivo/objeto material destinatario de la acción lesiva, véase a OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. "Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal español". En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005, pp. 267-278.

¹³⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias". En, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. José Miguel Zugaldía Espinar (Coord.), Jacobo López Barja de Quiroga (Coord.). Barcelona, 2004, pp. 115 y ss.

atenta a un argumento que está en la base misma de la atendibilidad jurídica de los motivos de conciencia. En concreto, no puede olvidarse que la objeción de conciencia no es sino expresión de un conflicto entre los mandatos o prohibiciones de la norma y el fuero interno del sujeto, esto es, un conflicto que surge ante la imposibilidad de ignorar el espacio más propio del individuo, el más personal, el más íntimo y, por ello, el más sagrado: el de la conciencia¹³⁷⁸.

Si esto es así, si de lo que se trata es de no desconocer las razones personales del objetor, sus límites habrán de anclarse allí donde la atención de los motivos de conciencia de quien pretende oponerla no impidan que el afectado, a su vez, actúe en conciencia, es decir, que proyecte sobre su propia persona sus creencias o principios éticos, morales o religiosos. Baste pensar en los casos en que la conciencia del galeno no sólo le impide practicar personalmente un aborto a la embarazada que lo desea o ayudar al paciente que así lo quiere en su doloroso trance ante la muerte, sino que también pretende impedir que otro médico lo haga¹³⁷⁹, vedándole así que actúe en conciencia.

Con todo, al menos por lo que se refiere a un posible atentado contra la libertad, no puede perderse de vista la práctica, sin duda excepcional, que los Tribunales han sentado respecto al específico problema de los Testigos de Jehová. Como tuvimos ocasión de comprobar en otro lugar, no son escasos los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que autorizan las transfusiones sanguíneas practicadas contra la voluntad del paciente que no

¹³⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 600.

¹³⁷⁹ En este sentido puede verse a GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *La objeción de conciencia.... Op. Cit.*, p. 45. No obstante, a juicio de María del Carmen Gómez Rivero, este autor va demasiado lejos al afirmar que "La legitimidad (de la objeción de conciencia) desaparece cuando entra en conflicto con otros bienes y Derechos Fundamentales que resultarían irremediabilmente dañados si persistiera la actitud del objetor... Sólo, por tanto, cuando la objeción de conciencia reúna los criterios de prestación personal y su inocuidad respecto a bienes y valores fundamentales, podremos reconocer y admitir su legitimidad". La Catedrática de la Universidad de Sevilla -en detrimento de este argumento- invoca los ámbitos, como el relativo al aborto, donde es posible que subsista la objeción de conciencia del único médico del hospital que se opone a practicar un aborto que no comporta riesgo para la vida o salud de la mujer. Todo ello al margen, lógicamente, de que en tal caso la sanidad pública esté obligada a facilitar a la embarazada los medios para la práctica del aborto en un hospital distinto. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit.*, p. 600.

está en situación terminal, práctica que cuando se realiza mediando violencia (por ejemplo, mediante el empleo de narcóticos, anestesia o tranquilizantes) bien pudiera reconducirse a un delito de coacciones. Esta línea jurisprudencial sólo puede explicarse teniendo en cuenta los móviles que inspiran la actuación del médico así como la necesidad político criminal de no sembrar de temores su labor cuando la realiza en conciencia. No puede explicarse de otra forma que, en realidad, haga el médico lo que haga, esto es, decida practicarla o no, los Tribunales estén dispuestos a fundamentar su impunidad.

El límite anterior se evidencia aun de forma más clara cuando dicha negativa no sólo supone la imposición de la conciencia del objetor a la del afectado, sino que puede ser constitutiva de un delito contra la vida o la salud de éste. Baste pensar en el caso del médico que se opusiera a practicar un aborto cuando concurre un riesgo para la vida o salud de la embarazada. En casos como éste la opción de seguir manteniendo los dictados de su conciencia podría ser constitutiva, llegado el caso, de un delito de lesiones o de homicidio.

De lado a los límites antepuestos, resta todavía apuntar un criterio adicional que en buena medida viene impuesto por razones lógicas. Como señala GARCÍA ARAN, la relevancia de la alegación de las razones de conciencia por parte del médico requiere que la actividad a la que se refiera no se enmarque dentro del espectro de conductas que de forma normal o habitual forman parte de la *praxis médica*. Porque, verbigracia, “no merecería la atención del legislador la posible pertenencia de profesionales de la Medicina a religiones que prohibieran la realización de transfusiones de sangre puesto que la total asunción de tal práctica por la colectividad en la que se produce impediría ya la pertenencia a la misma por un individuo que mantuviera tales creencias”¹³⁸⁰.

Así delimitada su problemática, los ámbitos en los que con más frecuencia se va a presentar en la actividad médica son, como en parte ya anunciábamos, la eutanasia, el aborto y la ayuda al suicidio, siendo los dos primeros los que acusan singularmente el problema de la relevancia penal de

¹³⁸⁰ Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La objeción de conciencia del médico en relación a la interpretación del embarazo”. En, *El aborto un tema para debate*. Madrid, 1982, p. 121.

las razones de conciencia. Sin desconocer otros ámbitos en los que éstas también pueden alegarse como los -mencionados en otra sede- relativos a las técnicas de reproducción asistida, las prácticas de esterilización¹³⁸¹ o las conductas de manipulación genética, puede decirse que no sólo son aquellos los sectores en que con más frecuencia están llamadas a plantearse, sino que en ellos su alegación se presta a proyectarse en una doble dirección que sin duda ofusca y dificulta su enfoque. Y es que, en efecto, el hecho de que el legislador despenalice determinadas modalidades de eutanasia (la pasiva o indirecta) y de aborto (los comprendidos en el sistema de indicaciones del art. 417 *bis* del antiguo CPE) determina que la alegación de razones de conciencia pueda referirse no sólo a la práctica de una modalidad que la Ley no autoriza, sino, lo que es más frecuente, a la negativa a realizar el comportamiento abortivo que la Ley permite. En lo que sigue nos ocuparemos en primer lugar de las soluciones ensayadas con carácter general en la doctrina para canalizar dogmáticamente la objeción de conciencia, tratando a continuación las peculiaridades que presentan los casos en que la objeción se refiere a una norma permisiva.

4. La objeción de conciencia desde el “juicio” de la doctrina penal

Siguiendo a GÓMEZ RIVERO¹³⁸², tenemos que, si bien con diferentes matices, el grueso de las posturas sostenidas a la hora de conceder relevancia penal a la alegación de los motivos de conciencia pueden reagruparse en torno a dos grandes opciones que tradicionalmente se han repartido el posible encaje dogmático en el que deban tratarse aquéllas¹³⁸³.

La primera posición es la que defiende la conveniencia de tener en cuenta esa alegación ya en el ámbito de la **antijuricidad**¹³⁸⁴; la segunda, que

¹³⁸¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. *“La objeción de conciencia del personal... Op. Cit., pp. 146 y ss.*

¹³⁸² GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad... Op. Cit., p. 602.*

¹³⁸³ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho Penal... Op. Cit., pp. 284 y ss.,* quien adopta la postura de reconducir dogmáticamente la exclusión penal por motivos de conciencia a la categoría de la responsabilidad por el hecho.

¹³⁸⁴ Más limitado es el número de autores que proponen su reconducción a los esquemas de un estado de necesidad, fundamentalmente, por la dificultad de identificar las razones de conciencia como un mal en sentido jurídico. Apuntan a dicha posibilidad, entre otros, GOMEZ

puede considerarse mayoritaria propone remitir su estudio a las causas de **exclusión o atenuación de la culpabilidad**¹³⁸⁵. Entre los autores que se inmiscuyen en esta segunda línea, esto es, la de tratar en sede de culpabilidad la actuación motivada por creencias diferentes, no puede dejar de hacerse referencia a los que se inscriben en las modernas tendencias funcionalistas. A ellos se debe, sin duda, la elaboración más acabada del modo de articular dogmáticamente la relevancia de las creencias discrepantes del autor. Valga de cita la referencia a los exponentes de las dos grandes construcciones de la elaboración teleológica del delito y estandartes del Derecho Penal: los alemanes ROXIN y JAKOBS.

BENÍTEZ, José Manuel. "Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible con ocasión de las conductas típicas realizadas por motivos de conciencia". En, *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Gregorio Peces-Barba Martínez (Coord.) Seminario celebrado en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1993, pp. 75 y ss. En favor de la apreciación de una causa de justificación se hace valer la consideración, a primera vista convincente, de que el ejercicio de un Derecho Fundamental no puede ser antijurídico. En contra de la creencia de que el hecho realizado por motivos de conciencia se ubique en sede de justificación, es objetado, con acierto, por Claus Roxin, cuando afirma: «Ello es erróneo, pues la inviolabilidad de la libertad de conciencia debe proteger al individuo de la coacción de conciencia que ejercería la conminación penal, pero la misma no puede razonablemente suponer que el Estado deba hacer suya la decisión de conciencia del individuo, en cuanto se aparta de las leyes». Ello no se podría compatibilizar ni con los principios de la democracia ni con la pretensión del Derecho de establecer normas objetivas y de validez general. La equiparación del ejercicio de un Derecho Fundamental y la conformidad jurídicopenal a Derecho es por tanto un sofisma. El derecho a no ser forzado mediante pena a actuar contra la propia conciencia demanda sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio. Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 950.

¹³⁸⁵ En el ámbito español la mayoría de los autores que reconducen su tratamiento al ámbito de la culpabilidad **manejan la apreciación de un error de prohibición**. Entre otros, JIMÉNEZ DÍAZ, María José. "Delitos relativos a la prestación social sustitutoria: su problemática aplicación". II Parte. En, *CPC*. Número 55, 1995, pp. 79 y ss; ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La objeción de conciencia en la Constitución española... Op. Cit.*, p. 381; TAMARIT SUMALLA, Josep María. "La objeción de conciencia en Derecho Penal". En, *Cuadernos Jurídicos*. Número 22, 1994, p. 20; el mismo en, *La víctima en el Derecho penal... Op. Cit.*, pp.142 y ss; véase también CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. En, "*Problemas jurídico-penales... Op. Cit.*, p. 83, quien entiende que sería posible apreciar la eximente de miedo insuperable en cuanto causa de inexigibilidad, "En los casos en los que no quepa apreciar una causa de exclusión de la culpabilidad completa, por faltar algún requisito no esencial del miedo insuperable, siempre cabrá aplicar la atenuante de obcecación como muy cualificada"; véase también PÉREZ ARROYO, Miguel. "Objeción de conciencia y Derecho Penal en la actual dogmática penal española. Especial referencia al ámbito sanitario". En, *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Fascículo 7/8, 1999, pp. 843 y ss.

Como ya ha sido estudiado, el primer autor representa al funcionalismo que se ha dado en llamar moderado: Punto de partida de su razonamiento es que el fundamento de la culpabilidad, si bien tiene que basarse en la capacidad del autor de reaccionar frente a las exigencias normativas, no puede agotarse en tal comprobación; por el contrario, los resultados que arroja esa estricta indagación deben tamizarse de inmediato a la luz de los fines preventivos del Derecho Penal. La categoría más amplia en la que se integran ambos momentos recibe en la construcción de ROXIN la denominación de responsabilidad¹³⁸⁶. A partir de lo anterior considera que el rechazo al castigo del autor por convicción habría de fundamentarse en la ausencia de dicho juicio de responsabilidad, esto es, en la ausencia de la necesidad de la pena por falta de las demandas preventivas que la fundamentan. Tras afirmar que «el delincuente de conciencia no es inculpable desde perspectivas jurídicopenales, pues el mismo desacata una Ley que se corresponde con el orden constitucional de valores y con el principio democrático de la mayoría...» y que «El mismo también puede comportarse conforme a Derecho», añade: «Existen buenas razones para que se conceda de tal modo una indulgencia limitada al sujeto que actúa por motivos de conciencia que nuestro Derecho no otorga al infractor ordinario de la Ley. Pues a un Ordenamiento Jurídico liberal le cuadra también tolerar al discrepante, en la medida en que éste no atente contra los supremos principios constitucionales y contra la seguridad del Estado y tampoco niegue en principio los Derechos Fundamentales de otros»¹³⁸⁷.

El segundo de los autores citados, JAKOBS, puede considerarse representante del que se ha dado en llamar funcionalismo radical o extremo. Este autor sostiene una comprensión normativa de la culpabilidad desde las premisas del funcionalismo sistémico. Conforme a dicho planteamiento, la

¹³⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 791 y ss.

¹³⁸⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 950. Es concluyente cuando afirma: «La interpretación dogmática del privilegio de la conciencia se corresponde por tanto con las reglas de la exclusión de la responsabilidad que presiden toda esta categoría del delito y en especial el estado de necesidad disculpante (§35 StGB) y el exceso en la legítima defensa (§33 StGB)». *Ibidem.*, p. 951.

finalidad de la pena¹³⁸⁸ se desvincula de cualquier referente extrajurídico para presentarse como un instrumento de estabilización del sistema, orientado a hacer prevalecer el reconocimiento de la norma y la fidelidad al Derecho. La pena se configura así de acuerdo con los cánones de un modelo tecnocrático.

Desde sus esquemas, se trata de ofrecer una respuesta simbólica de confirmación de la vigencia de la norma frente a las transgresiones visibles o simbólicas del Derecho y que, por ello, se valoran como funcionalmente intolerables. La proyección de estos planteamientos **preventivo-integratorios** en la categoría de la culpabilidad arroja como resultado que el sentido de la misma se reduzca a decidir si el conflicto planteado entre la frustración de la expectativa representada por la norma y la exigencia de su mantenimiento contrafáctico puede procesarse de un modo alternativo a la imposición de la pena, sin que por ello sufra la más mínima quiebra el reconocimiento de la vigencia de la norma.

El ambiguo sentido de la culpabilidad queda así, en la construcción de este autor, definitivamente desbordado y sustituido por exigencias exclusivamente funcionalistas, en las que el papel del individuo se reduce al de ser un “subsistema físico-psíquico” valorado a la luz de exigencias de estabilización del Ordenamiento Jurídico¹³⁸⁹. Conforme a lo anterior entiende JAKOBS que la exculpación del autor por convicción habrá de admitirse allí donde, al margen de la magnitud existencial que para él representen sus creencias, sus déficits de socialización pueda explicarse al margen del autor sin merma para la vigencia del Ordenamiento Jurídico¹³⁹⁰. Según JAKOBS, esto sería posible en tres situaciones distintas: a) Cuando el autor se limite a infringir una norma aislada, de tal modo que su actuación pueda asumirse como un fallo que no cuestione el Derecho en sus rasgos esenciales; b) Cuando los déficits de socialización se puedan atribuir a la culpa de terceras personas que le han educado de modo incorrecto o que le han inducido a una situación de labilidad incomprensible; c) Cuando al autor se le pueda distanciar de la

¹³⁸⁸ Al igual que Claus Roxin, también este autor encuentra el fundamento material de la culpabilidad en la teoría de los fines de la pena (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 690); no olvidando que el primero prefiere hablar de responsabilidad que de culpabilidad.

¹³⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, p. 701.

¹³⁹⁰ *Ídem., supra.*

situación, como sucede, en el ámbito de los deberes institucionales, cuando la persona potencialmente beneficiada acepta la reducción de su protección¹³⁹¹.

5. Concepción personal

Sin poder entrar en el estudio de las bifurcaciones últimas de cada uno de los planteamientos previos, baste decir que la posición que aquí sostenemos parte de aceptar el punto de partida común de ambas; a saber, la ubicación del problema de la objeción de conciencia en sede de culpabilidad y su vinculación a argumentos que enlazan con exigencias relativas a la necesidad de la pena. En apoyo de esta opción pueden manejarse diferentes razones. En primer lugar, que la propuesta de reconducir su tratamiento a la sede de antijuricidad requeriría partir de una premisa más que discutible, en tanto que la pretensión de justificar la actuación de quien contraviene el Derecho por razones de conciencia supondría trasladar los términos del conflicto a un ámbito que desnaturaliza la problemática inherente a ella. Mal encaja, a nuestro gusto, la razón de ser por la que se plantea la necesidad de que el Derecho no vuelva la espalda al objetor (la atención a la esfera interna del sujeto) con la pretensión de reconocer al conflicto una eficacia justificante que trasciende a aquélla. Este proceder sólo podría admitirse mediante la introducción de elementos subjetivos en el injusto, con la consiguiente desnaturalización del mismo¹³⁹².

En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, dicho razonamiento conduciría en sus consecuencias a resultados inadmisibles desde una óptica político-criminal. Como es sabido, un importante sector de la contemporánea doctrina penal sostiene que el ámbito de la prohibición no viene acotado por la clásica categoría de la tipicidad, sino que se obtiene de su conjugación sintética con la valoración de las situaciones de justificación, de tal modo que el ámbito

¹³⁹¹ Véase a JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op. Cit.*, pp. 702-704.

¹³⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *“La objeción de conciencia... Op. Cit.”*, p. 286: “Una cosa es que el estado respete la libertad de conciencia individual y otra distinta es que la respete hasta el punto de hacer suya la decisión de conciencia individual contraria a sus leyes, dejando condicionada su aplicación a la aceptación de las mismas por parte del individuo. Una tal pretensión entraría en contradicción con la propia esencia del Derecho, como conjunto de normas objetivas de validez general”.

de lo prohibido vendría dado por lo que se ha dado en llamar situación penalmente antijurídica¹³⁹³. Conforme a tales esquemas habría que deducir que, de considerarse justificada la conducta de quien contraviene la norma por razones de conciencia quedaría al margen del ámbito prohibido. Las consecuencias no se harían entonces esperar. Baste pensar que quien con violencia quisiera impedir dicha actuación, no sólo cometería un delito de coacciones (puesto que habría que decir que está impidiendo algo que la Ley no prohíbe), sino que ni siquiera podría defenderse frente a quien actuase por razones de conciencia, en tanto que, como es sabido, no cabe apreciar la legítima defensa frente a un comportamiento que a su vez está justificado.

Lo precedente, sin embargo no es más que el punto de partida. Como pusiera de relieve MUÑOZ CONDE, esta genérica línea de solución puede plantear dificultades cuando se trata de dotarla de una cobertura legal que garantice su aplicación de forma sólida y uniforme en los distintos supuestos en los que pudiera plantearse¹³⁹⁴. Porque en tanto que el legislador no imponga al Juez de modo expreso la necesidad de valorar las razones de conciencia a efectos de una atenuación e incluso de exclusión de la culpabilidad, el encaje de tal premisa en el Código Penal está necesitada de una labor interpretativa que la reconduzca a uno los expedientes que reconoce la dogmática penal. En dicha tarea entiendo que puede acogerse la propuesta que sostuvo MUÑOZ CONDE en la línea defendida en la doctrina alemana por autores como ARMIIN KAUFMANN, conforme a la cual se trata de reconducir la problemática de estos supuestos a los esquemas del **error de prohibición**, en cuanto que el comportamiento del autor por convicción entronca con la creencia de un ámbito de prohibición diferente al que establece la norma¹³⁹⁵.

Es cierto que, en los casos que se discuten no puede decirse con propiedad que el sujeto se encuentre en una situación de déficit de conocimiento de la norma, ya que razona su contenido y precisamente

¹³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, pp. 394 y ss.

¹³⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Valencia, 1989, pp. 69 y ss.

¹³⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. "La objeción de conciencia en Derecho Penal". En, *Revista Nueva doctrina penal*. 1996, p. 100.

manifiesta su discrepancia respecto al mismo¹³⁹⁶. Lo anterior, sin embargo, no debe valorarse como un obstáculo para admitir tal expediente, en tanto que al sostener esa solución lo único que se afirma es que, mientras esa discrepancia se vincule a la firme convicción del sujeto en la invalidez de la norma, nada se opone a equiparar desde el punto de vista de la orientación a las consecuencias ambos grupos de casos.

