



**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

**PROGRAMA DE DOCTORADO: CIENCIAS JURIDICAS**

**CONSIDERACIONES DOGMATICAS  
Y  
POLITICO-CRIMINALES  
DEL  
CONSENTIMIENTO INFORMADO**

**PATRICIA ONTIVEROS ORTEGA**

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales  
Autor: Patricia Ontiveros Ortega  
ISBN: 978-84-1306-299-0  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/56857>

**UNIVERSIDAD DE GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

**TESIS DOCTORAL:  
CONSIDERACIONES DOGMATICAS  
Y  
POLITICO-CRIMINALES  
DEL  
CONSENTIMIENTO INFORMADO**

**DOCTORANDA: PATRICIA ONTIVEROS ORTEGA**

**DIRECTOR DE LA TESIS  
DR. D. CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ**

**Granada-España  
Junio de 2019**



*Mi agradecimiento a D. José María Suarez López, por su dedicación, y valiosas aportaciones.*

*A D. Carlos Aránguez Sánchez, por su apoyo y generosidad.*

*A mis padres Alfonso y Carmen, por su ejemplo y cariño.*

*A mis hijos Fernando y Rodrigo, por su alegría.*

*A todos los que han contribuido a que esta experiencia sea posible.*



## **INDICE**

<b>ABREVIATURAS</b> .....	15
<b>RESUMEN</b> .....	17
<b>INTRODUCCION</b> .....	27
<b>OBJETIVOS</b> .....	29
<b>METODOLOGIA</b> .....	31
<b>CAPITULO I. LA RELACION MEDICO-PACIENTE</b> .....	33
<b>1.-INTRODUCCION</b> .....	33
<b>2.-EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE</b> .....	34
2.1. Periodo anterior a Hipócrates.....	34
2.2. Escuela Hipocrática.....	36
2.3. Periodo de Galeno.....	37
2.4. Culturas Hebrea y Árabe.....	37
2.5. Periodo Medieval.....	38
2.6. Periodo de la Ilustración.....	40
2.7. Periodo Moderno.....	41
<b>3.-MODELOS DE RELACION MEDICO-PACIENTE</b> .....	43
3.1. Clasificación de Pellegrino y Thomasma.....	43
3.1.1. El Modelo Paternalista.....	43
3.1.2. El Modelo de la Autonomía.....	45
3.1.3. El Modelo de Beneficencia.....	47
3.2. Clasificación de Emanuel y Emanuel.....	48

3.2.1. Modelo Paternalista.....	48
3.2.2. Modelo Informativo.....	48
3.2.3. Modelo interpretativo.....	48
3.2.4. Modelo deliberativo.....	49
<b>4.-RELACION EDICO-PACIENTE Y BIOETICA.....</b>	<b>49</b>
4.1. Origen de la Bioética.....	49
4.2. Principios de la Bioética.....	56
4.2.1. Principio de Autonomía.....	57
4.2.2. Principios de Beneficencia y no maleficencia.....	61
4.2.3. Principio de justicia.....	63
4.3 Bioética y Bioderecho conceptualización y delimitación.....	66
<b>5.- DERECHOS DE LOS PACIENTES.....</b>	<b>68</b>
5.1. Origen de los derechos de los pacientes.....	68
5.2. Derecho a la libertad.....	71
5.3 Derecho a la intimidad.....	74
5.4. Derecho al consentimiento informado.....	79
<b>6.- LEY 41/2.002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BASICA REGULADORA DE LA DE AUTONOMIA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACION Y DOCUMENTACION CLINICA, PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN.....</b>	<b>85</b>
<b>CAPITULO II. EL DERECHO DE INFORMACION AL PACIENTE.....</b>	<b>91</b>
<b>1.-INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>91</b>
<b>2.- CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE INFORMACION.....</b>	<b>100</b>



