

Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales

Patricia Zambrana Moral

Licenciada en Derecho.
Profesora Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Málaga.

Luis Corpas Pastor

Doctor en Odontología.
Profesor de Ergonomía y Materiales Dentales
Universidad de Granada.

No hay duda de que el consentimiento desempeña un papel básico en el mundo jurídico, alcanzando su máxima relevancia en la esfera civil y, más concretamente, en el ámbito de las obligaciones y contratos. Sin embargo, la realidad es distinta en el ámbito penal. La doctrina penalista ha venido constantemente criticando la insignificancia del consentimiento en materia penal y reclamando una mayor atención, pretensiones que quizás se han ido satisfaciendo en los últimos años coincidiendo con una paralela decadencia del consentimiento en materia civil.

Consentimiento informado

Entendemos por consentimiento informado el que efectúa el sujeto, en este caso el paciente, tras haber recibido, por parte del odontólogo las explicaciones suficientes en torno a los riesgos y consecuencias que puede generar su actuación y la posibilidad de métodos alternativos.

Centrándonos en el tema que nos interesa, Rodríguez Devesa define el tratamiento médico como «una serie de prescripciones procedentes de un facultativo a las que se somete un sujeto y que afectan a la salud y a su integridad corporal». No cabe ninguna duda de que del mismo pueden derivarse lesiones y, extremando las posibles consecuencias, incluso la muerte. Según Antón Oneca, el consentimiento legitima el tratamiento sobre la base de que el que consiente está transmitiendo al facultativo el derecho a actuar sobre el mismo: «el sujeto ejercita un derecho que le ha sido transmitido por el titular del bien jurídico». Algunos autores (Quintano Ripollés entre otros) se centran en el consentimiento del ofendido dando a entender que el consentimiento eliminará o mitigará la responsabilidad penal del facultativo siempre y cuando tal consentimiento sea válido, en lo subjetivo y en lo objetivo: «puede ostentar un carácter de principio general de validez absoluta, a los fines de destruir la antijuridicidad o la tipicidad en que la responsabilidad encarna, siempre y cuando se subordine al requisito "*sine qua non*" de su validez en lo subjetivo y en lo objetivo».

Validez del consentimiento

En este sentido nuestro objetivo consiste en dilucidar hasta que punto el consentimiento del ofendido podría determinar la no punibilidad de una conducta concreta. Debemos, pues, partir de los requisitos para la validez de un consentimiento informado, centrándonos en el ámbito médico y en concreto el odontológico. En nuestro campo, ciertas actuaciones que a diario se practican (y que, con frecuencia, ni siquiera se cuestionan) podrían rozar o incluso traspasar los límites de la legalidad, en ausencia de un consentimiento que reúna los elementos básicos como para no adolecer de vicio alguno.

De cara a los requisitos del consentimiento podríamos utilizar analógicamente los que se contemplan en el artículo 428.2 del Código Penal que excluye el consentimiento viciado, el obtenido mediante precio o recompensa y el otorgado por menor o incapaz (en este último punto, Guallart de Viala señala que el legislador se ha vinculado a «conceptos interpretativos dependientes del Derecho privado y consecuentemente, menor será el que no haya cumplido los 18 años e incapaz el que haya sido declarado como tal -incapacitado- por el juez de acuerdo con la legislación civil».

Es evidente que el sujeto que presta su consentimiento debe poseer los elementos de juicio necesarios para formarse una opinión libre de cualquier coacción que dirija su voluntad de actuar en un sentido u otro y la actuación del facultativo debe constreñirse a los límites del consentimiento, siendo necesario analizar cada caso en particular.

Partiendo de la regulación de nuestro Código Penal que en su artículo 428 se decanta por la irrelevancia del consentimiento en las lesiones (salvo trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual), no podríamos afirmar la irresponsabilidad criminal en los casos previamente analizados relativos a actuaciones médico-quirúrgicas, en las que únicamente el consentimiento del lesionado puede explicar la licitud de la conducta. Por ello compartimos la opinión de Alfonso Arroyo de las Heras y Javier Muñoz Cuesta cuando señalan que «el único consentimiento que no puede eximir de pena en el delito de lesiones es el consentimiento viciado, ya sea por motivos egoístas, como el precio o la recompensa, por falta de capacidad, como la menor edad o incapacidad, o por cualquier otra causa, como el engaño o la amenaza» y todo ello porque si el consentimiento exime en los supuestos contemplados en el Código Penal, con mayor motivo debe eximir (como afirma Muñoz Conde) en otro tipo de intervenciones más habituales y medicamente necesarias.

Forma del consentimiento

Otra cosa diferente es probar que realmente hubo consentimiento. Al contrario que en materia civil, en el ámbito penal, la forma del consentimiento ocupa un lugar secundario, desempeñando un importante papel el consentimiento tácito, donde las dificultades se trasladan a la prueba.