Cuestión distinta es que, como señala GÓMEZ RIVERO, el recurso a tal expediente está necesitado de una dualidad de precisiones que, por un lado, depuren los presupuestos en los que el mismo resulte aplicable y, por otro, garanticen la adecuación de la consecuencia penal a los presupuestos a los que obedece su aplicación. Lo primero enlaza con lo que apuntábamos en principio en torno a lo que deba entenderse por objeción de conciencia con relevancia penal. Como entonces afirmábamos, ésta debe delimitarse conforme a criterios que garanticen que si el Derecho decide ser sensible a las creencias discrepantes del autor, no desconozca las de terceras personas. Frente al extenso ámbito en el que puede conducirse el término objeción de conciencia en un sentido social, esto es, como comprensivo de cualquier comportamiento cuya motivación conecta con creencias personales, el espacio en el que el mismo deba ser, como tal, atendido por el Derecho, debe limitarse a los supuestos en los que ni la conducta del objetor obstaculice a su vez la libertad de conciencia de otros sujetos afectados ni suponga una limitación de sus derechos. Únicamente con tales premisas es razonable no sólo empezar a negociar un margen de discrepancia entre la norma y el autor, sino conceder relevancia al mismo a través del expediente del error de prohibición. Porque

¹³⁹⁶ En este orden de ideas véase a

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho penal... Op. Cit.*, pp. 237 y ss. Véase también la crítica que formula este autor a la posibilidad de reconducir dogmáticamente los problemas de conciencia a los esquemas del error de prohibición. Conforme a sus planteamientos, en los supuestos que se tratan no puede hablarse de que el sujeto carezca de capacidad de culpabilidad, ya que ella requeriría que hubiese un error en el proceso de conocimiento, algo que un Estado neutral no puede admitir respecto a un juicio de conciencia, pp. 268 y ss. Para Carlos Pérez del Valle, la solución si bien debe relacionarse con la idea de la "inexigibilidad", debe situarse en sede de injusto, en concreto, en la categoría de la responsabilidad por el hecho.

sólo entonces puede disculparse la actuación de quien actúa en el convencimiento absoluto de que su actuación es correcta.

Distintos creemos que deben valorarse los casos en los que la actuación del autor por convicción colisiona con la libertad de conciencia o con otros derechos básicos de terceros. Es lo que sucede en supuestos como los de la negativa a practicar un aborto por parte del único médico al que puede acudir la embarazada, una actitud que no sólo puede vedar la actuación conforme a la conciencia de aquélla, sino poner en peligro su vida o salud. La negativa a reconducir tales casos al expediente del error de prohibición se basa no ya sólo en la imposibilidad de que en tales circunstancias el Derecho no pueda atender a la objeción de conciencia como tal, sino en que la misma dudosamente podría canalizarse por los cauces del art. 14.3 CPE. Difícilmente podría decirse, en efecto, que quien actúa, por la razón que sea, sabiendo que con ello lesiona Derechos Fundamentales del afectado o incluso que pone en peligro su vida o salud, lo haga en la creencia errónea de obrar lícitamente, máxime cuando dichos bienes, por su reconocimiento indiscutido, no se prestan a relativización alguna.

A propósito del aborto y por lo que respecta a la configuración de la objeción de conciencia en el campo de la salud dentro del marco nacional mexicano¹³⁹⁷, tenemos que, en la capital mexicana, entidad con la despenalización más amplia del aborto, ya que lo permite hasta las doce semanas sin ninguna causal por parte de la madre, sino solamente a petición de la misma, está aceptada la objeción de conciencia médica y así fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 27 de enero de 2004¹³⁹⁸ donde se asienta:

«Artículo 16 bis 7: Los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo en los casos permitidos por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal interrupción, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo, debiendo referir a la mujer con un médico no objetor. Cuando sea **urgente** la interrupción del embarazo para

¹³⁹⁷ Con mayor amplitud sobre la perspectiva de la objeción de conciencia en México véase a DE LA LUZ CASAS MARTÍNEZ, María. “*La objeción de conciencia en México...* Op. Cit., pp. 153-186.

¹³⁹⁸ Ley de Salud del Distrito Federal. 8ª ed. México, 2007, p. 11.

salvaguardar la salud o la vida de la mujer, **no podrá invocarse la objeción de conciencia**. Será **obligación de las instituciones públicas de salud garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal no objetor de conciencia en la materia**».

Para evitar equívocos de inmediato debe precisarse que la afirmación anterior no supone concluir diciendo que en tales supuestos quede siempre vedada la posibilidad de alterar el régimen de responsabilidad del autor; lo único que se afirma con ello es la imposibilidad de que el Derecho pueda reconducir esos móviles de conciencia a los esquemas del error de prohibición. Aunque nosotros no creemos que sea adecuado, pues tratándose del médico – fundamentalmente ginecólogo-, difícilmente puede considerarse que siendo parte de su ejercicio “profesional” diario, se pueda ver ofuscado por el valor del miedo; sin embargo hay autores como GÓMEZ RIVERO¹³⁹⁹ que, en estos supuestos en los que la objeción de conciencia colisiona con derechos o intereses del afectado estiman que nada impedirá, si poder apreciar la circunstancia atenuante genérica del art. 21.6 CPE sobre la base de entender que, por sus creencias, no podía exigírsele al autor que se motivase con normalidad conforme a las exigencias normativas¹⁴⁰⁰. Otros como BERNAL DEL CASTILLO sostienen que, «el médico que por razones de conciencia no quiera practicar un aborto sólo se podrá ver en la tesitura de incurrir en una conducta típica pero **justificada** en los supuestos siguientes: La presencia de una situación de necesidad, en la que se plantea un riesgo inminente y grave para la vida o para la salud física o psíquica de la mujer, cuando se solicite al facultativo que debe atenderla en ese momento la realización del aborto como medio de evitar ese riesgo. Fuera de esa situación de peligro para la mujer, que **será objeto de valoración en relación con la causa de justificación del estado de necesidad**, un profesional médico o sanitario puede negarse a la intervención sin que se llegue al extremo de incurrir en una omisión del deber de socorro»¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal... Op. Cit.*, p. 608.

¹⁴⁰⁰ Con relación al aborto, en los supuestos en que el médico se niega a practicarlo pese a ser necesario para salvar la vida de la madre, véase a TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La libertad ideológica en Derecho Penal*. Barcelona, 1989, pp. 460 y ss.

¹⁴⁰¹ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “*Los conflictos de conciencia... Op. Cit.*”, pp. 129-130.

Bien así, concluyendo con el tema de la objeción de conciencia y haciendo alusión a su principal campo de operación que lo representan los casos de aborto, señalamos que la línea de solución bien pudiera extraerse directamente de cuanto ya esgrimimos *supra* en torno a la dualidad de límites que bordean el derecho a la objeción de conciencia. En definitiva, de la necesidad de **que las razones internas del galeno ni colisionen con las de la paciente, ni supongan dar paso a la comisión de un delito**¹⁴⁰². Por lo tanto, creemos que la herramienta fundamental –no la única- para la consecución de éste objetivo vendrá constituida por la sanidad pública quien deberá garantizar una cobertura amplia de la prestación mediante el aseguramiento del personal suficiente que pueda realizar la practica abortiva, es decir, de personal no objetor. Pero como esto podría traer aparejados problemas de igualdad¹⁴⁰³, se debe hacer hincapié en el esfuerzo por parte de la sanidad en dicho sector –público- para que la mujer en estos supuestos, pueda desplazarse a otros centros en los que sea posible la práctica abortiva, o bien la intervención se haga en un centro privado.

6. Consideración final

No podríamos mostrarnos asténicos en la elaboración del presente trabajo de investigación sin hacer una reflexión importante -al margen de la consideración de las distintas cuestiones jurídico-penales- y que es fruto del análisis sobre la modesta tarea que hemos realizado.

Podemos decir que hoy en día no escapa a nadie la verdad que versa sobre el patente deterioro de relación médico-paciente, la cual favorece a la aparición de casos en que se cuestiona la *praxis* del profesional sanitario. Esto, a su vez, trae aparejadas múltiples complicaciones para los agentes de esa relación, en particular, y para la Administración Sanitaria y el Derecho Punitivo en general, teniendo en cuenta que es ésta última vía la preferida por los usuarios de los servicios de salud que se consideran vulnerados en su esfera

¹⁴⁰² Esencialmente en este supuesto, nos referimos a la posible comisión del delito contenido en el artículo 196 del CPE (denegación de asistencia sanitaria).

¹⁴⁰³ Baste pensar que la elección del personal habría de orientarse entonces selectivamente en atención a la consideración de sus creencias y principios éticos, religiosos o morales, algo cuya inadmisibilidad no necesita mayor fundamento, por generar más problemas de los que podría resolver.

personal por el proceder del facultativo. Así, en *pro* de evitar continuar pisando el acelerador a fondo del automóvil en que viaja el expansionismo del Derecho Penal, quebrantar el principio de intervención mínima y contribuir a la judicialización de la noble y compleja práctica médica, creemos que no es infundado ni superfluo, sugerir a manera de *lege ferenda*, la creación de un organismo de justicia alternativa especializado en materia de problemas médico-legales,¹⁴⁰⁴ el cual desahogaría la enorme cantidad de denuncias que hoy en día reciben los Tribunales –no teniendo una especialización en esta materia y por ende complicando las *per se* delicadas circunstancias del caso concreto-. La enunciada sugerencia básicamente cumpliría una función de “filtro” antes de que un problema de responsabilidad sanitaria aterrizara en las aras de los Tribunales para analizar las cuestiones de atipicidad, justificación y exculpación generados en la actividad médica¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁴ La creación de dicho organismo, aunque indirectamente, apunta a **exaltar la latente necesidad que contribuya a que hoy en día se formen más profesionales en Derecho Sanitario**, cuestión que desde nuestro punto de vista queda perfectamente justificada por la patente íntima relación que hay entre la dialéctica operativa-práctica de la Ciencia del Derecho y la Ciencia Médica, no de hoy, no de ayer, sino, seguramente desde un cúmulo de años que superan a los que reúne la vida de cualquiera de los que demos lectura a estas líneas.

¹⁴⁰⁵ Con detalle, sobre los problemas que ha generado el deterioro de la relación entre médicos y pacientes en nuestros días, la manera en que repercuten esos conflictos en cada uno de ellos, en definitiva, sobre los motivos que justifican la creación del organismo de justicia alternativa enunciado *supra*, el funcionamiento del mismo y su comprobada efectividad véase, por todos el artículo de ORTIZ VILLAR, Israel. “El modelo de arbitraje médico en México: Instrumento exitoso ante algunos problemas de responsabilidad profesional sanitaria”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009, pp. 627-651.

CONCLUSIONES

Toda consecución de una meta está escindida por dos extremos que van desde su concepción hasta su conquista, polos distantes que sin duda alguna, cada uno de ellos, marca a quien se propone transitarlos. De esta manera y marcados por la enriquecedora e inigualable experiencia que ha significado realizar una investigación sobre las causas de atipicidad, de justificación y exculpación de la actividad médica bajo la lumbre y en el escenario de la Ciencia del Derecho Penal y la Teoría Jurídica del Delito, es menester exponer las conclusiones a las que modestamente hemos llegado.

1ª. Podemos decir que, el consentimiento en el ámbito del Derecho Penal es una manifestación de extrema afirmación humana con tutela legítimamente constitucional. Ello parte del atributo inherente a la persona, que es la libertad para autodeterminarse, según lo que le convenga y de conformidad a la administración de bienes jurídicos disponibles dentro de una determinada esfera de dominio, pudiendo dicho titular, incluso, renunciar a la protección penal, con dignidad y orientada hacia el desarrollo de su personalidad, donde desde luego, ésta es una cuestión indudablemente relacionada con Derechos Fundamentales.

2ª. En la actualidad la doctrina mayoritaria en Alemania, España e Italia considera la necesidad de distinguir dos institutos jurídicos independientes dentro del fenómeno de la voluntad aquiescente del sujeto vulnerado –teoría dualista-, diferenciando el *Einwilligung* o consentimiento excluyente de la antijuridicidad del *Einverständnis* –acuerdo- o consentimiento excluyente de la tipicidad. De lo que precede, podemos considerar que la forma estructuralmente más sencilla del consentimiento -y donde ya no aportan divergencias considerables- en Derecho Penal es su modalidad de acuerdo con voluntad natural. A este respecto no hay razones que merezcan referencias en esta conclusión como causa de atipicidad, pues del acuerdo no resulta ninguna lesión a un bien jurídico-penalmente tutelado, según lo entiende adecuadamente la doctrina dominante bajo cualquier teoría que adopte –ya

sea quienes ven al consentimiento como causa de justificación o como quienes lo consideran como una causa de atipicidad-.

No obstante lo anterior, últimamente ha ido surgiendo una corriente doctrinal aún minoritaria que niega la distinción entre dos institutos jurídicos que tengan distintas funciones dentro del sistema de la teoría del delito; es decir, que afirma que sólo existe una figura unitaria –teoría monista-.

3ª. Podemos decir, que son dos principalmente las teorías que existen en relación con la función que desempeña el consentimiento en la teoría jurídica del delito. Por un lado, la teoría dualista o separatista quien considera al consentimiento como una causa de justificación; y por otro, la teoría monista quien afirma la eficacia de este asentimiento en el nivel de la tipicidad. De esto resaltamos que, aunque sea rasgo característico de la mayoría de los propios seguidores del divisionismo el hecho que reconozcan la base constitucional del consentimiento, aún así no terminan por asentar este derecho-poder del titular del bien jurídicamente disponible con el relieve sistemático suficiente para que haga resultar un cambio conceptual y práctico de dicho bien protegido, lo que hace que lo tornen como un mero objeto del hecho, esto a su vez se traduce en que sólo se paraliza momentáneamente, más no se impide la intervención del ente estatal a través del Derecho Penal, afirmando la prevalencia de la tipicidad del comportamiento humano a pesar de haber sido legítimamente consentido por el titular del bien.

4ª. El hecho de que consideremos al consentimiento como un instituto jurídico cuya eficacia siempre se despliegue en el nivel de la atipicidad y por ende nos ubiquemos dentro del pensamiento monista, se deduce de la concepción que tenemos respecto de los bienes jurídicos individuales, tanto disponibles como indisponibles, en el sentido de entender que el verdadero objeto de protección penal es el dominio autónomo del titular sobre una campo o escenario de organización que le corresponde y no la integridad *per se* de ese campo, ya que la protección penal de los bienes jurídicos individuales, creemos, sirve primordialmente para garantizar el libre desarrollo de su titular. Por consiguiente y contrario a los argumentos que sostienen los separatistas,

“no tiene sentido afirmar” que se ha lesionado un bien jurídico individual cuando la intervención en una esfera ajena haya sido determinada precisamente por el consentimiento o, lo que es lo mismo, la manifestación de voluntad de quien pueda disponer de dicho bien.

5ª. A la luz de la ubicación del consentimiento en la teoría de la adecuación social, de inicio, pensamos que es poco aceptable pensar que socialmente se imponga una conducta de reconocimiento general y luego, o al mismo tiempo, se contenga en un tipo penal, estructurado sobre valoraciones sociales y con respeto a los principios básicos del Derecho Penal en un Estado democrático y de Derecho, entre ellos, el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, seguridad jurídica, etcétera. Teniendo en cuenta esto, afirmamos que una intervención en un ámbito de organización ajeno que se produce en virtud del consentimiento de la persona legitimada para otorgarlo supone una forma de auto organización de la propia existencia garantizada por la Constitución a través del derecho a la libertad de acción en cuanto expresión del libre desarrollo del individuo. De esta manera una acción realizada en semejantes circunstancias no se puede considerar que sea socialmente inadecuada y, por lo tanto, no estaría contemplada por la finalidad de protección de las normas penales cuyo objeto de protección consiste en un bien jurídico individual. Esta reflexión nos permite llegar a concluir que, la función exacta que le corresponde al consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito es la de actuar como causa de exclusión de lo que se ha venido llamando en sentido amplio imputación objetiva.

6ª. Reuniendo todo lo expresado anteriormente se desprende que sólo existe un instrumento unitario del consentimiento, el cual siempre despliega su eficacia en el nivel de la tipicidad en cuanto causa de exclusión de la imputación objetiva.

7ª. El consentimiento del enfermo dentro de la relación médico-paciente representa un Derecho Fundamental y personalísimo, cuyo ejercicio corresponde al paciente en la toma de decisiones respecto de su salud y su cuerpo, salvo circunstancias excepcionales (caso de urgencia –donde nace la

posibilidad de hacer uso del consentimiento presunto- o incapacidad transitoria permanente, entre otros), para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Es una exigencia ética y legal para el médico, pero también, un acto clínico más, incluido en la *lex artis*, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.

8ª. La actividad médica supone por definición una injerencia en el ámbito de privacidad del individuo. Este rasgo impregna –de manera particularmente distinta a cada ser humano- de principio a fin la situación del paciente cuando solicita de ayuda profesional. Desde que éste confiesa al galeno su sintomatología, y con ello le hace partícipe de sus datos íntimos, hasta que se somete al tratamiento prescrito, con el que se afecta el soporte material mismo de su existencia –su integridad física-, se ven implicadas como en ningún otra actividad las diversas aristas de la esfera más íntima y personal del individuo. No es por ello de extrañar que desde las coordenadas de una ordenación estatal que proclama como uno de sus pilares básicos **la autonomía y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo**, suela reconocerse de forma prácticamente unánime que el tratamiento médico reclama, como presupuesto mínimo de su conformidad a Derecho, la concurrencia del consentimiento informado del paciente. De hecho, el dato relacionado con que la actividad médica suponga por definición una intromisión en la esfera más íntima y personal del paciente justifica que la preocupación por garantizar el respeto tanto de su intimidad como del sentido de su voluntad encuentre, incluso, anclajes constitucionales.

9ª. Haciendo referencia al ambiente legislativo; sin duda creemos que 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 representa un avance importante en la Ordenación Legal de estas materias. No obstante e independientemente de que sea casi una referencia obligada en cuanto al ambiente nacional se refiere, creemos que, a efectos de significar un verdadero instrumento confiable para los Jueces al momento de que éstos analicen el caso en concreto de los conflictos por

responsabilidad profesional y emitan sus fallos correspondientes, “es necesario que una Ley *sui generis* de tal relevancia, defina -por su amplitud y posibilidad de generar inconsistencias valorativas, p. ej., en sus artículos 4.2 y 5.2 respectivamente- en su artículo dedicado a ello (artículo 3º) que es lo que comprende el término “información adecuada”. Dicha necesidad emana simple y sencillamente porque es justamente la información médica el complemento inseparable del binomio consentimiento- informado y debido a que, como dejamos patente en nuestra investigación es aquel término el generador de diversos problemas en la práctica diaria de la Medicina. Esto no sólo serviría para saber cuáles son los límites del deber de informar, sino que, al mismo tiempo sofocaría la innumerable cantidad de demandas infundadas de las que están conociendo los Tribunales derivadas de problemas generados en el seno de la relación médico-paciente.

10ª. Desde una perspectiva **temporal**, el consentimiento del paciente ha de ser prestado con anterioridad al acto médico y mantenerse durante todo el tratamiento. Es al mismo tiempo y, por su propia naturaleza, transitorio y revocable.

11ª. En su **contenido** el consentimiento tiene que ser libre, voluntario y formado, una vez que, recibida la información correspondiente, el enfermo haya valorado las opciones propias del caso. Así, para que el consentimiento sea libre y voluntario, esto es, sin vicios que lo invaliden, sin manipulaciones ni coacciones, es necesario, entre otras cuestiones, que el sujeto este suficientemente informado.

12ª. En su **forma**, el consentimiento puede otorgarse tanto de manera verbal como escrita, salvo casos concretos donde la Ley exige que sea de esta última forma, como en los de donación y trasplantes de órganos –matizando que en España existe la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y ensayos clínicos, donde salvo disposición en contrario manifestada previamente por el fallecido o la de sus familiares, el consentimiento sobre la donación de órganos se presume en sentido positivo-. Es oportuno que hagamos mención que las leyes que regulan el asentimiento

dentro el ámbito operativo de la actividad sanitaria suelen decantarse con unanimidad, por excepcionar su forma escrita -aun en los casos donde esta sea obligatoria- en situaciones de urgencia, incapacidad o peligro para la salud pública.

13ª. El presupuesto mínimo para poder afirmar que el sujeto adopta una decisión de voluntad de forma plenamente responsable e imputable, libre de vicios internos, es, que reúna una serie de condiciones psíquicas mínimas que aseguren la madurez de su decisión. De esta forma, tratándose de menores de edad e incapaces se atenderá a lo que dispone la Ley 41/2002 en su artículo 9.3 relacionado con el consentimiento por representación.