2.1. Elementos Objetivos.....	100
2.1.1. Concepto de información.....	100
2.1.2. Contenido de la información.....	103
2.2. Elementos Subjetivos.....	110
2.2.1 Titularidad del derecho de información.....	110
2.2.2 Obligados a informar.....	121
2.3. Elementos Formales.....	124
2.4 Excepciones al derecho de información.....	129
2.4.1. Estado de necesidad terapéutica .....	129
2.4.2. Renuncia del paciente a recibir información.....	130
<b>CAPITULO III. REGIMEN JURIDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>133</b>
<b>1.-INTRODUCCION.....</b>	<b>133</b>
<b>2.-CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>134</b>
<b>3.-NATURALEZA JURIDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>138</b>
3.1. El consentimiento informado como Derecho Fundamental.....	138
3.2. El consentimiento informado como elemento de la “Lex Artis”.....	145
<b>4.-TITULAR DEL DERECHO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>147</b>
4.1. Introducción.....	147
4.2. Regulación legal.....	147
4.2.1. Regulación estatal.....	147
4.2.2. Regulación autonómica.....	153
4.3. Capacidad de decidir sobre el tratamiento médico.....	157

4.4. Quien determina la capacidad del sujeto para consentir.....	158
4.5. Con qué criterios debe decidir el sustituto o representante.....	159
<b>5.- REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>165</b>
5.1. Requisitos Legales.....	165
5.2. Requisitos jurisprudenciales.....	170
<b>6.-SUPUESTOS ESPECIALES DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>172</b>
6.1. Menores de edad.....	172
6.2. Actos para los que se exige mayoría de edad.....	177
6.3. Ensayos clínicos con medicamentos.....	181
6.4. Cirugía Plástica, estética y reparadora.....	182
6.5. Interrupción voluntaria del embarazo.....	183
6.6. Supuestos de ausencia o revocación del Consentimiento informado.....	188
<b>7.- EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>191</b>
 <b>CAPITULO IV. CONSENTIMIENTO INFORMADO AL TRATAMIENTO MEDICO EN EL AMBITO PENAL.....</b>	 <b>195</b>
<b>1.- EL CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL.....</b>	<b>195</b>
1.1. Introducción.....	195
1.2. Concepto y fundamento del consentimiento .....	197
1.3. Naturaleza jurídica del consentimiento.....	204
1.3.1. Posiciones doctrinales unitarias o monistas.....	206
1.3.2. Posiciones doctrinales diferenciadoras o dualistas.....	209
1.3.3. Posiciones doctrinales tripartitos o intermedias.....	214
1.4. Clases de consentimiento.....	217

1.4.1. Por su naturaleza y ubicación sistemática: Consentimiento y acuerdo..	217
1.4.2. Por su constancia: consentimiento real (expreso o tácito) y consentimiento presunto.....	220
1.4.3. Por la afectación al bien jurídico: consentimiento en la lesión y consentimiento en el riesgo.....	223
1.5. Requisitos del consentimiento en Derecho penal.....	223
1.5.1. Titularidad del bien jurídico.....	224
1.5.2. Capacidad.....	225
1.5.3. Ausencia de vicios.....	234
1.5.3.1. Error.....	235
1.5.3.2. Amenaza, violencia, coacción o intimidación.....	235
1.5.4. Información.....	237
1.5.5. Exteriorización.....	239
1.5.6. Momento de emisión y revocación del consentimiento.....	240
<b>2.- TRATAMIENTO MEDICO EN EL AMBITO PENAL.....</b>	<b>241</b>
2.1. Introducción.....	241
2.2. Dogmatica Penal sobre el Tratamiento médico curativo.....	246
2.2.1. Posiciones Causalistas.....	246
2.2.2. Posiciones finalistas.....	248
2.2.3. Posiciones fundadas en el carácter socialmente valioso de la actividad médica.....	249
2.2.4. Posiciones ajenas al consentimiento.....	250
2.2.5. Posiciones vinculadas al consentimiento.....	252