No cabe duda de que el tema que estamos tratando entronca directamente con el problema del consentimiento en las lesiones, ya que de actuaciones odontológicas, las principales consecuencias que pueden generarse y crear la duda de su licitud son lesiones. Sobre el problema ha habido sectores doctrinales que han negado la relevancia al consentimiento del lesionado mientras que otros han mantenido la opinión contraria, opiniones que han ido evolucionando conforme lo hacía la legislación penal.

Con carácter previo resulta interesante distinguir, como lo hiciera Quintano Ripollés, entre consentimiento y mera tolerancia, entendiéndose el consentimiento como querer y no como tolerar ya que se correría el riesgo de actuar impunemente sobre pacientes que se dejan hacer todo...: «el riesgo de validar conductas contra personas de una virtud verdaderamente evangélica, o meramente abúlicas, que no resisten al mal, pero que a pesar de ello, no puede decirse que consientan queriéndolo, privándolas de una tutela penal a la que tienen perfectamente derecho...».

Tipos en función del procedimiento

1) Ámbito médico-quirúrgicos: fines curativos

Distinguiendo diferentes supuestos que puedan llegar a plantearse, resulta obvio que en el ámbito médico quirúrgico no presenta ninguna relevancia el consentimiento en aquéllos casos en los que la «lesión» es necesaria por existir un riesgo vital para el sujeto (traqueotomía o masaje cardíaco, por ejemplo). Aquí no cabría hablar, si quiera, de consentimiento, sino que en estas ocasiones podría acudir a la eximente de estado de necesidad.

Los auténticos problemas se plantean cuando no hay riesgo para la vida, como son (afortunadamente) la mayoría de nuestras intervenciones. Aquí, un sector de la doctrina española acude a la eximente número 11 del artículo 8 de nuestro Código Penal que contempla el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Quintano Ripollés no comparte esta opinión, entendiéndolo que no es la profesión médica (y por extensión la odontológica) la que excusa sino que, «en circunstancias normales ha de contar con la voluntad del paciente o, en su defecto, con la de sus familiares o representantes», entendiéndose por circunstancias normales aquéllas que no encajan en el estado de necesidad y, todo ello, porque si acudimos a la eximente de «ejercicio de la profesión», podrían legitimarse intervenciones no consentidas con el propósito de la experimentación científica.

Sin embargo, en estos supuestos podríamos cuestionarnos hasta qué punto está realmente «ejerciendo la profesión» el médico que en el ejercicio de la tarea investigadora actúa de tal manera, violando las más elementales normas deontológicas.

2) Ámbito médico-quirúrgicos: fines no curativos

De igual forma, otro punto en el que merece la pena detener nuestra atención es el de las lesiones en tratamientos médico-quirúrgicos con fines estéticos - no curativos, ya que uno de los fines de la actuación odontológica puede ser el mejorar la estética del individuo. Nos referimos en concreto a los tratamientos de ortodoncia y cirugía ortognática ¿Qué sucede en aquéllos supuestos en los que no mejoran sino que empeoran la imagen del individuo? ¿Qué papel ocupa aquí el consentimiento del paciente?. Mantenemos la opinión de que la extracción de una pieza dental con un fin no curativo sino estético podría constituir en ausencia de consentimiento un acto típico, antijurídico y culpable, de ahí la importancia del consentimiento expreso en estos casos, sin olvidar las posibles consecuencias que puedan derivarse para la salud del paciente y teniendo en cuenta otras responsabilidades que pudieran desencadenarse. Algunos sectores doctrinales no son de la misma opinión, manifestando, por ejemplo Cuello Calón que la belleza no tiene iguales derechos que la salud, sin embargo Quintano Ripollés le responde acudiendo al artículo 421.2 del Código Penal que contempla el resultado de deformidad o fealdad en las lesiones graves (en esta línea nos remitimos a la doctrina del Tribunal Supremo que considera la pérdida de una pieza dentaria como deformidad, sentencias de 1 de diciembre de 1986, 15 de abril de 1987, 30 de abril de 1990, 27 de noviembre de 1991, 12 de mayo de 1992, entre otras), por lo que la belleza tiene un rango reconocido de modo expreso por el Derecho Penal.

Presencia o ausencia del consentimiento

De todas formas, el facultativo debe informar al paciente de los riesgos que puedan derivarse de su actuación (la información debe ser más precisa cuanto mayor riesgo exista) y un consentimiento de estas características exime de responsabilidad respecto a la operación en sí misma considerada, siempre que el médico se ajuste a la «lex artis», sin perjuicio de las responsabilidades que puedan derivarse por una actuación negligente, que mediando el consentimiento, permitiría castigar al facultativo a título de imprudencia y no de dolo. A la hora de informar, el médico debe tener también en cuenta las condiciones subjetivas del paciente (como por ejemplo la edad o el nivel cultural).

Alfonso Arroyo de las Heras y Javier Muñoz Cuesta, siguiendo a Ferrer Sama, distinguen dos supuestos:

a) Que la intervención tenga éxito. En este caso, de mediar el consentimiento no hay problema alguno, ahora, si éste no está presente, la conducta podría

constituir un delito de coacciones del artículo 496 del Código Penal, salvo que exista estado de necesidad.

b) Que la intervención no tenga éxito.