14ª. En cuanto al contenido y límites del deber de informar creemos que más que el paciente –que también cumple su papel-, es el galeno quien deberá desempeñar un rol fundamental de la cuestión en comento. Es éste quien deberá de tener el “tacto” para tratar a su paciente y determinar en la medida de lo posible -de acuerdo a criterios apegados a la *lex artis*, la experiencia de la práctica médica y el caso concreto- que es lo más conveniente para, - subrayamos- mejorar la salud que el enfermo demanda. Sin embargo nos decantamos por pensar que, el médico no puede dejar de informar y cumplir con ese deber que además es presupuesto necesario para la obtención de un consentimiento válido. No tan sólo desde el punto de vista jurídico-legal es favorable, sino precisamente desde la propia óptica que reviste el factor psíquico o psicológico. Es decir, por una parte, no dudamos del gran impacto que significa el factor psicosomático como elemento influyente en la mayoría de las enfermedades, pero por otra, es ese efecto –psicosomático y psicológico generado por el conocimiento de la información- precisamente el que pensamos, puede fortalecer la voluntad del paciente para luchar contra su enfermedad y alimentar el interés por una terapia que de otra forma pudiera rechazar por considerarla superflua o prescindible, ubicándolo en el supuesto de lo que en la teoría francesa se conoce como pérdida de la oportunidad (*perte d'une chance*). Además de que el paciente podrá tener la certeza de que cuando haya acabado la conversación con el médico, éste le habrá dicho la verdad sobre su situación. Aunado a esto, cabría preguntarnos también, ¿qué

sucedería en el caso de que el médico se “reservare” la información por el posible daño psíquico que esta pudiera causar posteriormente al paciente? Por ejemplo que se enterará de su diagnóstico o de la información ocultada por otra vía. ¿Acaso no podría dañarse mayúsculamente al enfermo? Dado lo precedente creemos que, sólo mientras el paciente no emita expresamente su deseo de “no conocer” –p. ej., y, en el caso más extremo- un determinado diagnóstico debido a la posible repercusión emocional que pueda significar en él -y en los casos puntualizados sobre el consentimiento presunto- es deber del galeno informar cual será su realidad clínica sin tratar de aventurarse en la labor de lo que podríamos llamar: “Leer la mente del paciente sobre lo que es mejor para éste”, quebrantando al mismo tiempo –como matizamos durante la investigación- su derecho a la libre autodeterminación constitucionalmente reconocido.

15ª. El consentimiento presunto, significa la suposición o figuración por parte del autor, acerca de la manera como “seguramente” decidiría –consintiendo- el titular del bien protegido -o, en su caso, su representante-, de conformidad a una determinada situación concreta, si la conociera -cuando está ausente- y si a su respecto pudiera manifestarse -cuando está inconsciente o, aunque la conozca, se encuentra ausente de modo que no se le puede localizar para manifestarse en el tiempo adecuado. De esta manera es indudable que, el consentimiento presunto desempeña un papel concreto y de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal, mereciendo destacar las situaciones que tienen lugar dentro del ámbito médico –entre otros, por ejemplo, en los casos de eutanasia pasiva o activa, estados de extrema urgencia, coma e inconsciencia temporal o permanente o, en los no menos frecuentes, que tienen lugar en los momentos de llevarse a cabo las intervenciones quirúrgicas en donde el consentimiento se recabo *ex ante* de manera efectiva para cierto procedimiento y sobre el desarrollo de la intervención es necesario realizar una maniobra distinta de la que en inicio estaba contemplada.

16ª. Estimamos que la figura del consentimiento presunto, aunque actúe el autor en defensa patente de uno o más intereses directos del afectado a él

vinculado, será lógicamente irrelevante, siempre y cuando sea posible obtener en su lugar el consentimiento auténtico del titular del derecho, y elija el sujeto activo no hacerlo, o bien cuando de manera indubitable dicho autor conoce que la víctima no consentiría en tales circunstancias. Es simple: no se puede dar validez al incierto –salvo casos excepcionales-, y tampoco al errado, cuando es posible lograr el cierto jurídicamente.

17ª. Derivado de la compleja elaboración teórica del consentimiento presunto al que sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad, como una causa de justificación autónoma y peculiar dentro de la estructura delictiva, los problemas que plantea en su aplicación práctica sobre los presupuestos teóricos analizados, la necesidad de acudir a la realización de un juicio hipotético del paciente para concretar la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría que, a veces, es una mera ficción, como hemos apreciado en la narración de ROXIN, han hecho que, como tal y en la actividad médico quirúrgica, sea cuestionado por la doctrina española que ha preferido (sin que esto sea óbice para que pensemos que, en casos puntuales donde se debe presumir el consentimiento por salvaguardar la salud o vida del paciente, deba ser siempre una causa de justificación, pero también –en determinados casos concretos- pudiendo ser, incluso, una causa de atipicidad) y con cierta razón, responder a estos supuestos de exención de la responsabilidad criminal mediante la figura, mucho más concreta y perfectamente definida legalmente, del estado de necesidad justificante del número 5º del artículo 20, en el que la cuestión deriva de la ponderación de los bienes enfrentados (vida o salud vs. libre autodeterminación); todo ello referido, lógicamente y según la posición que mantenemos, al delito de coacciones.

18ª. Teniendo en cuenta las ideas que maneja la doctrina en relación con la figura del consentimiento presunto y específicamente en el caso puntual relacionado con el escenario donde, por una parte tenemos la situación de urgencia –*siendo improrrogable su atención*- donde el paciente sólo se encuentra separado entre la vida y la muerte por la actuación o no del médico y por otra -que claramente empeora el escenario- tenemos que el paciente se encuentra en un estado de inconsciencia en el cual obviamente, le es imposible

expresar su voluntad; ni tampoco se está en posibilidad de contactar con quien pueda legitimarla –personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, representante legal, etcétera-. Es decir, *no considerando aquellos supuestos en donde de alguna forma –cualquiera que sea-, el médico pueda, directa o conjuntamente, realizar una valoración objetiva sobre cuál sería la decisión del paciente; a manera de *lege ferenda*, manifestamos que es prudente la creación de la figura de un tipo específico que dedique atención al tratamiento curativo arbitrario, por ejemplo, en los términos que dispone el artículo 156, 2. a) del Código Penal portugués, que una vez suscitado el caso al que venimos haciendo alusión y, atendiendo a la exégesis del mencionado precepto, se desprende que, el médico quedaría exento de responsabilidad criminal y por lo tanto su actuación sería atípica no siendo necesario siquiera someter su proceder, matizamos: en estos casos puntuales, a la evaluación de una posible, siempre virtual, y compleja, ponderación de intereses –voluntad *versus* bienestar- o bienes jurídicos –vida y salud frente al de la libertad (coacciones)- que supondría recurrir a la figura del estado de necesidad justificante establecida en el artículo 20.5 del Código Penal español. Consideramos, que la conducta realizada por el galeno es atípica, debido a que, estando de por medio una situación de **urgencia** e **incomunicación “total”** que permita conocer la voluntad del titular, familiares o personas de hecho vinculadas a él, atribuimos similar efectividad a esta forma de asentimiento presumida que la que posee el consentimiento efectivo –es decir, el recabado por quien legalmente puede disponer del bien jurídico, donde, como hicimos alusión en el desarrollo de ésta investigación, despliega sus efectos en la atipicidad de la conducta-. Esto, -aunque de antemano sabemos que podría sonar arriesgado; pensamos puede ser una excepción por las peculiaridades de ese caso concreto expuesto previamente y de la compleja actividad médica- se debe a que, para el médico, independientemente de lo “injusto” que sería -jurídicamente hablando- atribuirle responsabilidad criminal en una situación en donde no hace más que tratar de realizar lo que este a su alcance para preservar la salud o la vida del enfermo, claro está, que actúa –casi como acto reflejo- en función de un consentimiento presumido y emanado de su propia ética y principios médicos, que en casos análogos como los que ahora*

estudiamos, en donde está de por medio la salud y la vida de un ser humano, siempre será preferible dirigir la acción en *pro* de estos dos bienes de gran relevancia jurídica-penal y por supuesto también constitucional. Es más, y ante el debate doctrinal existente relacionado con considerar –que en principio sería lo más oportuno- que, lo que en estos supuestos se vulnera es la voluntad del paciente y por ende el facultativo sólo podría llegar a ser responsable por quebrantar la libertad de aquél a su autodeterminación (coacciones), pensamos que el galeno ni siquiera se plantea la posibilidad de fracturar esa voluntad; es decir, la única intención le que aflora en ese instante es la de preservar la vida o la salud que quien en ese momento se adolece.

19ª. Siendo analíticos a la exegesis del artículo 156.2 a) del CPP y revisando su dicción minuciosamente, creemos que existe algo a destacar y que por supuesto consideramos oportuno manifestar con el objeto de brindar mayor sustento a nuestra propuesta e incluso, cuestionar los argumentos de quienes, **en estos casos**, son un tanto conservadores y se cierran a esta “otra posibilidad” –ubicar en sede de atipicidad al consentimiento presunto en el marco de un tratamiento curativo arbitrario- recogida de la verdadera realidad de la práctica médica, manifestando que, la conducta del galeno en este escenario se adecuaría al delito de coacciones por prevalecer una vulneración a la libre autodeterminación del paciente. Así, lo que se puede deducir una vez hecha la evaluación del precepto legal portugués es que, ante la decisión “**arbitraria**” que realice el profesional sanitario ni siquiera se plantea la exigencia de que éste actúe bajo las reglas de la *lex artis* o *lex artis ad hoc*. ¿A caso es que el legislador portugués lo olvida o *ex profeso* lo realiza? Pensamos que esto obedece a una razón muy sencilla y que la mayoría de las veces, cuando es menester que el Derecho intervenga en la regulación de las conductas -como los casos que ahora nos ocupan- es pasada por alto por múltiples razones. En principio tenemos que tener claro que la Medicina no es una Ciencia exacta y que si bien es cierto que se tienen que seguir ciertos estándares de actuación –como las reglas de la *lex artis*- a efecto de dar su lugar pertinente al proceder “**aconsejado**” frente a la *sintomatología general*, la verdad –y la experiencia médica puede constatar esta afirmación- es que, en

no pocos casos lo que disponen dichos estándares no es lo más provechoso en ese preciso momento de apremio. Prueba de esto, es que, como se desprende de variadas reflexiones del ilustre GREGORIO MARAÑÓN; la realidad es que, en múltiples ocasiones el galeno procede a su real saber y entender derivado de su experiencia profesional, haciendo un lado lo que enuncian las mencionadas reglas y el resultado es favorable, incluso mejor que si se hubiera procedido como los patrones de conducta médica lo establecen.

20ª. Para complementar nuestra posición, es preciso matizar que, no quiere decir que se le otorgue plena y libre disposición al médico para decidir de la manera que él quiera sobre el paciente como si éste fuera algo de su propiedad, sino que al galeno, ante la inexactitud de la Ciencia Médica -y la complejidad que representan estos casos donde podemos decir que éste, sin referencia alguna que fundamente su proceder, *atendiendo únicamente a la voluntad que el cuerpo del paciente manifiesta y demanda en ese preciso instante*- sólo se le puede exigir lo siguiente: Que su actuar este tutelado por el principio de beneficencia-no maleficencia- y que de su proceder no se desprenda una “clara” imprudencia, negligencia o impericia, donde, de lo contrario se estaría a lo dispuesto por las intervenciones con resultado negativo, sin consentimiento y con tratamiento incorrecto. Así bien, las ya mencionas reglas de la *lex artis* cumplirán la finalidad de su esencia por las que fueron inspiradas a crearse: fungir como meros protocolos de actuación que **“sirven de referencia”** en el ámbito y ejercicio de la profesión sanitaria.

21ª. Esta demás decir que los médicos hoy en día actúan bajo ciertas limitaciones por el temor a verse inmiscuidos en un problema de responsabilidad profesional –entre otras cosas, por la gran y reprochable etiqueta que le es impuesta por la propia sociedad-, lo que los ha orillado a hacer uso de la denominada medicina defensiva, generalmente en los casos de que su intervención sea frente a una situación de peligro, en donde por excelencia, basta el ejemplo que ahora estudiamos –situaciones de extrema urgencia con las particularidades *supra* detalladas-. De esta forma y sin detenernos en precisar los graves problemas que vienen aparejados a la práctica de ese tipo de medicina –que ya fueron analizados dentro del

desarrollo de la presente investigación-, consideramos de suma importancia que se deben dar respuesta jurídico-penal a este tipo de cuestiones cada vez más frecuentes y así, paliar con esas limitaciones que, ciertamente, *no hacen más que obstaculizar la eficiente práctica médica y llenar los Tribunales de asuntos sui generis muchas veces infundados, al grado incluso de judicializar la compleja y noble profesión de la Medicina.*

22^a. Somos absolutos creyentes de que el Derecho Punitivo debe ser fiel al principio de intervención mínima con su característica de *última ratio* garantizador de erradicar su uso excesivo que hoy en día podemos apreciar en esta materia, lo que ha llevado a pisar el acelerador a fondo con dirección proclive a un expansionismo del Derecho Penal.

Bien así, es por eso que sólo estamos de acuerdo “parcialmente” con quienes afirman que hay otros instrumentos no punitivos –como el Derecho Civil y el Derecho Administrativo- para dar puntual respuesta jurídica a las actuaciones que menosprecian la libertad decisoria de los pacientes. Y nuestro acuerdo -que si existe- es parcial, porque pensamos que, precisamente en respeto y salvaguarda de los principios mencionados *supra*, el crear un tipo de figura “similar” a la que regula el Código Penal portugués en su artículo 156.2 a) contribuiría a evitar el tan indeseado expansionismo desmedido del Derecho Penal; *aparte de* que impulsaría a aclarar la ambigua situación actual, que delimite los contornos entre los atentados a la vida o a la salud y a la libertad personal, que fije, con todas las cautelas atendiendo también a la experiencia doctrinal y comparada los requisitos y excepciones del consentimiento. En definitiva dar respuesta a la ubicación penal del tratamiento curativo arbitrario: **conducirá indudablemente a disminuir el sin número de denuncias que, derivadas de los problemas por responsabilidad profesional médica llegan a los Tribunales -la mayoría de las veces carentes de fundamento legal-, teniendo en cuenta que la realidad y las estadísticas no dejan mentir, y, comprueban nuestra afirmación que, apunta a la vía penal, como la preferida por los usuarios de los servicios de salud que consideran se han vulnerados sus derechos.**

23^a. En relación con la ubicación sistemática con que se quiera tildar a la antijuridicidad, y siguiendo a nuestro gran maestro MORILLAS CUEVA, apuntamos que su evolución “presenta una tendencia clara en la dicotomía objetivo-subjetiva: inicialmente la doctrina se decanta por una apreciación estrictamente objetiva –juicio hecho sobre la acción realizada por el sujeto ajeno a que éste sea o no culpable-, para pasar, con la aceptación pacífica de los elementos subjetivos, a una idea predominantemente objetiva y llegar, como contrapeso de lo anterior, a los planteamientos subjetivos –conciencia de obrar contra el deber que impone la norma jurídica de actuar de un modo determinado, voluntad contraria a derecho-”. Pero ninguna de ellas triunfa plenamente en la mayoría de los autores en las modernas concepciones del delito: los que se inclinan por la prioridad de los contenidos objetivos, cada vez se mueven más hacia aceptaciones subjetivistas; y los que lo hacen desde esta última perspectiva no dejan de reconocer los elementos objetivos.

El debate no se enmarca en el superado enconamiento entre el causalismo y finalismo sino, fundamentalmente, en la concepción que se siga sobre la esencia de las proposiciones jurídicas como normas de valoración o normas de determinación. Las primeras abocan a una comprensión objetivizada de la antijuridicidad; las segundas, como imperativos, a una subjetivizada. Pero, pensamos que la tendencia actual se manifiesta por una línea dualista que admite que el injusto esté integrado por elementos objetivos y subjetivos, que entiende la norma en una cierta convivencia entre juicio de valor y función de determinación y que asume la integración conjunta del desvalor de la acción y del desvalor del resultado en la estructura de la antijuridicidad.

Esbozado lo anterior y para efectos de matizar cual es la postura que acogemos, podemos decir que nos decantamos por la doble variable de carácter objetivo-subjetiva; es decir, con situaciones subjetivas en el injusto, acompañadas, de los relevantes aspectos objetivos de valoración del hecho en concreto.

24ª. Creemos que una de las cuestiones que más ha obtenido preocupación de la doctrina penal es la búsqueda de un fundamento para las causas de justificación; ciertamente sin un gran éxito en tal sentido, posiblemente porque, como bien señala JAKOBS, el contenido de las citadas causas concretas, paralelamente al contenido de las normas específicas, cabe extraerlo teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad concreta y dicho estado suele ser sumamente complejo, aunque no se descarten para la justificación datos previos normativos sin consideración a aquél. En este orden de ideas y al hilo de las distintas teorías que predominan en la Ciencia Penal para conquistar el fundamento de dichas causas de justificación, opinamos que la sistematización y el citado sustento no se pueden hacer de forma unitaria sino con pretensiones de apertura plural. En realidad no es tarea sencilla, a pesar de la más adecuada regulación tasada que de ellas hace el Código Penal español a diferencia del germano, señalar criterios que aunque variados han de ser necesariamente individualizados para cada una de ellas; pero como adelanto general, aunque únicamente sea con reconocimiento supletorio de criterios sistemáticos comunes, es adecuado establecer **el punto de arranque en las ideas de ponderación de intereses, predominio del Derecho y solidaridad.**

25ª. Sobre el intrincado debate que permea acerca de la existencia o no de elementos subjetivos en las causas de justificación –y a pesar de que cada una de las teorías existentes presenta luces y sombras, algunas desde la elaboración sistemática y otras, en lo que realmente debería interesar: la aplicación práctica para la resolución de los múltiples problemas que se presentan día a día y que es menester hacer uso de las distintas causas que excluyen la antijuridicidad-, nos atrevemos a afirmar que, sobre la teoría general del delito y la realidad punitiva española hay que confirmar la necesaria existencia de los aludidos elementos intrínsecos de justificación para su real y práctica verificación, cuyo alcance está situado esencialmente en el conocimiento de la concurrencia de la posición de justificación, que lleva, como derivación un cierto componente volitivo que no ha de llegar a precisar en un determinado momento intencional. Nuestra postura, entendemos, está avalada

por la propia regulación de las causantes de justificación en el Código Penal español. Sucede, no obstante, que esta última dispone en alguna de ellas ciertas tendencias subjetivas especiales, como puede ser en la legítima defensa la expresión “el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”, en el estado de necesidad la de “para evitar un mal propio o ajeno”, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo precisamente la utilización de la preposición “en”, que, sin embargo, no creemos que rompan los fundamentos dogmáticos de la teoría defendida del conocer y querer los presupuestos objetivos de la casusa de justificación sino que precisamente la avalan.

26^a. A pesar de los distintos planteamientos que existen sobre la clasificación que identifica a las causas de justificación, sobre todo, los realizados por la doctrina alemana, y, mostrándonos un tanto renuentes a la creación de eximentes supralegales por la posible inestabilidad jurídica que ello traería aparejado, pensamos que en el marco del Derecho Positivo español son las siguientes: La legítima defensa (artículo 20.4 del CPE), el estado de necesidad justificante (artículo 20.5, considerando también, el denominado estado de necesidad exculpante en caso de colisión de intereses de la misma jerarquía) y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20.7). De esta forma se apuesta por las específicamente relacionadas en el Texto Punitivo, al mismo tiempo que se diferencian de las causas de inculpabilidad, por inimputabilidad, anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio (artículo 20.1), intoxicación plena (20.2), alteraciones en la percepción (artículo 20.3), o por “no exigibilidad”, miedo insuperable (20.6). Como puede comprobarse, el consentimiento, que no está regulado como eximente específica, siguiendo en el orden de ideas que fundamentamos *ab initio* de esta investigación, no lo estimamos como causa de justificación sino como una causa de atipicidad.

27^a. Es patente la variedad teórica existente que se ha creado con el objeto de dotar de fundamento y sobre él la naturaleza del estado de necesidad. Pues como afirma SILVA SÁNCHEZ detrás del estado de necesidad, así como detrás del ejercicio legítimo de un derecho, hay una

Teoría del Derecho. La posición que se adopte sobre el estado de necesidad es una teoría del derecho, una teoría del estado, una teoría moral. Así, resaltan la teoría unitaria, la teoría “heterodoxa” de la diferenciación y la tesis diferenciadora, cada una de ellas sin duda contiene argumentos dignos de aplauso y otros que son muy cuestionables. Tras el análisis de cada uno de los postulados que configuran a las mencionadas creaciones doctrinales, concluimos en adherimos a la última que citamos y que como su nombre la etiqueta, completa una perspectiva dual, por un lado adquiere naturaleza de causa de exclusión de la antijuricidad, cuando los intereses en conflicto son desiguales y se sacrifica el de menor estimación para proteger el de mayor valor, por otro, en su caso, de exclusión de la culpabilidad, cuando el mal causado sea de igual entidad al evitado. Ante esto, tenemos que matizar que la determinación de exención de responsabilidad en uno y otro supuesto estará condicionada a la observancia eficaz de determinadas requisitos expuestos en el desarrollo de la investigación, por lo que, para su análisis y conocimiento, nos remitimos a la sede correspondiente en la misma.