2.3. La dignidad humana como limite a la libertad personal.....	260
2.4. Relevancia jurídico-penal del consentimiento informado.....	264
2.4.1. Introducción.....	264
2.4.2. Relevancia jurídico-penal del consentimiento informado.....	268
2.4.3. Doctrina jurisprudencial.....	280
2.5. El tratamiento médico arbitrario.....	289
<b>3.- REGULACION LEGAL EN EL VIGENTE CODIGO PENAL.....</b>	<b>294</b>
3.1. El Consentimiento en las lesiones.....	294
3.2 La imprudencia médica.....	302
3.2.1. Introducción.....	302
3.2.2. Concepto, requisitos y evolución normativa.....	307
3.2.3. Imprudencia y comisión por omisión.....	313
3.2.4. Transfusiones de sangre a los testigos de Jehová.....	315
3.2.5. Homicidio imprudente.....	319
3.2.6. Aborto imprudente.....	321
3.2.7. Lesiones imprudentes.....	334
3.2.8. Lesiones imprudentes al feto.....	336
3.2.9. Manipulación genética imprudente.....	337
<b>CAPITULO V. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO Y PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA POR OMISION DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>	<b>341</b>
<b>1.- INTRODUCCION.....</b>	<b>341</b>
<b>2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO.....</b>	<b>345</b>

2.1. En medicina estética o de satisfacción.....	348
2.2. En medicina curativa o asistencial.....	349
<b>3.-PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO MEDICA.....</b>	<b>351</b>
3.1. Introduccion.....	351
3.2. Daño.....	355
3.2.1. Traslado de la responsabilidad por daños a la salud o la vida, al medico .....	355
3.2.2. Daño moral por vulneración del derecho de autonomia del paciente.....	356
3.2.3. Daño por perdida de oportunidad.....	356
3.3. Relacion de Causalidad .....	357
3.3.1. Teoría del daño moral.....	358
3.3.2. Teoría de la pérdida de oportunidad.....	359
3.3.3. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	361
3.3.4. Teoría de la imputacion objetiva.....	361
3.3.5. Teoría de la probabilidad estadística.....	363
3.3.6. Teoría de la creación culposa de un riesgo.....	364
3.3.7. Teoría de los cursos causales no verificables.....	364
3.4. Culpa.....	365
3.4.1. Concepto de culpa.....	365
3.4.2. Prueba de la culpa.....	369
<b>4.-ACCIONES FRENTE A LA ACTIVIDAD SANITARIA.....</b>	<b>380</b>
4.1. Introducción.....	380

4.2. Responsabilidad civil contractual.....	381
4.3. Responsabilidad civil extracontractual.....	381
4.4. Doctrina de la unidad de la culpa civil.....	383
4.5. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	385
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>389</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>407</b>

## ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
Art./art.	Artículo
Arts/arts	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDHB	Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, “De Oviedo”
Cfr	Confróntese
Coord	Coordinador/a
CP	Código Penal
D.	Don
D <sup>a</sup> .	Doña
Direc.	Director
ed.	Edición
F.	Fundamento jurídico
Ibídem	Mismo autor, misma obra, diferente pagina
Idem	Mismo autor, misma obra, misma pagina
LAPac	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del paciente.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGS	Ley General de Sanidad
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Nº/nº	Número
OMS	Organización Mundial de la salud
Op. Cit.	Opúsculo u obra Citada
p.	Página
pags.	Páginas
RD.	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

U.E.	Unión Europea
Vol.	Volumen
Vs.	Versus/contra



## RESUMEN

El consentimiento informado en su concepción actual tiene su origen a mediados del siglo XX, si bien, su evolución ha sido paralela a la propia evolución de la relación médico paciente; desde un modelo de beneficencia, asentado en la búsqueda exclusiva del bien del enfermo, sin contar con su opinión, hacia un modelo de autonomía, donde el paciente es reconocido como sujeto personal, que en uso de su libertad participa en las decisiones respecto de su salud, y no acepta imposiciones unilaterales. Dicha evolución ha transformando la relación médico-paciente, en una relación contractual, que concibe al paciente como un consumidor de servicios, con derechos y obligaciones, entre los que cabe destacar el derecho de información. Esta nueva perspectiva ha determinado un aumento de la litigiosidad, y el ejercicio de la conocida como “*medicina defensiva*” con el consiguiente deterioro de la de la relación médico-paciente.