Sólo un tratamiento médico sin éxito puede constituir delito de lesiones.

- Casos en los que haya un riesgo vital.

La actuación del médico se justifica por el estado de necesidad siendo indiferente la presencia o no de consentimiento.

- Supuestos en los que no haya riesgo vital.

En este caso la conducta sólo quedará justificada por la presencia del consentimiento válido de la víctima o de la persona capacitada legalmente para prestarlo.

La responsabilidad del médico se exigirá, normalmente, a título de culpa cuando no exista intención de causar la lesión.

No se puede admitir, como señala Muñoz Conde, que el consentimiento legitima en todo caso el tratamiento médico, ya que podría dar lugar a prácticas inmorales o atentatorias a la dignidad humana, como el cobayismo o la venta de partes del cuerpo (aunque en estos casos, el consentimiento estaría viciado por intervenir, generalmente, precio o recompensa).

Modelos general y específico

Antes de entrar en los modelos de consentimiento, nos detendremos en uno de los principales problemas del consentimiento informado que se encuentra directamente relacionado con los llamados «métodos restrictivos» que el odontopediatra debe utilizar para aplicar su tratamiento a menores sobre todo cuando son de corta edad. De estos métodos pueden derivarse ciertos resultados lesivos, que si bien, normalmente son de escasa trascendencia y no van más allá que unos simples hematomas o marcas, puede suceder que los familiares del menor no se encuentren familiarizados con estos métodos pese a que suelen ser de uso frecuente. Por ello es importante que el odontólogo informe al padre o tutor legal del menor sobre los métodos a utilizar, las indicaciones y contraindicaciones, riesgos y tratamientos alternativos y todo ello antes de usar el método en concreto, salvo en casos de emergencia. Como hemos indicado, normalmente el método consiste en una restricción física (por ejemplo, sujetar o amordazar al paciente), sin embargo, en ocasiones, se hace necesario acudir a una sedación consciente y en casos más extremos a una anestesia general. En este último caso el consentimiento debe prestarse por escrito. Normalmente, cuando un padre lleva a su hijo a la consulta del odontólogo suele existir un consentimiento implícito para las actuaciones dentales normales. Sin embargo, cuando no conocen las técnicas de manejo, se hace necesario un consentimiento informado previo. La fórmula para el consentimiento debe ser lo suficientemente explícita y explicativa, de modo que evite cualquier género de duda sobre lo que ha consentido el paciente y otorgue una

completa protección al odontólogo ante los Tribunales en caso de posibles complicaciones posteriores.

En líneas generales, podemos categorizar que puede haber tres tipos de consentimiento: (oral o escrito: general y específico).

El consentimiento oral debe realizarse delante de un testigo (miembro de la plantilla de la clínica, por ejemplo). En el consentimiento escrito, una fórmula general y problemática sería: «Doy mi permiso al dentista para realizar todos los procedimientos para mi hijo que el dentista estime necesario».

Vendría a ser una especie de consentimiento en blanco que no sería admitido por los Tribunales, por lo que concedería escasa protección al profesional y ello nos lleva a rechazarla. Una fórmula más adecuada podría ser: «Doy permiso al dentista para realizar todos los procedimientos necesarios para dar tratamiento a mi hijo. Me doy cuenta de que la práctica de la odontología es diferente para los niños y que existen procedimientos que pueden ser usados con los cuales no estoy familiarizado, como por ejemplo, restricción física, analgesia con óxido nítrico o premedicación. El dentista me ha explicado la naturaleza de estos procedimientos y estoy de acuerdo en su uso para mi hijo».

Las fórmulas de consentimiento específico atienden a la autorización de una actuación concreta del odontólogo, así como la información de los riesgos y alternativas que existen.

El dentista debe contestar en todo momento las preguntas que formule el paciente en torno a su actuación de forma que quede todo lo suficientemente claro como para no inducir a error ni duda alguna.

Sin duda, el consentimiento por escrito es el que en un futuro permitirá evitar mayores problemas, ya que en los demás casos, los padres pueden señalar que no se les informó o que no consintieron, con los consiguientes problemas que ello lleva consigo.

No podemos olvidar en ningún momento que, a diferencia de los profesores, el dentista no se encuentra «in loco parentis». Los profesores tienen la obligación de enseñar a los niños, pero el dentista no tiene la obligación legal o social de tratar niños en concreto (salvo casos de estado de necesidad), por lo que para el uso de técnicas restrictivas necesitará consentimiento expreso.

Finalmente, como conclusión, con independencia de las doctrinas expuestas, aconsejamos la adopción de un consentimiento expreso para la práctica dental, que sí puede ser escrito, mejor.

Bibliografía:

- A. Arroyo de las Heras y J. Muñoz Cuesta, *Delito de Lesiones*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, PP. 161-175.
- A. Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, vol. 1, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, PP. 751-799.
- A. Guallart de Viala, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.