28ª. Sobre el tratamiento la figura de estado de necesidad en la actividad médica, debemos advertir que la cuestión debe ser abordada con especial cautela y esmero, por los bienes jurídicos de alta envergadura que están en juego: principalmente la vida y la salud. Haciendo un lado los casos en donde se ha recabado de manera efectiva el consentimiento informado del paciente, pues ya hemos dejado claro que atribuimos a aquél un efecto que vendría, en su momento, a etiquetar la conducta del profesional sanitario de atípica –sin dejar al margen, en principio, la oportuna observancia de éste a las reglas de la *lex artis ad hoc*-, afirmamos que los verdaderos problemas se presentan –y ubicando por separado los casos del consentimiento presunto, porque los que ahora nos ocupan escapan a ese planteamiento- en aquellos escenarios donde la actuación del profesional no está avalada por el asentimiento del enfermo – porque aunque lo puede prestar decide no hacerlo por estimaciones personales: p. ej., transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová o las huelgas de hambre predominantes en el ámbito penitenciario- o de quien en su caso deba otorgarlo por éste –limitándonos a los *ítems* de los inimputables- y

la situación específica conlleva cierto grado de urgencia, antepuesta a la intervención del facultativo. Ante la diversidad de sugerencias para abordar los tan variados supuestos, concluimos afirmando que, este panorama, el conflicto, ineludiblemente, se acaba planteando entre el deber de conservar la vida y la salud de una lado -incluso la pública, p. ej., epidemias o enfermedades infectocontagiosas- y, de otro, el derecho a la autodeterminación, libertad religiosa, o inclusive, ciertamente podría hablarse de la propia dignidad humana –donde la tensión aumenta por el anclaje constitucional de todos ellos-. Bien así, podemos decir que, como consecuencia de lo precedente se deriva un maremágnum de supuestos en donde nos hemos atrevido a clasificarlos atendiendo a su mayor prevalencia en la realidad médico-legal contemporánea y pronunciarnos respecto a la forma de examinarlos. Sin ser exhaustivo a las *determinaciones conclusivas* en que aterrizamos en cada uno de ellos –y no porque los casos que omitimos sean menos importantes-, pues rebasaría los límites de nuestra exposición en esta sede, sólo algunas de ellas integraran el catalogo de estimaciones finales *ex post*.

29^a. Cuando está de por medio la salud pública, estimamos que se trataría de conflictos de intereses, donde de un lado se colocaría la autodeterminación del enfermo y, de otro, la salud de la colectividad. El médico se encontraría entre el deber de respetar el primero y de salvaguardar el segundo. Pero para poder apreciar un estado de necesidad, como eximente de la responsabilidad, será preciso que se cumplan todos y cada uno de los requisitos del mismo.

Presupuesto de este estado de necesidad, es la situación de peligro para un interés jurídico. Riesgo que tiene que ser grave e inminente; sólo aquellos susceptibles de causar un grave daño a la salud pueden tomarse en cuenta. No puede olvidarse, a la hora de ponderar el riesgo-intereses en conflicto, que la protección de la salud pública, sólo tiene sentido en cuanto sirve como protección de la individual. Por tanto, pensamos que no basta con que se origine una rebaja en las condiciones o estado de salud de la colectividad, sino que es necesario que la misma cree un peligro, grave, de lesión de los bienes jurídicos individuales. Por ello, aunque el artículo 10.6 de la

LGS no lo especifique, el riesgo para la salud debe ser grave. Es necesario, además, que sea inminente, en los términos definidos en nuestra exposición. La situación de riesgo, en estos supuestos viene dada por la existencia de condiciones que puedan suponer una efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales que subyacen al colectivo. El peligro lo es, por tanto, para los primeros. El interés colectivo se lesiona con la simple rebaja de las condiciones existentes en ese momento: resulta claro que la aparición de una enfermedad infecto-contagiosa, o de agentes capaces de ocasionar daños en la salud individual, suponen, ya, un menor nivel de salud pública. Por ello, razonablemente, una primera precisión, sería establecer que el riesgo debe serlo para los particulares y no para la colectividad; sólo cuando esos factores creen un peligro para la salud individual, podrá decirse que existe un estado de necesidad, o una situación de necesidad. En consecuencia, el mencionado artículo de la Ley General de Sanidad, debe interpretarse en el sentido expresado: el médico puede actuar –sin olvidar ciertas condicionantes en su proceder- cuando la lesión de la salud pública conlleve un peligro de lesión de la salud de los particulares.

30^a. En cuanto a la posible interrogante que se puede formular a cerca de límites de la obligación del profesional a sacrificarse, consideramos que el médico no podrá ampararse en el estado de necesidad, cuando para salvar un interés propio (salud), lesione otros (salud del paciente, interés colectivo). El galeno viene obligado, por el ejercicio de su profesión, a correr determinados riesgos, así, por ejemplo, el de contagio de alguna enfermedad. Por tanto, un caso común como la falta de asistencia a pacientes infecciosos, consideramos que difícilmente podrá ser amparada por la eximente de estado de necesidad, ya que existe el deber jurídico de correr el riesgo, exponiéndose al contagio. Como expone LUZÓN CUESTA, es importante considerar que, en lo que respecta a la ponderación de intereses habrá que tener en cuenta el origen del deber jurídico de sacrificarse. En el caso del profesional de la Medicina, de una parte se encuentra el propio del médico (su salud) y, de otro, la del paciente y el interés colectivo de la salud pública, en cuanto la no detención o control de la enfermedad puede ocasionar una disminución de ella y poner en peligro

intereses particulares. Además, la función social atribuida al ejercicio profesional de la Medicina -ya desde el juramento hipocrático y de los distintos Códigos deontológicos y de ética médica- exige, de sus miembros el actuar de la “forma adecuada” para garantizar la salud. Deducimos que no se invierte o se vulnera el principio de ponderación de intereses, ya que se ha tomado en cuenta el interés social al realizarlo; por ello, aunque *prima facie*, puedan parecer los intereses en juego iguales, la existencia del **colectivo** (que no es sólo la salud pública), hace que se otorgue primacía a éstos. No puede dejarse de tener en cuenta, como ya dijimos en líneas previas, que los intereses colectivos se protegen en tanto que su lesión supone un peligro para el individual que subyace; no se da primacía al colectivo más que en función de la finalidad de su protección.

31^a. Sobre el denominado privilegio terapéutico y no ignorando lo dispuesto por la Ley 41/2002 en sus artículos 5.4 (limitación de información por estado de necesidad terapéutica; 8.2 (exigencia del consentimiento por escrito); 9.2. b. (no necesidad del consentimiento cuando exista riesgo inmediato para la salud física o psíquica del enfermo); 9.3 a. (otorgamiento del consentimiento por representación cuando el paciente sea incapaz de tomar decisiones) y el 10.1 (los presupuestos en que el facultativo debe otorgar la “información básica”), somos concluyentes cuando afirmamos que en el marco de esta subjetiva confrontación de ideas por parte del médico, que actúa de cierta forma por creer que es lo mejor en ese caso concreto para el paciente y, de éste por la afectación que le produjo el hecho de no saber los alcances del actuar del profesional sanitario, pensamos que, mientras se esté en la posibilidad de informar, no deberá ser sometido este derecho del enfermo a la consideración del médico –que sería una decisión unilateral y ajena a un interés del que puede disponer- y los demás profesionales sanitarios. Cuestión sobre las que no nos queda duda, contribuirá en gran parte a la mejora de la Medicina contemporánea, a la evitación de denuncias infundadas ante los profesionales que la ejercen y, sobre todo, a la obtención de resultados óptimos en la aplicación práctica de sus conocimientos para coadyuvar así a la optimización y desarrollo de la Ciencia Médica. De esta manera, el hecho de

que los profesionales médicos no sometan a consideración del enfermo la información que disponen por sus conocimientos de la situación concreta, **abriría la posibilidad** de que éste –quien no ha manifestado su deseo de no conocer la información relacionada a su salud- se encuentre en la posibilidad-facultad de saber cómo afrontar su enfermedad y así, sobre motivación para luchar en contra de ella, ya que, a nuestro parecer, debido a la complejidad de la mente –aun en los casos más “predecibles”- difícilmente –sólo de una indeseable manera aventurada- se sabrá cómo reaccionará ante una intrigante noticia que involucra a su salud.

32ª. Por lo que hace a la segunda de las eximentes que acaparan nuestro objeto de estudio, comprendida en el 20.7 del CPE y en contra de quienes, a pesar de que esta denota *per se* una causa de justificación, opten por considerarla innecesaria como tal dentro del Código Penal español nos inclinamos por su prevalencia y por su efectividad como eximente de la antijuricidad de la conducta. Las razones son variadas y cabe sintetizarlas en las siguientes: a) La que parece obvio, no siempre lo es tanto pues, en determinados casos, podía presentar dificultades la neutralización penal, en clave de justificación, por un deber o derecho establecido por una Ley no penal; b) La fijación jurídico-penal de la eximente cumple una función de llamada o de advertencia en cuanto que la valoración de la antijuricidad pasa por la comprobación apriorística del sometimiento de la norma penal a las consideraciones del resto del Ordenamiento Jurídico; c) Su presencia supone, además, el necesario equilibrio del respeto al principio de legalidad con la obligada integración del Derecho Penal en el sistema jurídico global. Además hay que tener en cuenta que el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho derivados de los preceptos de cualquier sector del Ordenamiento Jurídico determinan la licitud de la acción típica, es decir, comprendida en un tipo de lo injusto del Código Penal o de las leyes penales especiales. El deber o el derecho, no exigen, que deriven de un precepto legal, sino que pueden hallar en su fundamento en otras disposiciones jurídicas de rango inferior, en convenios o tratados internacionales, por ejemplo, suscritos por España y que hayan quedado incorporados a su Derecho interno, o en el

Derecho consuetudinario. El deber o el derecho pueden derivar también del Derecho de las Comunidades Autónomas e incluso del Derecho comunitario, es decir, de la Unión Europea. Dicho lo anterior, no cabe duda de que la permanencia de esta eximente en el Texto Punitivo español mantiene las zonas de conflicto con la legítima defensa y, sobre todo, con el estado de necesidad.

33ª. Relacionado a la eximente abordada en la anterior conclusión, pero ya adentrados en el contexto de la actividad sanitaria en general y en el tratamiento médico-curativo en particular, entendemos que, como común denominador en el resultado típico se tendrá que son los de muerte o lesiones los que adquieren relevancia. Así bien, teniendo la figura del consentimiento como nexo total para la decisiva valoración de la actuación del galeno y alumbrados por los distintos estudios en la materia sobre los que nuestro maestro MORILLAS CUEVA ha dedicado su atención, podemos proyectar la cuestión desde dos ángulos o perspectivas: supuestos en los que se produzcan actuaciones médicas con consentimiento del paciente y las que se realicen sin consentimiento de éste. Respecto de las primeras es menester diferenciar en relación con el bien jurídico vida o con el de salud. En relación con **el primero**, dos pueden ser los actos del profesional sanitario que lleven a un resultado de muerte, siempre con el consentimiento del paciente. **De una parte**, tratamiento médico-quirúrgico con finalidad curativa, realizado con todos los requisitos de la *lex artis* que, sin embargo, y por **atribuciones fortuitas** o por la gravedad del enfermo se produce la muerte, estará amparado en la susodicha causa de justificación del ejercicio de la profesión sanitaria del artículo 20.7 del CPE y, por tanto, exento de responsabilidad criminal, que incluso, puede llegar por atipicidad de la conducta; **por otro lado**, el mismo supuesto pero no actuando conforme a las exigencias de la citada *lex artis*, derivará en un homicidio por imprudencia profesional del artículo 142.2 o, en su defecto y en muy escasas ocasiones, por dolo eventual, del artículo 138 del CPE, en el que, el consentimiento del sujeto pasivo legitima en abstracto y en inicio la intervención médica, pero no impide la responsabilidad penal y por tanto la no aplicación de la eximente, por la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo. Está claro que si la actuación médica finaliza con éxito, no existe ningún tipo de

responsabilidad y su valoración hay que dirigirla, en todo caso, a las lesiones - cuando se afecta el bien jurídico salud-, pues no existe el resultado muerte.

34ª. Con relación al segundo, **bien jurídico salud**, el tema es más complejo por la función, ya analizada, que el consentimiento cumple en las lesiones (atenuante, dispuesto en el 155 del CPE). Por ello, nos tenemos que centrar en las hipótesis no contempladas por el artículo 156 del Texto Punitivo realizadas con el consentimiento del paciente. Aquéllas pueden producirse como intervenciones curativas médicamente indicadas y como no curativas y, a su vez, bajo los postulados de la *lex artis* o sin ellos. Como ya hemos sostenido en otros pasajes del presente trabajo -en atención al consentimiento- las actuaciones enmarcadas en la primera de las hipótesis es la de su atipicidad, en atención al bien jurídico protegido y su nula incidencia en él; parecido sucede con las no terapéuticas, aunque en éstas procede matizar que, para algunos autores, es posible realizar el tipo de lesiones y aplicar la causa justificativa en estudio y, para otros, entre los que nos incluimos como antes opinamos, también se está en una situación de atipicidad. Cuando el facultativo obra, en estos casos, no conforme a la *lex artis* habrá que ir a los respectivos delitos de lesiones imprudentes o dolosos eventuales, en concordancia con lo que se dispone para las formas de homicidio. En las segundas, intervenciones médicas sin consentimiento del paciente, la respuesta en atención al ejercicio legítimo de un oficio o profesión sugiere la escisión igualmente en dos supuestos pero desde distinto contenido: Una, intervenciones con resultado negativo motivado por tratamiento técnicamente incorrecto en las que de nuevo hay que repetir las conclusiones elaboradas para semejantes hipótesis con anterioridad, la única diferencia era la presencia de consentimiento para realizar el acto médico. Se produce, por tanto e inicialmente, una actuación imprudente o doloso eventual del delito producido, homicidio o lesiones. Pero la cuestión, entendemos, no puede quedar exclusivamente en ese punto donde con frecuencia lo deja la doctrina y la jurisprudencia. Existen entre ambas situaciones una evidente desigualdad en los comportamientos que ha de romper la proclamada uniformidad: En uno se actúa con consentimiento, en el otro sin él. El resultado lesivo o letal imprudente o doloso eventual conlleva una

específica conculcación del bien jurídico respectivo, vida o salud; pero ello no evita el también quebrantamiento de la libertad de autodeterminación del paciente, lo que puede conducir a un concurso ideal de delitos entre el homicidio o las lesiones y el atentado a la libertad –coacciones, 172 CPE-. Otra, con tratamiento técnicamente correcto, en la que tampoco cabe justificarla en el ejercicio legítimo de un oficio o profesión ya que falta el consentimiento del paciente y que derivará, para unos, en un delito de lesiones, para otros, en un delito contra la libertad. Esta última precisión, con todas las dificultades que presenta, nos figura como la más apropiada a la legislación punitiva española porque difícilmente –al menos en principio- es factible hablar de lesiones cuando la actividad médica se ha desarrollado conforme a las reglas de la *lex artis*, aunque sin tener el consentimiento del paciente; a pesar de que, como hemos apuntado en líneas previas, de *lege ferenda*, sea, posiblemente lo más correcto, la creación, en este sentido, de un tipo específico, dentro de los delitos contra la libertad, a manera de como lo contemplan los Códigos penales de Austria y de Portugal.

35ª. Por lo que hace a los adecuados límites sobre la posición de garante que debe asumir el facultativo, referimos que de igual forma que el profesional sanitario no puede responder por los supuestos en los que tiene conocimiento de que un enfermo grave no acude a la consulta, tampoco puede obligársele al seguimiento de un paciente que, consciente de su gravedad, decida marcharse del hospital. La pretensión contraria no sólo escaparía a los esquemas más básicos del sentido común, sino a lo que puede considerarse razonable o exigible en términos penales. En el resto de las múltiples variables que pueden emanar del ejercicio de la Medicina, la determinación de su responsabilidad como comitente omisivo requerirá responder previamente a dos cuestiones. La primera, la de los límites asistenciales a los que se entiende la posición de garantía; esto es, su ámbito o extensión. La segunda, la de determinar los presupuestos de la relevancia penal de la omisión **como presupuesto del juicio de atribución normativa.**

Conforme a los criterios anteriores, en los casos en lo que previamente se haya fundamentado la existencia de la posición de garantía del médico se

plantea la cuestión en torno a los términos hasta los que se extiende. La respuesta debe tener presente que el objeto del compromiso que el médico asume, no es la hipotética salvaguarda genérica de la vida y salud del paciente, sino que se refiere por definición a una dolencia concreta respecto a la que asume una **obligación de medios**: intentar la curación o mejora de dicho padecimiento. Este aspecto a su vez acota la extensión de su deber, en cuanto que, en la medida en que se compromete a realizar una actividad curativa debe poner todos los medios necesarios a su alcance para garantizar, si no un resultado, sí la corrección del tratamiento y la paliación, en la medida de lo posible, del sufrimiento que al paciente ocasiona la dolencia por la que acudió en busca de ayuda sanitaria. Una de varias consecuencias prácticas de lo precedente podría ubicarse en que el facultativo no está obligado a realizar aquellas intervenciones que, pese a ser solicitadas por el paciente, no respondan a una finalidad curativa, o no estén indicadas conforme a las reglas de la *lex artis* o simplemente escapen –fehacientemente- de sus posibilidades. Es lo que sucede, p. ej., en casos como el de la embarazada que solicite al médico que le practique una cesárea pese a no presentar dificultades para un parto natural, o en aquel otro en el que el paciente solicite al dentista que le extraiga toda la dentadura por estar convencido de que así le desaparecerán los dolores de cabeza.

36ª. Partiendo, por un lado, de lo que dispone el apartado 4 del artículo 2 de la Ley 41/2002 que refiere al derecho de todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento y por otro, que cuando el respeto de dicha voluntad del enfermo que se niega al tratamiento, determina la puesta en peligro de su vida o salud. Debe reconocerse pleno ámbito de juego a la decisión libre del enfermo tanto para decidir renunciar a la protección de su salud, ya sea por la vía de la disposición del bien jurídico en los casos en que con seguridad se produzca una consecuencia lesiva, ya sea para asumir el riesgo en los casos, la mayoría, en los que aquélla se presenta como de incierta producción. Llegados a este punto, puede contestarse sin dificultad a la pregunta en torno a si ¿sería posible fundamentar la responsabilidad del médico por un delito de lesiones en comisión por omisión, en caso de que atendiera a la voluntad del

enfermo contraria a la terapia, y a consecuencia de ello se produjera un empeoramiento de su estado de salud? A estas alturas de la investigación no cabe más que decir que, la respuesta tiene que ser terminantemente negativa, salvo algunas particularidades expuestas en los casos de huelgas de hambre – con un acento particular en el campo penitenciario-, de pacientes pertenecientes a la organización religiosa de los Testigos de Jehová y de los denominados pacientes suicidas. Sobre los matices a tener en cuenta nos remitimos a los epígrafes correspondientes.

37^a. Sobre polémica interrogante relacionada con la forma en que debe interpretarse el postulado: Derecho a una muerte digna –eutanasia- y sin la intención de adentrarnos en las múltiples consideraciones que emanan de los distintos sectores que conforman al Estado social y democrático de Derecho – pues el análisis crítico lo hemos desarrollado en nuestra investigación-, siguiendo a ALONSO ÁLAMO, una especialista en este tópico, podemos concluir con un reflexión digna de exaltarse y que *per se* adelanta y caracteriza el acento que guiara nuestra toma de postura respecto a algunas modalidades del tema: «El temor al peligro de instrumentalización ideológica de la dignidad o las dificultades para su conceptualización no deban conducir tan decididamente a una desconfianza hacia la valoración de esta, máxime si se acepta, que la dignidad podría ser invocada en el debate sobre la eutanasia activa indirecta y sobre la eutanasia pasiva, y se admite que el derecho a la integridad personal es vecino inmediato “pared con pared” de la dignidad». Así, se trataría, de respetar uno de los principios básicos de la bioética, considerado además punto de partida de los restantes: la autonomía del paciente; hasta el punto de que la pretensión de desconocerla e imponer pese a la misma un tratamiento médico podría dar paso, en su caso, a un delito de coacciones. En definitiva, una regulación penal que proteja la vida frente a conductas activas y directas mediando un “contexto eutanásico”, como hace el Código Penal vigente, no violenta la prohibición de exceso constitucional: la vida es un bien jurídico de rango constitucional, cuya “disponibilidad” es de difícil fundamentación; la vida es, a lo sumo, “limitable” por el juego de otros Derechos Fundamentales, principios o valores, o “exceptuable”, bajo determinadas condiciones. En su

caso, la restricción de su protección penal, incluida la eventual despenalización de la eutanasia activa directa, entraría dentro del margen de discrecionalidad legislativa en materia penal, que se desenvuelve con independencia de la teoría del bien jurídico. En el mismo orden de ideas previo y para quienes hemos dedicado algún tiempo a la investigación de la relación del gremio médico y las aras del Derecho, la realidad en la práctica no nos dejaría mentir que no en pocas ocasiones el sanitario “discretamente” actúa “activamente” para poner fin a una vida en agonía, ya sea a petición del propio paciente – cuando puede hacerlo- o de quienes están legitimados para ello y sin que esto conlleve a las trascendencia del caso. Lejos de entrar en discusión, sino simplemente a manera de reflexión, podríamos abrir nuevamente el debate con el siguiente cuestionamiento: En *pro* de evitar un expansionismo del Derecho Penal, ¿no sería preferible que el legislador realizara consideraciones de política-legislativa para amparar “legalmente” a éstas actitudes?