La regulación actual sobre el consentimiento informado, su alcance y límites se contiene en La Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica de 14 de noviembre de 2002, (enlo sucesivo LAPac), en especial en sus Caps. II a V; y en legislación especial como la Ley de extracción y trasplante de órganos de 27-10-1979, y la LO 2/2010, de 3-3 modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

El consentimiento informado se define en el art. 3 de la LAPac 41/2002 de 14 de noviembre, en los siguientes términos: “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

La validez del consentimiento exige que el paciente decida sobre el conocimiento de cuestiones relevantes para decidir el acto médico. La información, no implica ejercitar la autonomía del paciente, pero es un presupuesto ineludible para su ejercicio, de forma que una información no ya inexistente sino simplemente defectuosa, puede hacer inválido el consentimiento.

La LAPac, al referirse a los casos de consentimiento informado por escrito, establece la obligación de facilitar al paciente una información básica y específica que concreta en los siguientes aspectos:

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

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

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

d) Contraindicaciones.

La Ley Básica establece que los facultativos podrían llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en casos de riesgo para la salud pública y urgencia.

Otro supuesto de excepción al consentimiento informado, no contemplado en la LAPac 41/2002, lo encontramos en la ley general penitenciaria, donde se establece que la Administración velara por la vida, integridad y salud de los internos.

La LAPac reconoce como supuestos exceptuados de la prestación del consentimiento informado, los casos de menores e incapacitados (en que el consentimiento se prestara por representación), a los que habría de añadir los supuestos de renuncia y necesidad terapéutica.

La LAPac sienta como criterio interpretativo general en el caso de consentimiento por representación que la prestación del consentimiento por representación habrá de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del enfermo y con respeto a su dignidad personal.

Para ciertos actos médicos especialmente trascendentes se adopta el criterio de la mayoría de edad, como pueden ser la extracción y trasplante de órganos<sup>1</sup>, la utilización de técnicas de reproducción asistida<sup>2</sup>, la cirugía transexual<sup>3</sup>, y el documento de voluntades anticipadas.

La carga de la prueba del consentimiento informado corresponde al médico, según el criterio de nuestra jurisprudencia y de conformidad con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, previsto en el artículo 217.6 LEC.

La exigencia de responsabilidad frente a resultados dañosos producidos en el ámbito sanitario se extiende cada vez con mayor fuerza en los distintos órdenes jurisdiccionales. Como quiera que la actividad sanitaria afecte a la salud y a la vida de las personas, que son bienes jurídicos de la máxima relevancia, las conductas negligentes, relativas a dichos bienes jurídicos, ostentan relevancia penal.

---

<sup>1</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, art. 4.a), exigencia reiterada en el art. 9.1.a) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Se especifica además, letra d) que "tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores", aunque con alguna excepción.

<sup>2</sup> Art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>3</sup> Art. 156 del Código Penal, Publicado en BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995.

El Derecho penal encuentra su razón de ser en la protección de los intereses socialmente relevantes, los llamados bienes jurídicos, pero solo son protegidos por el Derecho Penal, los bienes jurídicos esenciales para la sociedad, en la medida que están destinados a proteger aquellos intereses cuya violación suponga un perjuicio serio para el correcto funcionamiento del sistema social (la vida, la integridad física, la salud pública, etc.) y el libre desarrollo (autorrealización) de las personas. En este sentido los bienes jurídicos se configuran como límite y garantía de los fines del Estado en el marco de una política criminal concreta, que legitima la injerencia del Derecho penal en la libertad de las persona y que tienen como referencia la Constitución.