38^a. Por lo que amerita a otro importante tópico en nuestra investigación integrado por el análisis de la exculpación en la actividad médica, consideramos oportuno enunciar una reflexión importante -por el acento que le dará a nuestra postura- respecto del estado de necesidad exculpante, que se “desprende” de la interpretación del artículo 20.5 del CPE. Así, creemos que mediante la simple remisión a las situaciones de conflicto entre males equivalentes como supuestos de “**inexigibilidad**”, queda oculto el motivo por el que el Ordenamiento no puede exigir el cumplimiento de la norma al sujeto que ni siquiera está inicialmente implicado en la situación comprometida. Dicho de otro modo, la identificación directa entre no exigibilidad y actuación en una situación de conflicto entre intereses semejantes no aporta dato alguno sobre las razones para exculpar. Si la idea de “no exigibilidad”, que estimamos, permanece vacía de contenido, corre el riesgo, además, de convertirse en pretexto del operador jurídico para, incluso sofocar sus inconsistencias en un determinado juicio. En otras palabras; una regulación del estado de necesidad tan amplia como la española permite cobijar un dilatado archivo de decisiones judiciales respecto a conductas realizadas en contextos conflictivos, con el límite legal de la causación de un mal igual. Al sumar a esa amplitud la

ausencia de un principio rector o fundamento del estado de necesidad exculpante, cabría imaginar que, en función de la particular noción de cada Juez de lo jurídicamente exigible, pudiera solucionarse –y como del análisis de la casuística jurisprudencial se comprueba- el mismo caso de distinto modo.

39ª. Expuestos los **inconvenientes** de la escuela que propugna por la “inexigibilidad” como fundamento material de las causas de exculpación y de ambas posturas predominantes al respecto en la doctrina –la psicológica y la normativa-, en cuanto no aportan luz a la creación de herramientas eficaces para determinar el fundamento del estado de necesidad exculpante que “se desprende” del 20.5 del CPE, creemos que la creación de dicho sustento legal, debe ser, no la preocupación, sino la ocupación que debe circundar en la mente de quienes estudiamos al Derecho Punitivo, ya por necesidad que demanda *per se* el Código Penal como Ordenamiento Legal y rector en la materia, ya por el aclamo de certidumbre social por la resolución de juicios no alejados del principio de legalidad y el cumplimiento efectivo del principio ya alumbrado por FEUERBACH: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Planteado el caso en estos términos, creemos que hay que intentar ofrecer, y que es posible, un fundamento de la exoneración atento en cierta medida a la ponderación, pero de naturaleza excusante, que no se conforme con el parco y difuso concepto de la “inexigibilidad” en la actuación, en una situación de conflicto entre males iguales y que, a su vez, no dependa de datos psíquicos, sino que aporte elementos con que efectuar el juicio valorativo en que ha de consistir la exculpación.

Como punto de partida, debemos dejar claro que nuestra modesta aportación cobrara, *prima facie*, efectividad sólo en el plano doctrinal, pues al igual que las variadas posturas que en este terreno se elaboran con relación al tema que nos ocupa, difícilmente tendrán aplicación práctica-positiva sino logran encontrar eco en la mente del legislador; que a su vez deberá de realizar los ajustes pertinentes en el Código Punitivo para evitar o por lo menos disminuir, esa **siempre incómoda decisión discrecional del juzgador** a la hora de resolver conflictos de intereses o colisión de deberes de la misma jerarquía. **Este razonamiento no es trivial y emana del sentir común que claramente manifiesta la doctrina española por destacar la falta de una**

definición legal de “la situación de necesidad” -20.5 CPE-, que ella y la jurisprudencia se ven obligadas a elaborar.

Dicho lo anterior, y dejado clara nuestra concepción inicial sobre la nublada regulación *lege data* del 20.5 del CPE y más aún, de lo que respecta a la falta de una referencia concreta de la modalidad exculpante; procederemos a destacar algunas directrices que creemos serán torales para sofocar la latente problemática y dar luz a ese aclamado eje rector en que se pueda valer el juzgador para emitir sus fallos con un mayor sustento legal y más íntimo con los principios que permean al Derecho Penal.

Así pues, al hablar de exculpación, de lo primero que hay que ocuparse es del concepto de culpabilidad, entendido generalmente como la capacidad de toma de postura crítica del autor, o lo que es lo mismo, en su aptitud para examinar conforme a razones sus planes de acción y modificarlos en función de ese examen. Aparte de esa capacidad genérica, el alumbramiento del motivo de obediencia a la norma, estimamos que precisa que el sujeto la conozca y unas condiciones en que no resulte comprensible, que se genere un motivo diverso al cumplimiento de la prohibición o mandato. Por tanto, el autor imputable de una conducta antijurídica y conocedor de su carácter prohibido puede, a pesar de todo ello, tener razones que impidan la atribución de responsabilidad jurídico-penal –característica de la exculpación-.

Pero a pesar de que este es, en síntesis, el entendimiento común de la doctrina por el concepto de culpabilidad, el error -desde nuestra concepción- por quienes, dentro de la teoría diferenciadora se pronuncian respecto del estado de necesidad exculpante, radica en considerar como pieza fundamental para la determinación de dicha culpabilidad a la “no exigibilidad” de la conducta del sujeto que se haya en esa situación de necesidad. Consideramos que es reprochable esa concepción porque, como con razón afirma ROXIN –y partiendo de que los casos que aquí interesan se refieren al problema de ¿bajo qué presupuestos se puede conceder indulgencia, más allá del tenor literal de la Ley, al sujeto que ha cometido un hecho injusto que habría podido omitir sin peligro?- «resulta **inadmisible** habilitar al Juez con carácter general para eximir de pena, sin base en la Ley –cuestión manifiesta y grave en el CPE, por no

hacer **referencia expresa** al estado de necesidad disculpante-, con ayuda de una formula tan vacía como la de la inexigibilidad».

Empero, hasta aquí sólo queda parcialmente dilucidada nuestra postura, pues se estaría en deuda con la interrogante sobre ¿cuál es el fundamento material o la *ratio* de la exculpación? que sugerimos. Para dar respuesta a esta interrogante, en principio, tenemos que informar por nuestra preferencia en adoptar un **concepto de responsabilidad** más que de culpabilidad, pues tratándose aquí de que la medula del debate no versa en si el sujeto podía “actuar de otro modo” –debate ya abordado y superado-, sino si su actuación antijurídica y de modo inevitable precisa de pena, la categoría de la responsabilidad responde mejor político-criminalmente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Bajo esta concepción del sujeto responsable y no culpable, el juzgador podrá decidir, **en principio**, en base a la teoría de los **finés** de la pena –utilizada ya, por ROXIN y JAKOBS en este contexto- exaltados en su contenido por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, y podrá radicar el fundamento de su proceder no tan sólo en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta preventiva de punición.

Pensamos que la teoría del fin de la pena, sobre todo en el ámbito español (donde la propia -indefinida para el estado de necesidad y carente para su categoría exculpante- letra de la Ley en el tema estudiado abona en exceso la capacidad discrecional del juzgador, terminando por atender en su mayoría al “caso concreto”) explica por qué el juzgador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo del justiciable y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace depender la responsabilidad jurídico-penal de consideraciones preventivas. Este ejemplo explica al mismo tiempo la función que corresponde a la “exigibilidad” en la teoría jurídico penal de la responsabilidad. El descubrimiento de HENKEL acerca de que la “exigibilidad” sólo figura en todos los grados de la estructura del delito como **principio regulativo** sin contenido, sirve para instruir al Juez a decidir según la situación del caso concreto. La “exigibilidad” crea aquí una zona límite de exclusión de la responsabilidad, que escapa a una normación

descriptiva y es encomendable al Juzgador para que pondere en la circunstancia particular. Pero la noticia a resaltar, es que éste último no podrá decidir a su beneplácito; por eso, a la cláusula de la “exigibilidad” hay que darle el contenido de que carece conforme a los criterios en que se base la correspondiente categoría del delito.

Haciendo una breve pausa en el intento por dotar de contenido a nuestra preferencia teórica, es menester apuntar que en esa búsqueda por brindar sustento al rol que juega la “exigibilidad o no exigibilidad” -para nosotros la responsabilidad basada en los fines de la teoría de la pena-, en definitiva, para encontrar el criterio material que informa que conductas antijurídicas son “comprensibles”, no ha faltado quien –contemporáneamente- alumbre una propuesta alternativa, y, complementaria -por sus consideraciones- para nuestra postura. Es el caso de MARTÍN LORENZO, que a grandes rasgos encuentra el fundamento de exclusión de la culpabilidad en el “valor del motivo”, integrado por preservar el andamiaje existencial. La eficacia exoneradora del motivo personificado por la amenaza a la capacidad deliberativa se debe a que altera las condiciones de atribución de una toma de postura crítica normativa contraria al deber de evitar el injusto por cuanto es “comprensible”. Y lo es, según la autora, precisamente por constituir una razón dirigida a conservar el propio carácter de sujeto imputable, de sujeto con capacidad de toma de postura, y las condiciones materiales para su ejercicio; esto es, en su vinculación a los elementos legitimadores de la culpabilidad la fuente normativa de comprensión. Así, en este modelo, la decisión de imponer una pena no atenderá prioritariamente a las consecuencias de la conducta del sujeto, que son insuficientes para justificarla, sino a la “injusticia de la sanción penal” que pudiera imponerse al sujeto que actúa de una determinada manera en unas particulares circunstancias, pues, aun cuando no tenga “buenos motivos” para ello, sí los tiene “comprensibles”. No se contemplan preferentemente los efectos del hecho, ya que no se trata (no hay posibilidad) de cambiar el calificativo de antijurídica de la acción *dúplex*; al contrario, se parte de ese desvalor. Pero tampoco se toman las propiedades de la acción que resultan decisivas en un examen sobre su licitud, que ya reveló la contrariedad de la conducta a las prohibiciones generales. La incógnita que hay

que despejar en estos casos es, si puede responsabilizarse al sujeto que actúa e imponérsele una pena; y ello depende de forma predominante del valor en sí del comportamiento de ese individuo apreciado desde una perspectiva distinta a la de la antijuridicidad: la de la culpabilidad. Y es en ese esquema axiológico diverso donde entran otros factores que se contemplan desde este otro prisma.

En determinadas situaciones, pues, las razones que toman forma en la ejecución de una conducta antijurídica se aprecian o reconocen hasta llevar a la exculpación, dado que hacen “comprensible” la acción de una persona. Pero, la autora hace una advertencia –muy válida desde nuestra concepción- «no todos los motivos (como precipitado de las circunstancias y la conducta) que genéricamente pueden explicar el suceso exculpan, de modo que esa eficacia depende también de otras consideraciones». Y ello en un doble sentido: por un lado, no todo lo que genera comprensión en sentido amplio es jurídico-penalmente comprensible; y por otro lado, aun siéndolo en un principio, la comprensión puede, en concreto, no extenderse a determinados sujetos y hechos. En otras palabras, creemos que la Profesora de la Universidad Complutense de Madrid aduce que, hasta culminar el perseguido efecto excusante, la comprensión pasa por **varios filtros**. El primero y más importante lo encarna el ámbito donde han de desenvolverse las **reglas de responsabilidad** –aquí comulga con nuestra postura-, que introduce la perspectiva jurídico-penal; el segundo matiza, dentro de la visión jurídico-penal de la responsabilidad, los límites de lo comprensible en situaciones extremas, de modo que este filtro desempeña un papel subsidiario y de tipo técnico-dogmático, ya que operaría en el área de lo “genéricamente comprensible en el ámbito penal”, estableciendo las concreciones de la general comprensión exculpatoria jurídico-penal. Con la imagen de los dos filtros se describe el proceso de progresiva determinación de lo exculpado por “comprensible”. En ese proceso resulta útil distinguir varios niveles de análisis para decidir sobre lo comprensible, como forma de elaborar un sistema de construcción e identificación de reglas para excluir la imputación individual, así como para interpretar los requisitos de las causas de exculpación positivizadas, tema especialmente interesante en el Ordenamiento Penal español de cara a una posible exención incompleta. No obstante, el criterio rector de ese proceso es

siempre el mismo: determinar lo penalmente comprensible, sin que tenga cabida un cambio discrecional del principio decisor de la atribución de responsabilidad. En este orden de ideas, las razones por las que una conducta resulta “comprensible” surgen de la concepción sobre la responsabilidad penal de la que se extraen las reglas de exculpación, modelo que, a su vez, depende de las funciones sociales que se asignan a la institución de la responsabilidad y sus efectos funcionales, pero sobre todo de la convicción de éstos últimos como razones de la legítima validez de la concepción de la responsabilidad que está detrás. En otras palabras, la imputación de culpabilidad no se plantea en términos de cuándo la función preventiva demanda esa atribución de responsabilidad individual, sino de cuándo es justa. Y, según considera la autora en cita, deja de serlo cuando las razones de la conducta del sujeto son comprensibles, aunque no sean “buenas”.

Habiendo realizado un esbozo de la consideración que hace la citada autora por cuanto respecta al intento de sustentar o brindar un contenido más sólido al juzgador cuando se tenga que pronunciar en situaciones que actualicen el estado de necesidad exculpante y sobre todo en lo que hace al fundamento material de, en ese momento, evaluada culpabilidad; nos percatamos que no esta tan alejada de hacer un limitado-referencial, por no decir correcto uso del alcance de esa categoría del delito, y, comulgando con nuestra ideología, da ciertas pinceladas referenciales al **concepto de responsabilidad por cuanto hace someter ante ésta los límites** de lo “comprensible”.

Así pues, partiendo de la creencia de que hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *lege ferenda*. Sin que esto signifique un abandono o relativización del pensamiento sistemático, sino un acercamiento de éste a la realidad, destacando las relaciones internas entre **norma, contenido y valor**; y en relación con lo que expone la autora a la que ahora referimos, sentenciamos que, en cierta medida estimamos validez su propuesta con la particularidad de que opera sólo como un **complemento** de nuestra inicial postura en dos modalidades o sentidos: a) En lo que atañe a la supresión

del uso de lo exigible e inexigible como fundamento material de la culpabilidad y b) porque somos creyentes que el fundamento de hacer responsable –en la concepción apuntada *supra*- a un sujeto debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, la posibilidad de motivación por normas es -según compartimos con MUÑOZ CONDE- facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas (inteligencia, afectividad, entre otras), permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esta facultad -cualquiera que sea el origen social psicológico, político o económico que tenga- deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución. Y toda esta concepción que manejamos se ve plasmada en el término del “valor de lo comprensible” que la Profesora de la Complutense de Madrid maneja. Lo anterior, como concepción complementaria, viene a configurar nuestra posición ecléctica; es decir, en su conjunto viene a dar el soporte que requieren los fines de la pena y que le atribuimos la calidad criterios evaluadores de la determinación punitiva que merecerá o no el sujeto que actuó en un supuesto estado de necesidad disculpante. En otras palabras, no descartamos que la teoría de los fines de la pena unida a la idea de “responsabilidad” como categoría del delito que manejamos, inspirados por el citado Catedrático de Múnich, no pueda resolver el problema sobre la falta de argumentos sólidos y no alejados del principio de legalidad para que el juzgador se pronuncie en el estado de necesidad por conflicto de intereses o deberes iguales, sino como objeción al propio ROXIN nosotros no somos tan herméticos como para dejar rienda suelta absolutizando a los fines de la pena la función de resolver sin más los delicados problemas derivados de colisión de intereses de idéntico valor. Esto porque en este sistema de Derecho Penal en constante evolución, los fines en comento y en su intento de verificar qué efectos son los más adecuados para asegurar que las leyes penales realmente se cumplan, o, en su defecto, se apliquen –racionalidad pragmática-; pueden olvidar o perder de vista el cometido de identificar cuáles son los efectos de la sanción ética;

efectos que, por lo contrario si se podrán constatar –en la forma apuntada *supra*- con una función coadyuvante en contra de la relativización –peligrosa- del sistema, que se asienta en: la “valoración” de lo que en Derecho Penal se puede etiquetar de conducta “comprensible”.

40ª. Por lo que atañe al miedo insuperable, pensamos que en la averiguación de las fuentes de comprensión del comportamiento, el intérprete se encuentra, pues, en una posición difícil en el caso del Ordenamiento jurídico-penal español, donde el legislador ha sido notablemente más parco que en otras regulaciones. Aun así, ¿pueden inferirse las razones que una sociedad acepta como fundamento de una regla de exculpación del tenor “obrar impulsado por miedo insuperable”? En este punto, hay que tener presente que la práctica y la interpretación doctrinal revelan que este precepto se emplea como cláusula residual para acomodar supuestos no incluidos en otras eximentes, de modo que, en realidad, su contenido queda fijado por los requisitos (algunos) de otras causas y la exigencia del miedo. Ello muestra que la clave de la exención de pena a raíz de de esta especie de cláusula general de inexigibilidad estriba en el valor que el Ordenamiento parece haber conferido al miedo y la presencia parcial de los conflictos que describen otras causas de exención contextual. Si se aísla el miedo, insuperable significa presencia insuficiente de motivos para eximir por otras circunstancias, pero no absoluta inexistencia.

Lo anterior implica que la circunstancia de miedo no presenta un perfil propio en el diseño de las situaciones, sino que se alimenta de los elementos presentes en otras eximentes, y, aunque no es un genuino exceso en la legítima defensa, un auténtico estado de necesidad exculpante o incluso un cumplimiento de un deber antijurídico amparado por la obediencia debida, sirve para todo ello. Por el contrario, si de hecho no exculpa, por ejemplo, en supuestos de clara desproporción de males, no es porque no encaje literalmente en esa circunstancia, sino porque esa actuación egoísta repugna la percepción social y supera los niveles de lo tolerable, alejándose de los elementos fundadores del resto de eximentes atentas a los condicionantes de la acción. La ausencia de límites legales explícitos determina

que se nutra con los de las demás circunstancias para dibujar el contexto y la acción exculpante. Por eso, sin una redacción más precisa esta eximente nunca podrá encontrar su lugar privativo y **continuará siendo una cláusula indeterminada**, cuyo posible ámbito de aplicación se restringe de la mano de lo exigido en otros casos y su eficacia exoneradora seguirá envuelta en una idea evanescente de inexigibilidad. Todo ello con el inconveniente de ni siquiera ser una auténtica cláusula de exención por inexigibilidad, sino una remisión a un estado psicológico, que difícilmente puede encarnar aquel papel.

A la pregunta de si puede justificarse una eficacia tal de esa emoción, hay que responder que esa discriminación positiva es difícil de sostener al margen de su efecto de menoscabo psíquico apreciable en sede de imputabilidad: lo privativo no puede estar en la emoción, sino en el origen del miedo. Las auténticas razones de que se renuncie a sancionar son las que incorporan esas otras circunstancias que acaban configurándose a la sombra de la amplitud legal del miedo.

A la vista de lo anterior, y de *lege ferenda* sería importante que las restricciones introducidas por las interpretaciones más convincentes de esta circunstancia se reflejaran en el precepto o preceptos legales correspondientes. Con ello, por una parte, se evitaría la inseguridad jurídica que produce la indeterminación de los contornos de la exención hoy efectuada por miedo insuperable –claramente constatado en las decisiones jurisprudenciales–, junto a los riesgos inherentes a ella de abrir la exención a conductas egoístas y cobardes en absoluto comprendidas social y jurídicamente y, lo que es peor, de rehusar eximir en casos que sí lo merecen al intentar reducirse los mencionados riesgos mediante una interpretación restrictiva de la circunstancia. Además, como reiteradamente hemos venido haciendo énfasis, esa plasmación legislativa puede poner en evidencia la necesidad de construir un catálogo de eximentes que dé racional cabida y ordene con sentido las situaciones de necesidad excluyentes de la responsabilidad criminal, que, creemos, es lo que verdaderamente dificulta la integración armónica de los supuestos que no sólo intuitivamente se considera oportuno privilegiar, sino que han de serlo conforme a una interpretación sistemática respetuosa con los ámbitos de libertad individuales.

En definitiva, la circunstancia de miedo insuperable se mueve entre una regulación amplia carente de base y cercenadura de toda interpretación razonable de su fundamento y unas construcciones teóricas consistentes en mayor o menor grado pero contrarias al tenor literal. Esa particular situación determina que no quede otra salida que desechar una previsión legal defectuosa, arcaica incluso, y proponer una configuración normativa de la eficacia del miedo más acorde con las fuentes reales de comprensión de las conductas amparadas nominalmente bajo el miedo insuperable. Aunque esa labor supera la pretensión de esta parte del trabajo, examinar las eximentes legales como posibles causas de exculpación, sí pueden apuntarse algunos elementos para el diseño de una o varias excusas vinculadas al miedo y, sobre todo, las razones materiales para emplear el miedo para excusar.

El punto de partida versa en cuestionarnos por qué el miedo puede conducir a la exención a pesar de que faltan elementos importantes de otras eximentes como la necesidad del medio empleado, la equivalencia entre los males, la subsidiariedad, etcétera. Así, *ab initio* podemos decir que **la explicación del efecto eximente del miedo no puede residir en su eficacia psíquica cuantitativa, porque se rechaza en general que esta emoción tenga siempre una mayor poder determinante que otros estados afectivos**. La diferencia ha de residir en aspectos cualitativos alejados en cierta medida de la intensidad del efecto sobre las capacidades psíquicas del agente. En estas líneas se sitúan algunas de las teorías ofrecidas en Alemania para esclarecer el fundamento y naturaleza de la exención prevista en el § 33 del StGB bajo el título de exceso en la legítima defensa. También aquí se vincula el privilegio exonerador en casos en que se superan los límites de la defensa necesaria a la presencia del miedo, temor o turbación, es decir, de emociones asténicas. Ante el fracaso de las interpretaciones de cariz psicológico, que no pueden dar cuenta de la reducción de la eximente a los supuestos de exceso en la legítima defensa ni, sobre todo, a los estados asténicos, se proponen explicaciones atentas a otras diferencias entre las emociones asténicas y esténicas. Especialmente interesante es el razonamiento de ROXIN, quien insiste en que “los estados pasionales agresivos son generalmente mucho más

peligrosos y por ello hay que reprimirlos en interés de la conservación de los bienes jurídicos, incluso al precio de la pena, mientras que la turbación, el miedo y el pánico como motivos desencadenantes del hecho no producen efecto provocador o siquiera de imitación y pueden por ello ser tratados con mayor benignidad". Además, siempre desde su interpretación político-criminal de la *ratio* del precepto conforme a la necesidad preventiva de pena, considera que los excesos en la legítima defensa cometidos por miedo no desencadenan una conmoción de la paz social y la renuncia a la pena es socialmente comprensible. En concreto, las razones del privilegio se resumen para el penalista alemán en la falta de necesidad preventiva de pena: el sujeto que actúa con miedo no es peligroso, sino que está integrado socialmente, por lo que carece de sentido imponerle una sanción; asimismo, como las emociones asténicas no se consideran peligrosas ni modelos a imitar no hay necesidades de prevención general negativa, y tampoco positiva por cuanto se estima que la actuación por miedo no perturba la paz social.

Por todo lo anterior se refuta la regulación actual del miedo insuperable como causa de exculpación y se apunta la eficacia del miedo como contexto que genera comprensión bajo las directrices esgrimidas y en relativa concordancia con lo que sucede en Alemania con el § 33 del StGB.

Quedan así apuntadas las razones que aconsejan, de un lado, emplear el miedo como fuente de exculpación y, de otro, superar su actual traducción legal en la eximente del art. 20.6 del CPE. No obstante, permanece como tarea pendiente la concreta articulación del contexto generador de miedo. En este punto creemos que su juego no debe limitarse a una sola eximente -como sucede en Alemania con el exceso en la legítima defensa-, sino que tendrá relevancia también para supuestos que no sean estrictamente defensivos, sino meramente reactivos, y en especial para solucionar problemas de error. Así, cabe mencionar algunos ámbitos en los que puede incidir una nueva consideración del miedo. Por ejemplo, se presenta como una base clara para arbitrar una solución exoneradora para los excesos en la legítima defensa. En lo relativo al estado de necesidad, la atención al miedo mejor focalizada ha de contribuir a dibujar con más nitidez a su vez el espacio del estado de necesidad, tanto

justificante como exculpante. De esta manera puede resultar patente la necesidad de reconducir algunos de los supuestos característicos del miedo al campo del estado de necesidad. Específicamente a las situaciones calificables como estado de necesidad coactivo, donde la amenaza que se cierne sobre el sujeto es un peligro apto para integral una genuina situación de necesidad; y donde, por tanto, no es preciso recurrir a una ulterior exención vinculada al miedo, salvo que no se den los requisitos del estado de necesidad. Por último, y más allá de su cristalización en una disposición legal, el miedo está llamado a desempeñar un papel ponderador de la responsabilidad en cuestiones valorativas como, por ejemplo, la invencibilidad del error, la necesidad racional del medio empleado, la subsidiariedad de la actuación o la proporcionalidad del mal causado.

41ª. Dirigiendo nuestras reflexiones en cuanto a la exculpación en la actividad médica, podemos concluir diciendo que son esporádicos –por no decir casi nulos- los casos en que el Juez decide “exculpar” al profesional sanitario respaldado por estos dos preceptos apuntados, optando frecuentemente a las figuras del estado de necesidad justificante del 20.5 o a la del ejercicio legítimo de un oficio –profesión médica- del 20.7-. Es decir, la práctica jurídica pone de manifiesto que cuando el profesional sanitario se ve involucrado en un asunto de responsabilidad por *mala praxis*, son dos las vías preferidas por parte del juzgador: 1. Se condena por su actuación negligente, o bien 2. Se justifica su conducta porque esta se circunscribe a las premisas del 20.5 del CPE (especialmente porque el mal causado no fue mayor que el que se intentaba evitar) o bien, su actuación profesional escapa al brazo de la justicia penal por estar legitimada. (20.7 del CPE -normalmente porque se actuó bajo la observancia de las reglas de la *lex artis* y con la presencia del binomio, por excelencia, legitimador en la “realidad” médica, del consentimiento informado-).

42ª. No obstante la anterior conclusión y a propósito de la objeción de conciencia como posible causa de exculpación en el ámbito sanitario, es preciso que nos pronunciemos al respecto. Sin que sea aconsejable que en este momento podamos entrar en el estudio de las bifurcaciones de cada uno

de los planteamientos expuestos en el desarrollo de nuestro trabajo, baste decir que la posición que aquí sostenemos parte de aceptar la ubicación del problema de la objeción de conciencia en sede de “culpabilidad” y su vinculación a argumentos que enlazan con exigencias relativas a la necesidad de la pena. En apoyo de esta opción pueden manejarse diferentes razones. En primer lugar, que la propuesta de reconducir su tratamiento a la sede de antijuricidad requeriría partir de una premisa más que discutible, en tanto que la pretensión de justificar la actuación de quien contraviene el Derecho por razones de conciencia supondría trasladar los términos del conflicto a un ámbito que desnaturaliza la problemática inherente a ella. Mal encaja, a nuestro gusto, la razón de ser por la que se plantea la necesidad de que el Derecho no vuelva la espalda al objetor (la atención a la esfera interna del sujeto) con la pretensión de reconocer al conflicto una eficacia justificante que trasciende a aquélla. Este proceder sólo podría admitirse mediante la introducción de elementos subjetivos en el injusto, con la consiguiente desnaturalización del mismo.

En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, dicho razonamiento conduciría en sus consecuencias a resultados inadmisibles desde una óptica político-criminal. Como es sabido, un importante sector de la contemporánea doctrina penal sostiene que el ámbito de la prohibición no viene acotado por la clásica categoría de la tipicidad, sino que se obtiene de su conjugación sintética con la valoración de las situaciones de justificación, de tal modo que el ámbito de lo prohibido vendría dado por lo que se ha dado en llamar situación penalmente antijurídica. Conforme a tales esquemas habría que deducir que, de considerarse justificada la conducta de quien contraviene la norma por razones de conciencia quedaría al margen del ámbito prohibido. Las consecuencias no se harían entonces esperar. Baste pensar que quien con violencia quisiera impedir dicha actuación, no sólo cometería un delito de coacciones (puesto que habría que decir que está impidiendo algo que la Ley no prohíbe), sino que ni siquiera podría defenderse frente a quien actuase por razones de conciencia, en tanto que, como es sabido, no cabe apreciar la legítima defensa frente a un comportamiento que a su vez está justificado.

Lo precedente, sin embargo no es más que el punto de partida. Pues esta genérica línea de solución puede plantear dificultades cuando se trata de dotarla de una cobertura legal que garantice su aplicación de forma sólida y uniforme en los distintos supuestos en los que pudiera plantearse. Porque en tanto que el legislador no imponga al Juez de modo expreso la necesidad de valorar las razones de conciencia a efectos de una atenuación e incluso de exclusión de la culpabilidad, el encaje de tal premisa en el Código Penal está necesitada de una “labor interpretativa” que la reconduzca a uno los expedientes que reconoce la dogmática penal. En dicha tarea entiendo que puede ser viable la propuesta de reconducir la problemática de estos supuestos a los esquemas del **error de prohibición**, en cuanto que el comportamiento del autor por convicción entronca con la creencia de un ámbito de prohibición diferente al que establece la norma.

Es cierto que, en los casos que se discuten no puede decirse con propiedad que el sujeto se encuentre en una situación de déficit de conocimiento de la norma, ya que razona su contenido y precisamente manifiesta su discrepancia respecto al mismo. Lo anterior, sin embargo, no debe valorarse como un obstáculo para admitir tal expediente, en tanto que al sostener esa solución lo único que se afirma es que, mientras esa discrepancia se vincule a la firme convicción del sujeto en la invalidez de la norma, nada se opone a equiparar desde el punto de vista de la orientación a las consecuencias ambos grupos de casos.

Cuestión distinta es que, el recurso a tal expediente está necesitado de una dualidad de precisiones que, por un lado, depuren los presupuestos en los que el mismo resulte aplicable y, por otro, garanticen la adecuación de la consecuencia penal a los presupuestos a los que obedece su aplicación. Lo primero enlaza con lo que apuntábamos en nuestro trabajo en torno a lo que deba entenderse por objeción de conciencia con relevancia penal. Como entonces afirmábamos, ésta debe delimitarse conforme a criterios que garanticen que si el Derecho decide ser sensible a las creencias discrepantes del autor, no desconozca las de terceras personas. Frente al extenso ámbito en el que puede conducirse el término objeción de conciencia en un sentido social, esto es, como comprensivo de cualquier comportamiento cuya motivación

conecta con creencias personales, el espacio en el que el mismo deba ser, como tal, atendido por el Derecho, debe limitarse a los supuestos en los que ni la conducta del objetor obstaculice a su vez la libertad de conciencia de otros sujetos afectados ni suponga una limitación de sus derechos. Únicamente con tales premisas es razonable no sólo empezar a negociar un margen de discrepancia entre la norma y el autor, sino conceder relevancia al mismo a través del expediente del error de prohibición. Porque sólo entonces puede disculparse la actuación de quien actúa en el convencimiento absoluto de que su actuación es correcta.

Distintos creemos que deben valorarse los casos en los que la actuación del autor por convicción colisiona con la libertad de conciencia o con otros derechos básicos de terceros. Es lo que sucede en supuestos como los de la negativa a practicar un aborto por parte del único médico al que puede acudir la embarazada, una actitud que no sólo puede vedar la actuación conforme a la conciencia de aquélla, sino poner en peligro su vida o salud. La negativa a reconducir tales casos al expediente del error de prohibición se basa no ya sólo en la imposibilidad de que en tales circunstancias el Derecho no pueda atender a la objeción de conciencia como tal, sino en que la misma dudosamente podría canalizarse por los cauces del art. 14.3 CPE. Difícilmente podría decirse, en efecto, que quien actúa, por la razón que sea, sabiendo que con ello lesiona Derechos Fundamentales del afectado o incluso que pone en peligro su vida o salud, lo haga en la creencia errónea de obrar lícitamente, máxime cuando dichos bienes, por su reconocimiento indiscutido, no se prestan a relativización alguna. En definitiva y concluyendo con nuestro juicio sobre de la objeción de conciencia, así como haciendo alusión a su principal campo de operación, que viene representado por los casos de aborto, señalamos que la línea de solución bien pudiera extraerse directamente de cuanto ya esgrimimos *supra* en torno a la dualidad de límites que bordean el derecho a la objeción de conciencia. En conclusión, de la necesidad de **que las razones internas del galeno ni colisionen con las de la paciente, ni supongan dar paso a la comisión de un delito**. Por lo tanto, creemos que la herramienta fundamental –no la única- para la consecución de éste objetivo vendrá constituida por la sanidad pública quien deberá garantizar una cobertura

amplia de la prestación mediante el aseguramiento del personal suficiente que pueda realizar la practica abortiva, es decir, de personal no objetor. Pero como esto podría traer aparejados problemas de igualdad, se debe hacer hincapié en el esfuerzo por parte de la sanidad en dicho sector –público- para que la mujer en estos supuestos, pueda desplazarse a otros centros en los que sea posible la práctica abortiva, o bien la intervención se haga en un centro privado.

43^a. No podríamos mostrarnos asténicos en la elaboración del presente trabajo de investigación sin hacer una abstracción importante -al margen de la consideración de las distintas cuestiones jurídico-penales- y que es fruto del análisis sobre la modesta tarea que hemos realizado.

Podemos decir que hoy en día no escapa a nadie la verdad que versa sobre el patente deterioro de relación médico-paciente, la cual favorece a la aparición de casos en que se cuestiona la *praxis* del profesional sanitario. Esto, a su vez, trae aparejadas múltiples complicaciones para los agentes de esa relación, en particular, y para la Administración Sanitaria y el Derecho Punitivo en general, teniendo en cuenta que es ésta última vía la preferida por los usuarios de los servicios de salud que se consideran vulnerados en su esfera personal por el proceder del facultativo. Así, en *pro* de no continuar pisando el acelerador a fondo del automóvil en que viaja el expansionismo del Derecho Penal, quebrantar el principio de intervención mínima y contribuir a la judicialización de la noble y compleja práctica médica, creemos que no es infundado ni superfluo, sugerir a manera de *lege ferenda*, la creación de un organismo de justicia alternativa especializado en materia de problemas médico-legales, el cual desahogaría la enorme cantidad de denuncias que hoy en día reciben los Tribunales –no teniendo una especialización en esta materia y por ende complicando las *per se* delicadas circunstancias del caso concreto-. La enunciada sugerencia básicamente cumpliría una función de filtro antes de que un problema de responsabilidad sanitaria aterrizara en las aras de los Tribunales para analizar las cuestiones de atipicidad, justificación y exculpación generados en la actividad médica. La creación de dicho organismo, aunque indirectamente, apunta a **exaltar la latente necesidad que contribuya a que hoy en día se formen más profesionales en Derecho Sanitario**, cuestión

que desde nuestro punto de vista queda perfectamente justificada por la patente íntima relación que hay entre la dialéctica operativa-práctica de la Ciencia del Derecho y la Ciencia Médica, no de hoy, no de ayer, sino, seguramente desde un cúmulo de años que superan a los que reúne la vida de cualquiera de los que demos lectura a estas líneas.

FUENTES DE CONSULTA

AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid, 1999.

ALBERTO DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*. Tomo II. Buenos Aires, 1995.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Valladolid, 1981.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad". En, *Estudios de Derecho Penal y criminología. Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*. Tomo I. Madrid, 1989.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado *dolus generalis*" En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito". En, *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Miguel Ángel Núñez Paz y Ana Isabel García Alfaraz (Coordinadores). Salamanca, 2007.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal". En, *Revista Penal*. Número 20, julio, 2007.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Eutanasia activad directa del artículo 143.4 del Código Penal: Fundamento de la atenuación". En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Sobre eutanasia y Derechos Fundamentales". Recensión del libro de Fernando Rey Martínez. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 10-r3, 2008.

ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando. *Comentario a 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*. Madrid, 2003.

AMENOS VIDAL, José María. "Ortotanasia. Tratamiento vital y privilegio terapéutico". En, AA.VV. *Ética, Psicología y Cristianismo*. Enciclopedia y Biblioteca de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Departamento de Economía Política. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga, 2007.

ANTEQUERA VINAGRE, José María. "Libertad de conciencia, libertad clínica y tratamientos sanitarios: estudio de la negativa de pacientes a transfusiones sanguíneas. Un estudio comparado de los Ordenamientos Jurídicos de Argentina, Chile, Perú, México, Uruguay y Brasil". En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Coordinado por Isidoro Martín Sánchez. Granada, 2010.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, 1986.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "La producción de armas biológicas mediante ingeniería genética". En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

ARAÚJO NETO, Felix. "Visión general sobre la pena: concepto, justificación y fines". En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Miguel Domingo Olmedo Cardenete. Lima, 2007.

ARIEL DOTTI, René. *Curso de Direito Penal. Parte General*. Brasil, 2002.

ARMAZA ARMAZA, Emilio José. “Consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal del médico”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios”. En, *Revista española de sanidad penitenciaria*. Volumen 11, número 2, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis. “La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida”. En, *Derecho y Salud*. Volumen 4, nº2, julio-diciembre. Barcelona, 1996.

ASÚA BATARRITA, Adela. “Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal”. En, *Revista de Medicina y Humanidades Jano*. Volumen XLVIII, nº1114, marzo de 1995.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, 1985.

ATELA BILBAO, Alfonso y GARAY ISASI, Josu. “Ley 41/2002 de derechos del paciente. Avances, deficiencias y problemática”. En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”. En, *Poder Judicial. Número extra XII, ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal*. Madrid, 1990.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal español*. Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “La intervención médica contra la voluntad del paciente”. A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14

de marzo de 1979. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXII, Fascículo I, enero-abril, 1979.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante". En, *Cuadernos de Política Criminal*. Número 51, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Disponibilidad de la propia vida". En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Madrid, 1994.

BARQUÍN SANZ, Jesús. "La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro". En, *Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de Política Criminal*. Granada, 2001.

BEAUCHAMP L., Tom y CHILDRESS F., James. *Principios de ética médica*. Barcelona, 1999.

BECCARIA BONESANA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. José Luis Monereo Pérez (Director). Traducido por Juan Antonio de las Casas. Granada, 2008.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos Jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid, 1997.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. "Aspectos jurídicos de la clonación humana". En, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. "Capacidad de decisión y consentimiento informado". En, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez. (Coordinadores). Granada, 2006.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*. Colección "Monografías de Derecho Penal". Dirección de Lorenzo Morillas Cueva. Madrid, 2007.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. “El dolo en la actividad sanitaria con resultado de lesiones o muerte”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Barcelona, 1999.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad”. En, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats (Coordinadores). Pamplona, 2001.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “Los conflictos de conciencia en el Derecho Penal. Especial referencia al ejercicio de actuaciones sanitarias”. En, *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu, Lorenzo Morillas Cueva, Manuel Quintanar Díez et. al. (Coordinadores). Madrid, 2005.

BLAIR, Barbara. *Administración de sangre y hemoderivados*. (Video). Producido por Medical Universty of South Carolina. Barcelona, 1999.

BLANCO LOZANO, Carlos. *La omisión del deber de socorro en el Derecho Penal*. Barcelona, 2009.

BOIX REIG, Javier. “Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código Penal (propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)”. En, AA.VV., *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977.

BROGGI TRIAS, Marc Antoni. "Algunos problemas de la información clínica en la puestas en práctica del consentimiento informado escrito". En, *Información y documentación clínica*. Volumen I. *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid, 1997.

BUENO ARÚS, Francisco. "El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad". *Estudios de Derecho Penal y criminología. Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*. Tomo I. Madrid, 1989.