El Derecho penal, a lo largo de su historia ha otorgado relevancia al consentimiento del titular del derecho, como elemento del delito. En nuestro ordenamiento jurídico, el vigente Código Penal no lo regula con carácter general dentro de eximentes del art. 20, ni en otro precepto de la parte general, sino que lo prevé en concretos delitos de la parte especial, donde presenta cierta relevancia, cuando concurren requisitos legalmente establecidos, en función de que se trate de bienes jurídicos individuales o supraindividuales y de que sean o no disponibles para su titular.

La doctrina mayoritaria considera que, en delitos contra bienes jurídicos individuales o personales disponibles, el consentimiento de su titular suele ser eficaz como eximente; si bien, cuando se trata de los bienes jurídicos más básicos y esenciales e irreparables de la persona, como la vida, o de muy difícil reparación como la integridad física, psíquica y la salud, en los que el consentimiento en la destrucción de los mismos determinaría la imposibilidad de cambiar luego la decisión y sus efectos, probablemente anómalos por ser contrarios al instinto de conservación (donde cabría sospechar anomalías graves en tales decisiones o incluso la posibilidad de abusos para obtener tal consentimiento), no sería eximente (así en el homicidio del art.143.3 CP, en las lesiones constitutivas de delito, salvo en los trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual: arts. 155 y 156, donde tiene eficacia atenuatoria (en el CP: art. 143.3 y 155, 1º).

Tampoco en bienes jurídicos individuales menos esenciales el consentimiento del titular eximiría de responsabilidad cuando el ataque a los mismos afecta simultáneamente a intereses o bienes jurídicos supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer (en la usurpación de estado civil ajeno del art. 401o en la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del art. 289).

Por otro lado, en bienes jurídicos que afectan a intereses colectivos o supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer, en que el afectado no es solo el sujeto pasivo sino también la comunidad, no es relevante el consentimiento; porque toda la comunidad, como tal no puede consentir; el hecho de que el Estado actúe como representante de la comunidad y pueda permitir que se realice la conducta en principio típica, supone no un consentimiento, sino una figura paralela, la autorización oficial.

Frente a estos criterios mayoritarios, hay un sector doctrinal, que considera que los bienes jurídicos individuales no solo protegen el sustrato material que los conforma sino también la posibilidad de disposición por parte de su titular, en base a la interpretación de protección de los bienes jurídicos conforme a la constitución ósea, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación como presupuesto de la dignidad; en base a ello, conciben todos los bienes jurídicos individuales como disponibles, pudiendo renunciar su titular a su protección, cuando está impida su autorrealización conforme a su ética personal.

Esta visión liberal y personalista del bien jurídico penal concibe al individuo como fin supremo de la sociedad y del Estado. Estimando no justificada la intervención del Derecho penal y del Estado de forma paternalista salvo que las medidas paternalistas sean necesarias, idóneas y proporcionales y pretendan garantizar, que el consentimiento emitido por el titular, cumpla con los requisitos de validez, o evitar un perjuicio a la autorrealización de terceros ajenos.

La naturaleza jurídica del consentimiento en el ámbito penal es una cuestión discutida ampliamente por la doctrina científica. Las principales diferencias radican en la relevancia jurídica que se otorga al consentimiento en la teoría jurídica del delito, excluyendo la tipicidad, la antijuridicidad o una u otra según los casos. La cuestión no es menor, toda vez que en el caso de excluir la tipicidad, ello determinara para el autor del hecho su no imputación “ad initio”, en tanto que los partidarios de considerar el consentimiento una causa de justificación, ubicándolo en la antijuridicidad no evitarían la imputación del autor, lo cual no es cuestión baladí, por todas las implicaciones que comporta el proceso penal.

Dentro de la doctrina existen tres posiciones en orden a la relevancia del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito, conocidas como posiciones monistas, dualistas y tripartitas.