BUENO ARÚS, Francisco. "El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario". En, *AP*, número 31, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Derecho Penal. Parte General. (Obras completas)*. Tomo I. Perú, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Madrid, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Madrid, 2006.

CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 3ª ed. Barcelona, 2005.

CANCIO MELÍA, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2ª ed. Barcelona, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fines*. Madrid, 1982.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Artículo 20.7ª". En, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Coordinados por Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*. Valencia, 2008.

CARMONA SALGADO, Concepción. "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes". En, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005.

CARMONA SALGADO, Concepción. "Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud. En, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005.

CARRILLO FABELA, Luz María Reyna. *La responsabilidad profesional del médico en México*. México, 2005.

CASA BARQUERO, Enrique. *El consentimiento en el Derecho Penal*. Córdova-España, 1987.

CASAS MARTÍNEZ, María de la Luz. "La objeción de conciencia en México". En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada, 2010.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada, 2000.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. "La manipulación de genes humanos. (Art. 159 del Código Penal español). En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

CEBRIÁ GARCÍA, María Dolores. *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y Jurisprudencia*. Pamplona, 2005.

CEREZO MIR, José. "La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XL, fascículo II, mayo-agosto, 1987.

CEREZO MIR, José. "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación". En, *Estudios de Derecho Penal y Criminología en memoria al Profesor José María Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Teoría jurídica del delito. Parte General. Tomo III.* Madrid, 2001.

CEREZO MIR, José. “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal. Después de las reformas del año 2003”. En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.* Madrid, 2005.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Teoría jurídica del delito. Parte General.* Tomo II. 6ª ed., 1998, adenda 2007.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *Código Penal con jurisprudencia sistematizada.* Valencia, 2010.

COBO DEL ROSAL, Manuel. “El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española”. En, *ADPCP*, II/1962.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Director). *Comentarios al Código Penal.* Tomos I, II, III, IV. Madrid, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General.* 5ª ed., Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal español. Parte General.* Madrid, 2004.

COMISIÓN DE ARBITRAJE MÉDICO DEL ESTADO DE MÉXICO. *El consentimiento bajo información. Bases para su comprensión.* México, 2000.

CONAMED, *Derechos y obligaciones en la prestación y uso de servicios médicos. Cuadernos de divulgación.* México, 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. (Director) *et. al. Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia.* Tomo I. Barcelona, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Libertad de terapia versus consentimiento”. En, AA.VV. *Bioética, Derecho y sociedad.* María Casado (Coord.). Madrid, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias". En, *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. José Miguel Zugaldía Espinar (Coord.), Jacobo López Barja de Quiroga (Coord.). Barcelona, 2004.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Oviedo, 1966.

CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Barcelona, 1972.

CRESPÍ, Alberto. *La responsabilità pénale nel trattamento médico-chirurgico con esito infausto*. Palermo, 1955.

CRESPO MEDINA, Mariano. "¿Que daño se indemniza cuando no hay consentimiento informado?". En, *Revista sobre Responsabilidad civil y seguro.. Responsabilidad médico sanitaria*. Número 1. Septiembre-octubre, 2007.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. 18ª ed., puesta al día por César Camargo Hernández. Barcelona, 1981.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "La estructura de la acción punible en el Código Penal español". En, *CPC*. Número 12, 1980.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª ed., Madrid, 2002.

CUERDA ARNAU, María Luisa. "Comentario al artículo 20.5º CP". En, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I. Tomás Salvador. Vives Antón (Coord.). Valencia, 1996.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Valencia, 1997.

CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. *La colisión de deberes en Derecho Penal*. Madrid, 1984.

DE CAPRIO, Lorenzo/PRODOMO, R./DI PALMA, A./BOVE, A. "Consenso informato e decadimento cognitivo". En, *Rivista italiana di Medicina Legale*. Roma, 1998.

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *La polémica actual en el Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal*. Segunda época III. Número 87. Madrid, 2005.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid, 2003.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995". En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 5, Bilbao, 1996.

DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid, 1995, p. 26.

DE LA LUZ CASAS MARTÍNEZ, María. "La objeción de conciencia en México". En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Coordinado por Isidoro Martín Sánchez. Granada, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y DE LA MATA BARRANCO, Isabel. "Tratamiento médico y consentimiento presunto. Idoneidad del consentimiento presunto para excluir la responsabilidad penal del personal sanitario en casos de intervención médica sin consentimiento expreso". En, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, número 60, 1994.

DE LA TORRE DÍAZ, Javier. "La recuperación del paternalismo en la relación médico-paciente". En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. "El médico ante el Derecho Penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo". En, *Universitas Vitae*.

Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. Fernando Pérez Álvarez (Ed.) Miguel Ángel Núñez Paz y Ana Isabel García Alfaraz. (Coordinadores). Salamanca, 2007.

DE VICENTE REMESAL, Javier. "Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad? En, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Santiago Mir Puig, Diego Manuel Luzón Peña et. al. (Directores). Madrid, 1999.

DEL CORSO, "Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica". En, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, Milán, 1987.

DEL ROSAL BLASCO BERNARDO. "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal". En, *ADPCP*, I/1987.

DELAY, Jean y PICHOT, Pierre. *Manual de psicología*. 5ª ed., traducción de Leopoldo Monserrat Valle. Barcelona, 1976.

DÍAS LÓPEZ, Adriana. "A ética na vida e na morte". En, *Revista Veja*. Edición 2162 de 28 de abril de 2010, año 43, número 17.

DÍAZ ARANDA, Enrique. *Teoría del delito. Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos*. México, 2006.

DÍAZ ARANDA, Enrique. "Imputación normativa del resultado a la conducta". En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Código Penal y Legislación Complementaria*. 35ª ed., Pamplona, 2009.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima tercera edición, 2003. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis *et. al.* *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*. Valencia, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal”. En, *ADPCP*, 1991.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y voluntad*. Valencia, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La disponibilidad de la salud e integridad personal”. En, *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*. Madrid, 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Eutanasia y Derecho”. En, *Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*. Valencia, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales. (Práctica y teoría)*. Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Deberes y responsabilidad de la administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría”. En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 11, 2009.

Dirección General del INSALUD. AA.VV. *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial*. Carlos María Romeo Casabona. (Coord.), ed., por el Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.

DOBLER LÓPEZ, Irving. *La responsabilidad en el ejercicio médico*. México, 1999.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la

Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad? En, *La Ley*, 21 de marzo de 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid, 2003.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, 1994.

EMANUEL J., Ezekiel y EMANUEL L., Linda. "Cuatro modelos de la relación médico-paciente". En, *Bioética para clínicos*. Madrid, 1999.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Madrid, 1993.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. "La objeción de conciencia del personal sanitario". En, AA.VV. *Bioética, Derecho y Sociedad*. María Casado González (Coord.) Madrid, 1998.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. "Los Derechos Fundamentales sociales y la protección a la salud". En, *Revista de Derecho Político*. Número 71-72, 2008.

ESER, Albin. "Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida". En, *ADPCP*. Tomo 37, fascículo/mes III, 1984.

ESER, Albin. "Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico". En, *Revista Nuevo Foro Penal*. Número 30. Traducción de Mercedes Alonso Álamo. (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, España). Bogotá, 1985.

ESER, Albin. "Medezin und und Strafrecht: Eine schutgutorientierte Problemübersicht". En, *ZStW*, 1985.

ESER, Albin. "Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica". En, *Avances de la medicina y Derecho Penal*. Ponencias presentadas al Seminario hispano-alemán celebrado en Barcelona los días 25 y 26 de

septiembre de 1986. Edición de Santiago Mir Puig. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona, 1988.

ESER, Albin. *Nuevos horizontes en la Ciencia Penal*. Buenos Aires, 1999.

ESER, Albin. “§ 223 StGB”. En, Schönje/Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., München, 2001.

ESER, Albin. “La evolución del Derecho Penal Alemán en las últimas décadas del siglo XX”. En, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*. Ofrecido por sus discípulos Luis A. Arroyo Zapatero *et. al.* Coordinador: Adán Nieto Martín. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios: El artículo 196 del Código Penal*. Granada, 2006.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. “Responsabilidad penal del profesional sanitario por omisión de asistencia. Una revisión dogmática de algunos aspectos del art. 196 CP”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano. “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I) y (II)”. En, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1994.

FERNÁNDEZ-MELERO ENRÍQUEZ, Miguel. “La pena de banquillo”. En, *Andalucía Médica*. Periódico del Consejo Andaluz de Colegios Médicos. Edición Granada. Número 70, año V, época III. Febrero 2010.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Auxilio al suicidio en enfermos terminales y eutanasia”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “El delito de revelación y divulgación de secretos en el ámbito sanitario”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor. “La Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la calidad de la atención médica”. *Simposio. La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica*. CONAMED. México, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid, 2009.

FERRER GUTIÉRREZ, Antonio. *Ley general penitenciaria: su reglamento y disposiciones complementarias. Anotadas y concordadas*. Valencia, 2004.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 5ª edizione. Bologna, 2007.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. “Concepto de derecho a la vida”. En, *Revista Jurídica Ius et Praxis*. Volumen 14, número 1, 2008.

FLOREZ MENDOZA, Fátima. *La objeción de conciencia en Derecho Penal*. Granada, 2001.

GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *Bioética Teológica*. Madrid, 2003.

GALÁN CORTÉS, Julio César. “Contenido y límites del deber de información del médico”. En, *Salud rural*, número 6. Madrid, 1994.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid, 1997.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Madrid, 2001.

GALÁN CORTÉS, Julio César. "Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas". En, *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº91, febrero de 2003.

GALÁN CORTÉS/MÉJICA/CÁRCABA FERNÁNDEZ. En, "Bioética y consentimiento informado". *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 2000.

GALLEGO RIESTRA, Sergio y BOBES GARCÍA, Julio. En, *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidad*. Barcelona, 2006.

GARAY, Alain. "Libertad de conciencia y tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea". En, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. Volumen 5, número 1. Costa Rica, 2000.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia, 1999.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Culpabilidad, legitimación y proceso. En, *ADPCP*. Tomo 41, fascículo 1, enero-abril, 1988.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "La objeción de conciencia del médico en relación a la interpretación del embarazo". En, *El aborto un tema para debate*. Madrid, 1982.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995. (Un análisis médico legal del art. 20.1 y 20.2)*. Granada, 1997.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Madrid, 2004.

GARCÍA GONZÁLEZ, Susana y LABORDA CALVO, Eugenio. *Plan de formación en responsabilidad legal y profesional. Asociación española de derecho sanitario*. Madrid, 1998.

GARCÍA GUERRERO, Julio y MARTÍN SÁNCHEZ, Vicente. “El dilema del médico ante la huelga de hambre”. En, *Diario El País*, 19 de diciembre de 2006.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *La objeción de conciencia en materia de aborto*. Departamento de Sanidad, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1991.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La responsabilidad penal del médico*. 2ª ed. México, 2006.

GARCÍA VITORIA, Aurora. “Consideraciones acerca de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”. En, *Homenaje al Prof. Sáinz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Número 12-1. 1987.

GEERDS, Friedrich. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*. Universidad de Kiel, Alemania, 1953.

GIANNITI, Francesco. “Justificación, Exculpación y Exención”. En, *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “In memoriam”*. Coordinado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Volumen 1. Salamanca, 2001.

GIL RUIZ, Juana María. “La eutanasia”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Eutanasia y Derecho Penal”. En, *RFDUG*, 1987.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Inducción y auxilio al suicidio”. En, *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique y MESTRE DELGADO, Esteban. *Código Penal. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*, 14ª ed., Madrid, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”. En, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid, 2009.

GIMÉNEZ CANDELA, Teresa. "Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada. En, *Revista de Derecho Patrimonial*. Número 17, 2006.

GIOVANNI GRASSO. *Comunità europee e Diritto penale*, Giuffrè, Milan, 1989. Trad., de Nicolás García Rivas, Universidad de Castilla La Mancha, 1993.

GIUNTA, Fausto. "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche". En, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*. Verona, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Madrid, 1984.

GOMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible con ocasión de las conductas típicas realizadas por motivos de conciencia". En, *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Gregorio Peces-Barba Martínez (Coord.) Seminario celebrado en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1993.

GÓMEZ NAVAJAS, Justa. *La protección de los datos personales*. Pamplona, 2005.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona, 2004.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero". En, *AP*, número 2, 1998.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. "La Ley Andaluza de Declaración de Voluntad Vital Anticipada". *Revista electrónica de geriatría y gerontología*. Volumen 6, número 1, 2004.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. "Eutanasia en estados de inconsciencia o de incapacidad para prestar el consentimiento. Especial referencia a la

eutanasia precoz”. En, *Revista Galega de Seguridade Pública. Vida y Libertad: El Derecho a una muerte digna*. Número 10, 2008.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La Responsabilidad Penal del Médico*. 2ª ed. Valencia, 2008.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel y NÚÑEZ CASTILLO, Elena. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2010.

GÓMEZ VELÁZQUEZ, Luis y GÓMEZ ESPINOSA, Luis Néstor. *El consentimiento informado en el hospital de ortopedia Victorio de la Fuente Narváez*. Memoria II Congreso Nacional de Bioética. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética- Universidad de Guanajuato-Centro de Investigaciones en Bioética, 1998.

GONZÁLES RUS, Juan José. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española. En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 3. Bilbao, 1995.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte*. Madrid, 2006.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. “La falta de información y consentimiento informado: ¿Genera indemnización?”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, 2000.

GRACIA GUILLEN, Diego Miguel. *Fundamentos de Bioética*. Madrid, 1989.

GRACIA GUILLEN, Diego Miguel. “¿Privilegio terapéutico o excepción terapéutica?” En, *Resúmenes de comunicaciones del I Congreso de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica*. Madrid, 1996.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*. 1905.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. “Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida. En, *ADPCP*. Tomo 48, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995.

GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*. Valladolid, 2004.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1989.

HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”. En, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Traducción de Beatriz Spínola Tártalo. Roland Hefendehl (ed.). Madrid, 2007.

HERRERA CAMPOS, Ramón. “La condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemniables”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

HONIG, Richard, *Die Einwilligung des Verletzten*, Parte I, (Geschichte und handlungen H. 113), 1910.

HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten*. Parte I (Geschichte und Methodenfrage), 1919.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Una necesaria revisión al concepto de culpabilidad”. En, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, 2005.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “La eutanasia: Un caso de colisión de principios constitucionales”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

HRUSCHKA, Joachim. “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”. En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVII. Traducido por Ricardo Robles Planas. Madrid, 2004.

HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín y GIL IBAÑEZ, José Luis. *Constitución española. Con la doctrina más relevante del Tribunal Constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tratados Internacionales suscritos por España. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 5ª ed. Madrid, 2010.

HUERTA TOCILDO, Susana. “Las posiciones de garantía en el delito de comisión por omisión”. En, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid, 1987.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid, 1984.

IADECOLA, Gianfranco. “La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico”. En, *Giustizia penale*. Milano, 1986.

IADECOLA, Gianfranco. “Il trattamento médico-chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente”. En, *La Giustizia penale*, 1989-1.

IADECOLA, Gianfranco. “Rechazo de los cuidados y derecho a morir”. En, *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, volumen 19, número 2, 2008.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Universidad externado de Colombia. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colombia, 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá, 1998.

JAKOBS, Günther. (Parte expositiva) y CANCIO MELIÁ, Manuel (Parte crítica). *Derecho Penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid, 2003.

JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Domingo Olmedo Cardenete. 5ª ed., Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. *Filosofía y Ley penal*. 3ª ed., actualizada. Buenos Aires, 1965.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV (*El delito. Las causas de justificación*). Buenos Aires, 1952 (2ª ed., 1961, 3ª ed., 1976); Tomo VI (*La culpabilidad y su exclusión*), Buenos Aires, 1962 (2ª ed., 1975).

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. "Delitos relativos a la prestación social sustitutoria: su problemática aplicación". II Parte. En, *CPC*. Número 55, 1995.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. "Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español". En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada, 2007.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. "Imputabilidad penal. Causas que la excluyen o modifican". En, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de*

la salud. Pilar Rivas Vallejo y María Dolores García Valverde (Coordinadoras). Pamplona, 2009.

JOACHIM HIRSCH, Hans. *La posición de la justificación y la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1996.

JORGE BARREIRO, Agustín. “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”. En, *Cuadernos de política Criminal*, número 16, 1982.

JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid. 1990.

JORGE BARREIRO, Agustín. *Imprudencia penal del médico en diversos tipos delictivos. La responsabilidad civil y penal del médico*. Horizontes de futuro, jornada profesional organizada por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid con ocasión de su centenario, Madrid, 3 de noviembre de 1998.

JORGE BARREIRO, Agustín. “Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto”. En, *Genética Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995*. Carlos María Romeo Casabona (Coord.). Bilbao-Granada, 2001.

JORGE BARREIRO, Agustín. “Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia a la luz del código penal español de 1995”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

JUAN BOCACCI, Ricardo. “Una objeción de conciencia: El rechazo a las transfusiones en los Testigos de Jehová”. En, *Cuadernos de Medicina Forense*. Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, año 2, número 1, 2003.

KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verla Otto Schwartz. Gotinga, 1959.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? En, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, 1988.

KRAUT, Jorge Alberto. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires, 1997.

KRÜMPELMANN, Justus. “Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten”. En, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*. 1984.

KUHLEN, Lothar. Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung”. En, *Festschrift für Müller-Dietz*, 2001.

KUHLEN, Lothar. “Ausschluss der objectiven Erfolgzurechnung bei hypothetischer Eniwilligung des Betroffenen”. En, *Juristische Rundschau*, 2004.

KÜHNE, Hans-Heiner. “Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzicht”. En, *JZ*, 1979.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. *Historia Universal de la Medicina*. Versión electrónica, disponible en CD. Barcelona, 2000.

LARIOS RISCO, David. “La seguridad del paciente y el reconocimiento del error en el ámbito sanitario”. En, AA.VV. *Error sanitario y seguridad de pacientes. Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud*. David Larios Risco (Coordinador). Granada, 2009.

LEÓN RABAGO, Diego. “El derecho a la información en la bioética”. En, *Memoria II Congreso nacional de bioética. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética*. México, 1998.

LIFSHITZ GUINZBERG, Alberto. “Relación médico-paciente, avance tecnológico y responsabilidad legal del médico”. En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005.

LIZARRAGA BONELLI, Emilio. "La información y obtención del consentimiento en la nueva Ley 21/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El consentimiento informado". En, *Responsabilidad del personal sanitario*. Madrid, 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento en el Derecho Penal* (Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"). Colección dirigida por Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno Bravo (Coordinador) y María Luisa Silva Castaño. Madrid, 1999.

LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. *et. al.*, "Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado". En, *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires, 2007.

LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 18ª ed. Madrid, 2008.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de un tercero) en caso de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis". En, *Estudios de Derecho Penal*. Barcelona, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Problemas de prevención y transmisión del SIDA en el Derecho Penal español". En, *Poder Judicial*. Número 23. Madrid, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética". En, *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995*. Carlos María Romeo Casabona (Coord.). Bilbao-Granada, 2001.

MANNA, Adelmo. *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*. Milan, 1984.

MANTOVANI, Ferrando. Aspetti penalistici, en *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*. Napoli, 1983.

MANTOVANI, Ferrando. "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela". En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 1. Bilbao, 1994.

MANTOVANI, Ferrando. "El problema jurídico de la eutanasia". En, *Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 5ª edizione, stampato in Italia, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. "Sobre el problema jurídico del suicidio". En, *Eutanasia y suicidio*. Granada 2001.

MANUEL DURÁN, Víctor. *Estado Social de Derecho. Democracia y Participación*. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos, México, 2001.

MAQUEDA ABREÚ, María Luisa. "Los elementos subjetivos de justificación". En, *La Ley*. No. 935, 1984.

MARAÑÓN Y POSADILLO, Gregorio. *Vocación y Ética*. Colección Austral 6ª ed. Madrid, 1976.

MARÍN PALMA, Enrique. "El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente". En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico

de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

MARTÍN ALBA, Sonia. “Delitos susceptibles de comisión por profesionales de la salud”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009.

MARTÍN LEÓN, Antonio. “Lex artis y protocolos médicos”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

MARTÍN LORENZO, María. “El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de pena”. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (Coord.), Manuel Gurdiel Sierra (Coord.), Emilio Cortés Bechiarelli (Coord.). En, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia, 2004.

MARTÍN LORENZO, María. “Defectos cognitivos en el ámbito de la exculpación: un primer esbozo”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia, 2009.

MARTÍNEZ AGUADO, Luis Carlos. “La información sobre prestaciones y servicios sanitarios”. En, *Información y documentación clínica*. Volumen II. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 1997.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. “Inexigibilidad y miedo insuperable”. En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. Tomo XIX. Gonzalo Quintero Olivares, J.C. Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats et. al. (Directores). Valencia, 2008.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. “La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General. I. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Trad. de la 7ª ed. alemana por Bofill Genzsch Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994.

MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada, 2002.

MELENDO PARDOS, Mariano. “Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad”. En, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá (editores). Madrid, 2002.

MEZGER, Edmundo. *Die subjektiven Unrechtselemente. Der Gerichtssaal*. 1924.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. ed. Revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, Tomo II. Trad., Rodríguez Muñoz a la 2ª ed., alemana, y 3ª ed., adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés, Madrid, 1957.

MIR PUIG, Santiago. “El delito de coacciones en el Código Penal”. En, *ADPCP*. Fasc. II, Mayo- Agosto, 1977.

MIR PUIG, Santiago. “Observaciones a los títulos preliminar y primero del proyecto del Código Penal”. En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Número 3, Madrid, 1980.

MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Adiciones al Tratado de Derecho Penal. Parte General de Hans-Heinrich Jescheck*. Volumen I. Barcelona, 1981.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed. Barcelona, 1982.

MIR PUIG, Santiago. "Problemas del estado de necesidad en el artículo 8.7 CP". En, *Estudios jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona, 1983.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Barcelona, 2008.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "El estado de necesidad como ley general". (Aproximación a un sistema de causas de justificación). En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, número extraordinario 1º, 2000.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona, 2001.

MONTERO, Etienne. "¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía". En, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2, 1999.

MORALES PRATS, Fermín. *Parte General del Derecho Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Pamplona, 2009.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Madrid, 1984.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª ed. Granada, 1993.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Prólogo". En, *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada, 2001.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro". En, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Número 4, 2002.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Manipulación genética: Límites jurídico-generales y frontera penal. La respuesta del Código Penal español". En, *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Aspectos Penales del Consentimiento Informado". En, *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli (Coordinadores). Valencia, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *El Derecho Penal mínimo o la expresión del Derecho Penal*. Revista Cubana de Derecho. No. 25, Enero-Junio de 2005. La Habana Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Derecho Penal y Deporte". En, *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*. No. 1. 2006.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Construcción y demolición de la teoría de la acción". En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad*. Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica". En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “El caso Terri Schiavo: continúa el debate sobre la eutanasia”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “El médico como sujeto pasivo del delito”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Límites de la Política Criminal y del Derecho Penal”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En, *Revista Nueva doctrina penal*. 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Revisada y puesta al día. Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ª ed., revisada y puesta al día. Valencia, 2009.

NAIME LIBIÉN, José. “Introducción”. *El consentimiento bajo información. Bases para su comprensión*. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. México, 2000.

NAVARRO FLORIA, Juan G. y LO PRETE, Octavio. “Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en la República Argentina”. En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada, 2010.

NAVARRO MICHEL, Mónica. “Responsabilidad del trabajo en equipo y de la institución sanitaria: Nuevas perspectivas”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

NEUMAN, Elías. “El VIH en la prisión y confidencialidad médica”. En, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Salamanca, 2001.

NEWDICK, Douglas. *Poder y Consentimiento*. Disponible en <http://dftuz.unizgr.es/a/files/anarq.th/95003.htm>.

NOLL, Peter. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955.

NOLL, Peter. “Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung”. En, *ZStW*. No. 77, 1965.

NÚÑEZ GARCÍA, Javier. “Las seis versiones de la biomédica”. *Memoria del primer congreso nacional de bioética. Comisión Nacional de Bioética. Academia Nacional Mexicana de Bioética*. México, 1997.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid, 1999.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “Artículo 20.7”. En, *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del Código Penal español”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “La misión del Derecho Penal y su relación con los fines de la pena y la medida de seguridad”. En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Felix Araújo Neto. Lima, 2007.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo “Visión general sobre la pena: concepto, justificación y fines”. En, *Introducción al Derecho Penal*. En coautoría con Feliz Araújo Neto. Lima, 2007.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “¿Es la *lex stricta* una garantía efectiva en Derecho Penal?”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo *et. al.* “Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido”. En, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de de Política Criminal*. Lima, 2008.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo. “El concepto jurídico-penal de lesión: Análisis del tipo básico del art. 147.1 CP”. En, *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María Dolores García Valverde (Coordinadoras). Pamplona, 2009.

OROZCO PARDO, Guillermo. “Problemática jurídica de la información sanitaria”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

ORTIZ VILLAR, Israel. “El modelo de arbitraje médico en México: Instrumento exitoso ante algunos problemas de responsabilidad profesional sanitaria”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

ORTS BERENGUER, Enrique y GUINARTE CABADA, Gumersindo. Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del consentimiento informado”. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a José Cerezo Mir*. Madrid, 2002.

PACHECO CASTRO, Oralia Leticia. “Importancia del consentimiento informado en pediatría”. *Memoria III Congreso Nacional, Latinoamericano y del Caribe. La*

bioética de fin de siglo y hacia el nuevo milenio. Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética-Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética. México, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Madrid, 1995.

PAREDES SIERRA, Raymundo y RIVERO SERRANO, Octavio. "Medicina defensiva". En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español". En, *Actualidad Aranzadi Civil*, n° 1. Madrid, 2003.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal. Analítico-Sistemático*. 3ª ed., México, 2003.

PEREIRA SAAVEDRA, Arturo. "Hematología". En, AA.VV. *Medicina Interna*. P. Farreras Valentí y Ciril Rozman (Directores). 15ª ed. Volumen II. Barcelona, 2006.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. "La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente". En *CPC*. Número 56, 1995.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Delitos de acción. La tipicidad. Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., revisada y puesta al día con las reformas penales, tema 22 (José Miguel Zugaldía Espinar: Director). Valencia, 2004.

PÉREZ ARROYO, Miguel. "Objeción de conciencia y Derecho Penal en la actual dogmática penal española. Especial referencia al ámbito sanitario". En, *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Fascículo 7/8, 1999.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la eficacia del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*. Granada, 1994.

PÉREZ FERRER, Antonio *et. al.* “Fundamentos del rechazo a la transfusión sanguínea por los Testigos de Jehová. Aspectos ético-legales y consideraciones anestésicas en su tratamiento”. En, *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*. Volumen 53, número 1. Madrid, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid, 2003.

PÉREZ TREMP, Pablo. *Los Derechos Fundamentales. Derecho Constitucional*. Volumen I. *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 6ª ed. Valencia, 2003.

PÉREZ VALLEJO, Ana María. “Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La regulación penal de la manipulación genética: principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías*. Fundación Valenciana de Estudios Avanzados. Madrid, Valencia, 1995.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Los avances médico-científicos en el conocimiento del hombre: un reto para el Derecho del futuro”. En, *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002.

PERIS RIERA, Jaime Miguel y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. “El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del Derecho Penal”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

PERIS RIERA, Jaime Miguel y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*.

Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ferrando Mantovani. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Por un pleno Derecho Sanitario del recluso”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios.* Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

PERRON, Walter. “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado. Con especial consideración al Derecho Penal español. En, *ADPCP.* Fasc. I, enero-abril, 1988.

PIEDROLA GIL, Gonzalo *et. al.* En, *Medicina preventiva y salud pública,* 11^a ed., Barcelona, 2008.

PIERRE MATUS ACUÑA, Jean. “La protección de la seguridad personal en el Código Penal”. En, *Revista Jurídica Ius et Praxis.* Volumen 15, número 1, 2009.

PIMENTEL PÉREZ, Alejandro Gustavo. “Los Testigo de Jehová y el consentimiento informado”. En, *Revista Médica del IMSS* (Instituto Mexicano del Seguro Social). Volumen 40, número 6. México, 2002.

PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria.* Pamplona, 2002.

POLAINO ORTS, Miguel. *¿Volenti non fit iniuria?. Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal (215/256).* Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal Peruano. Anuario de Derecho Penal. Doctrina, jurisprudencia, legislación y bibliografía (Director: José Hurtado Pozo; Coordinador: Iván Meini Méndez. Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo/Suiza, 2003.

POLAINO-ORTS, Miguel. “Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad”. En, *Cuadernos de Política Criminal,* Número 82. Segunda época. Zaragoza, 2004.

POMARES CINTA, Esther. "Delitos de acción. La antijuridicidad". En, *Derecho Penal. Parte General*. José Miguel Zugaldía Espinar (Director) y Esteban Juan Pérez Alonso (Coordinador). Valencia, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber". En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Número. 13, Tomo II. Homenaje al Profesor Sáinz Cantero. 1987.

PORTILLO CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho Penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. En *Dogmática y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater*. Coordinado por José Miguel Zugaldía Espinar y Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid, 2004.

President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Defining death: a report on the medical, legal and ethical issues in the determination of death*. Washington, D.C.: Government Printing Office, 1981.

PRINCIGALLI, Ana María. *La responsabilidad del médico*. Napoli, 1983.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Tomo I. Madrid, 1955.

PUPPE, Ingeborg. "Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie". En, *Festschrift für Roxin*, 2001.

PUPPE, Ingeborg. "Vor §13 StGB". En, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Tomo I: §§ 1-145 d, 2ª ed., Baden-Baden, 2005.

PUPPE, Ingeborg. "La justificación de la intervención médica curativa". En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Director: Jesús María Silva Sánchez. Coordinación: Ricardo Robles Planas. Traducción de David Felip i Saborit. Barcelona, 2007.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *La exigente del miedo insuperable*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1998.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. "Artículo 20.6". En, *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. "Código Penal del imperio de Etiopia". En, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 11, fascículo/mes 2, 1958.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *¿A dónde va el Derecho Penal? Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et. al. *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. Tomo XIX. Valencia, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 3ª ed., Pamplona, 2009.

RAMÍREZ SALAZAR, Carlos/JIMÉNEZ CORONA María Eugenia y RIVERA CISNEROS, Antonio Eugenio. "Aspectos jurídicos en casos de transfusión sanguínea en Testigos de Jehová". En, *Gaceta Médica de México*. Volumen 139, número 4, México, 2003.

RODRÍGUEZ ARTALEJO, Fernando y ORTÚN RUBIO, Vicente. "Los protocolos clínicos". En, *Medicina Clínica*, volumen 95, número 8, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte General*. 18ª ed., Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, Raquel. "Los derechos y obligaciones de los pacientes". En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *La autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica*. Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad". En, *Estudios penales. Libro Homenaje al Profesor José Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

RODRÍGUEZ MOYADO, Héctor. "Medicina sin transfusiones". En, *Revista Médica del IMSSS* (Instituto Mexicano del Seguro Social). Volumen 43, número 3. México, 2005.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *Notas al Tratado de Derecho Penal de Mezger*. II. Ed., Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949.

ROLDAN BARBERO, Horacio. *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*. Madrid, 1980.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. "Estado de necesidad y colisión de intereses". En, *CPC*, nº 20, 1983.

ROMEIO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho Penal*. Volumen 1. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal). Prologo de José Cerezo Mir. Barcelona, 1981.

ROMEIO CASABONA, Carlos María. "El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980". En, *Separata de Cuadernos de Política Criminal*, nº 17. Madrid, 1982.

ROMEIO CASABONA, Carlos María. "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español". En, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Número 13. *Homenaje al Profesor José Antonio Sáinz Cantero*, 1987.

ROMEIO CASABONA, Carlos María. "El paciente de Sida y la afectación de su libertad de someterse a tratamiento y a su confidencialidad". En, *JANO*, nº 1024, 1993.

ROMEIO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “Genética y Derecho Penal: Los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”. En, *Derecho y Salud*. Volumen 4, número 2, julio-diciembre, 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “La objeción de conciencia en la praxis médica”. En, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”. En, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “La clonación humana: Los presupuestos para una intervención jurídico-penal”. En, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (Coord.). Madrid, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “Clinical Trials in Medicine in Spanish Law”. En, *Die klinische Prüfung in der Medizin. Europäische Regelwerke auf dem Prüfstand*. Germany, 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos María y DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. “Alcance y objetivos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. En, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez. (Coordinadores). Granada, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos María. “Seguridad del paciente y sistema de notificación de eventos adversos”. En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

- ROMEO MALANDA, Sergio. "Crónica del Seminario: Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código Penal español de 1995". En, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 11. Bilbao, 1999.
- ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, 1976.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid, 1981.
- ROXIN, Claus. "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?". (Trad. De Jesús María Silva Sánchez). En, *CPC*, 1986.
- ROXIN, Claus. "El Desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". En, *Dogmatica Penal y Política Criminal*. Lima, 1998.
- ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano). Valencia, 2000.
- ROXIN, Claus. "Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia". En, *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Traducción del título original por Miguel Olmedo Cardenete. Granada, 2001.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed., 1ª reimpresión. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires, 2002.
- ROXIN, Claus. *Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor "Honoris Causa del Doctor Don Claus Roxin"* en la Universidad de Granada. Granada, España, 27 de mayo de 2004.
- ROXIN, Claus. "El estado de necesidad exculpante según el artículo 35 C.P.". En, *La teoría del delito en la discusión actual*". Trad. de Manuel Artidoro Abanto Vásquez. Lima, 2007.

ROXIN, Claus. “Acerca del consentimiento en el Derecho Penal”. En, *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima, 2008.

ROXIN, Claus. “Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia”. En, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao y Margarita Valle Mariscal de Gante (Coordinadores). Madrid, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª ed., alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, 6ª reimpresión, 2008.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa”. En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Número 4. Barcelona, 2009.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. “El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas”. En, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Barcelona, 1990.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.5”. En, *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Artículo 20.6”. En, *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1999.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. “Intervención médica y consentimiento informado”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

SÁNCHEZ DAFAUCE, Mario. "Teoría de la culpabilidad". En, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *et. al. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*. Valencia, 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Universidad de Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ, Renata. "Mi lucha no es un suicidio, dice Fariñas". En, *Diario El Universal*. Año: 93 | número 33,747. México, 2010.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado". En, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Número 2. Director: Jesús María Silva Sánchez. Coordinación: Ricardo Robles Planas. Barcelona, 2004.

SANZ MORÁN, Ángel. *Elementos subjetivos de justificación*. Barcelona, 1993.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. "Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht". En, *LacknerFS.*, 1987.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La culpabilidad: Estado de la cuestión". Traducción de David Felip i Saborit y Ramón Ragués i Vallès. En, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra). Madrid, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad". (Traducción de Carlos J. Suárez González). En, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. Barcelona, 1995.

SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos. Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Coordinadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar. Madrid, 2004.

SEGURA GARCÍA, María José. "El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a la luz de las

últimas reformas legislativas”. En, *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*. Madrid, 2005.

SHAW, Charles. “Experiencias del uso de normas o estándares en la calidad de la atención médica”. *Por la calidad de los servicios médicos y la mejoría de la relación médico-paciente*. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. México, 1998.

SIEIRA MUCIENTES, Sara. *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español. En, *ADPCP*. Tomo 35, fascículo/mes 3,1982.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”. En, *ADPCP*, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal del médico por omisión”. En, *La Ley*. Número 1, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?”. En, *La Ley*, año XXIV, nº 3208, 2 de marzo de 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”. En, *Problemas jurídico-penales del SIDA*. Barcelona, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, BALDÓ LAVILA, Francisco y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General*. Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia”. En, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Santiago Mir Puig, Diego Manuel Luzón Peña et. al. (Directores). Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona, 1999.

SIMÓN LORDA, Pablo y COUCEIREO VIDAL, Azucena. “El consentimiento informado y la participación del enfermo”. En, *Bioética para clínicos*. Madrid, 1999.

SIMÓN LORDA, Pablo. *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*. Madrid, 2000.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. “Derechos Humanos y salud”. En, *Arbitraje médico. Fundamentos teóricos y análisis de casos representativos*. Armando Valle González y Héctor Fernández Varela Mejía (Directores). México, 2005.

SOTO NIETO, Francisco. “Responsabilidad penal derivada de la actividad médica”. En, *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Tomo I. *Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Luis Martínez-Calcerrada, Ricardo de Lorenzo y Montero (Coordinadores). Madrid, 2001.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen, 1997.

STRATENWERTH, Günter. “Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung”. En, *Festschrift Für Gallas*. 1973.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. “Comentarios al artículo 20.5 CP”. En, *Comentarios al Código Penal*. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Director); Agustín Jorge Barreiro (Coordinador). Madrid, 1997.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid 2001.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. “Los efectos atenuatorios del consentimiento en las lesiones”. En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva,

Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La libertad ideológica en Derecho Penal*. Barcelona, 1989.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En, *Cuadernos Jurídicos*. Número 22, 1994.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La víctima en Derecho Penal*. Pamplona, 1998.

TENA TAMAYO, Carlos *et. al.* *Consentimiento válidamente informado*. Carlos Tena Tamayo, Gabriel Manuell Lee y Octavio Casa Madrid Mata (Editores). México, 2004.

TENA TAMAYO, Carlos, *et. al.* “Actitud médica ante la negativa de recibir hemotransfusión por pacientes Testigos de Jehová”. En, *Revista de Ginecología y Obstetricia de México*. Volumen 10. México, 2006.

TÓMAS JIMÉNEZ, Natalia. “La religión y la aplicación de técnicas alternativas”. En, AA. VV. *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Pilar Rivas Vallejo y María D. García Valverde. (Directoras). Pamplona, 2009.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en Derecho Penal*. Madrid, 1999.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal (artículo 143)*. Valencia, 2000.

TÓMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “El efecto oclusivo entre causas de justificación”. En, *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada, 2009. El mismo artículo en, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Pamplona, 2005.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “El estado de necesidad”. En, *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*. Gonzalo Quintero Olivares, J.C. Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats *et. al.* (Directores). Valencia, 2008.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada, 2000.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación. “La eximente de miedo insuperable: ¿una alternativa a la teoría del error en la legítima defensa? (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000)”. En, *AP*. Número 44, 2001.

URRUTIA, César Amílcar., *et. al.* *Responsabilidad médico-legal de los anestesiistas*. Buenos Aires, 1996.

VALDERRAMA Carlos. *La libertad de conciencia y el Derecho Sanitario en el Perú*. En, *Libertad de conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica*. Granada. 2010.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”. En, *Cuadernos de Política Criminal*. Número 37, 1989.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona, 1994.

VALLS PRIETO, Javier. “Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas”. En, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador). Madrid, 2009.

VARONA GÓMEZ, Daniel. “El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento”. En, *AP*, número 39, 1996.

VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la exigente desde una teoría de la justicia*. Granada, 2000.

VEGA GUTIÉRREZ, Javier/MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín y VEGA GUTIÉRREZ, José María. *Experimentación humana en Europa: Legislación y aspectos bioéticos*. Valladolid, 1997.

VEIGA COPO, Abel Benito. "Mala praxis vs. Negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil? En, *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*. Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores). María Reyes Corripio Gil-Delgado y Abel Benito Veiga Copo (Coordinadores). Pamplona, 2008.

VENTAS SASTRE, Rosa. "Imprudencias sanitarias con resultado de muerte o lesiones". En, *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ferrando Mantovani*. Lorenzo Morillas Cueva, Ignacio Francisco Benítez Ortúzar y Jaime Miguel Peris Riera (Coordinadores). Madrid, 2005.

VILLAR ABAD, Gloria. "La regulación de las instrucciones previas en la Ley 41/2002". En, AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica. (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid, 2004.

VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Tomo II (*Das Verbrechen*), Allemeine Lehren, 1930.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 3ª ed. Traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, volumen XXVI. Madrid, 1927.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad., Bustos Ramírez-Yañez Pérez. 12ª ed., alemana y 3ª castellana. Chile, 1967.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago. 1976, p. 137.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. 2ª reimpresión. Trad., José Cerezo Mir. Buenos Aires, 2004.

YUNGANO/LÓPEZ BOLADO/POGGI/ BRUNO. *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires, 1986.

ZIP. Heinz. *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970.

ZIPF, Heinz. "Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho Penal y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos". En, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, 1998. Traducción de su trabajo "Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 ÖStGB), en Kaufmann/Bemmann/Krass/Volk, en Festschrift für Bockelmann zum 70 Geburtstag, München, 1979.

ZITELMANN, Ernst. "Ausschluss der Widerrechtlichkeit". En, *Archiv für civilistische Praxis*. 1906.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales". En, *RFDUG*. Número 13. Granada, 1987.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director) y PERÉZ ALONSO, Esteban Juan (Coordinador). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Valencia, 2004.