Las posiciones monistas, partiendo de la distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales, consideran que los bienes jurídicos universales solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo y en consecuencia dan mayor disponibilidad al titular sobre el bien jurídico. Para ellos la acción solo realiza el tipo en la medida en que comporte una lesión del ámbito del dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Estos autores parten de la unidad entre el bien jurídico y su poder de disposición por el titular, y de la disponibilidad del sujeto sobre los bienes jurídicos contenidos en los artículos 15 a 19 de la Constitución Española, como derechos fundamentales inherentes a la persona que consagra el art. 10.1 de la misma. Conciben el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.

Los partidarios de las teorías dualistas, parten de la distinción de la doctrina alemana entre acuerdo (que se refiere a tipos que describen actuaciones contra la voluntad del sujeto, en los que el consentimiento excluye la tipicidad) y consentimiento en sentido estricto (en los tipos contra bienes jurídicos personales distintos a la libertad en los que el consentimiento opera como causa de exclusión de la antijuridicidad). Sus partidarios consideran que se produce una ponderación de intereses entre el reproche penal de la lesión del bien jurídico, por el interés de la comunidad en su protección y la libertad personal de disposición del titular.

Junto con las posiciones monistas y dualistas encontramos las posiciones intermedias en cuya virtud podemos diferenciar dos supuestos:

-Cuando el consentimiento es jurídicamente válido, emitido por el titular del bien jurídico con plena capacidad y sin ningún vicio de la voluntad, puede suceder:

Bien que estemos ante un caso de atipicidad por falta de toda relevancia jurídica y por tanto ad initio ante una causa de atipicidad, ya que aunque sí se vea afectado el bien jurídico falta ya el tipo indiciario por haber adecuación social y jurídica si la conducta es válidamente consentida.

O bien que el consentimiento jurídicamente válido sea eficaz y permita la conducta, pero ésta sea en principio típica, ya que hay afectación, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no hay adecuación social por no ser una conducta considerada socialmente como adecuada, de modo que la permisión o autorización por el consentimiento supone una causa de justificación debida a la ponderación de intereses. Pero ello no se produce en bienes jurídicos muy importantes, como la salud e integridad física y psíquica y la vida, bienes jurídicos cuya conservación prevalece a la libertad de disposición del sujeto. Por ello no se autoriza la eutanasia consentida, disponiendo a lo sumo, como es el caso del art. 143.4 del Código Penal una atenuación cualificada.

-Cuando el consentimiento es de fácto la situación es la siguiente:

En algunas figuras delictivas, un consentimiento de hecho del sujeto pasivo, aunque jurídicamente no sea plenamente válido y no excluya la antijuridicidad del acto, sí es en cambio suficiente para excluir la ilicitud penal de la conducta consentida. En los consentimientos de hecho, la conducta consentida no está permitida, pero por razones propias de cada tipo delictivo no se considera lo bastante grave como para que sea penalmente relevante de conformidad con el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

El tratamiento médico ha sido objeto de una especial valoración por parte de la doctrina penal, pues en el pueden verse afectados bienes jurídicos esenciales para el Derecho Penal, como son la libertad, vida, la salud y la integridad corporal. Por ello, la

interpretación de los tipos penales a que la actividad médica podía dar lugar, ha estado condicionada por las ideas de permisión social, adecuación social y valoración positiva del tratamiento médico en atención a la nobleza de su función y de sus profesionales.

Así encontramos de un lado planteamientos teóricos que asignan a la licitud jurídico-penal del tratamiento médico un componente esencialmente objetivo, vinculado al carácter socialmente valioso o útil del mismo. En esta línea, la doctrina más tradicional, excluye la responsabilidad penal por el tratamiento médico en base a la exigencia del ejercicio legítimo de la profesión, oficio o cargo, en atención a la consideración social del médico como profesional dotado de un conocimiento superior, o de un privilegio social, con el que no resulta fácilmente compatible la exigencia de una responsabilidad penal, no siendo relevante el consentimiento del paciente como elemento de licitud de la conducta del médico. Por ello, cuando el tratamiento médico se realice con finalidad curativa, este medicamento indicado y ejecutado conforme a la “lex artis”, no daría lugar a un delito de lesiones, pudiendo en su caso, dar lugar a un delito contra la libertad.

Para los partidarios de estas posiciones en la indicación médica, el consentimiento es irrelevante, por su naturaleza a priori objetiva, pues para su determinación es importante el estándar médico vigente en cada momento, aunque también sea compatible con cierta libertad de terapia. Tampoco para la determinación de la “lex artis” aplicable a cada tratamiento parece relevante a priori el consentimiento del paciente, pues la misma depende, de la concreción de patrones preferentemente objetivos. Por tanto, la relevancia del consentimiento del paciente se concretaría en el ámbito de la justificación.

Frente a dichos planteamientos se sitúan las posiciones teóricas que parten del papel central de la voluntad del sujeto pasivo, para fundamentar la licitud jurídico-penal del tratamiento médico, manifestada en el consentimiento del mismo. Lo que exige formular el juicio de valoración-penal del tratamiento médico tomando en cuenta el consentimiento del paciente.

La doctrina más reciente vincula el consentimiento, al derecho de autodeterminación y considera los bienes jurídicos salud e integridad, vinculados a las preferencias valorativas del paciente; desde una perspectiva subjetiva de la salud. Por ello, la indicación médica se trataría como un requisito “abierto”, no dependiente de valoraciones médicas objetivas, sino de la elección del paciente (especialmente en los tratamientos cuya ejecución u omisión genera un riesgo grave de perjuicio para salud, por implicar pérdida o inutilidad de miembros corporales, o alteración sustancial de las funciones del organismo, donde es dudoso determinar el resultado más beneficioso para salud del paciente sin tener en cuenta sus preferencias).

En nuestra opinión, la posición más razonable pasa por conjugar ambas perspectivas, la definición de la salud como interés en principio objetivo está

condicionada por las preferencias subjetivas del paciente, lo que implica una redefinición de los bienes jurídicos afectados en el tratamiento médico.

La realización de tratamientos médico- curativos sin consentimiento del paciente, según la doctrina tradicional no darían lugar a un delito de lesiones; los realizados de forma exitosa por ausencia del elemento objetivo del tipo, al no haber afectación a la salud, y en los realizados con resultados lesivos, por falta de elemento subjetivo del tipo, dada la finalidad curativa de la intervención.

Frente a dicha doctrina, modernamente se considera la falta de consentimiento podría afectar al derecho de autodeterminación del paciente, a su libertad, que tiene expreso reconocimiento constitucional en el artículo 17. 1 de la Constitución. Se plantea doctrinalmente, si además de la libertad se ve afectado el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución y en consecuencia el bien jurídico integridad personal, que comprende tanto la integridad física como psíquica; ya que cualquier intromisión no consentida en el cuerpo ajeno (aunque sea con fines curativos) supondría lesionar la integridad física del individuo, cuya garantía debe entenderse como derecho a mantener el propio organismo libre de cualquier intromisión externa no deseada. Desde esta perspectiva será el titular del bien jurídico quien defina su salud, como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 de nuestra constitución.

Según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido, en la conducta de tratamiento médico no consentido sería; por una parte, la salud y la integridad corporal, y, por otra, el derecho de autodeterminación (o la libertad) del paciente; la inexistencia de un auténtico consentimiento informado del paciente; podría determinar que, al no ser válido dicho consentimiento, ya no opera la eximente del Art. 20.7 C.P., y los autores responderán del resultado lesivo causado mediante el tratamiento médico o quirúrgico.

Sin embargo, otro sector sostiene que, aunque tales lesiones no hayan sido válidamente consentidas por el paciente indebidamente informado, no se respondería del delito de lesiones; bien porque concurren los requisitos del estado de necesidad; bien porque se niega la tipicidad de las lesiones por sostener que el tipo, (para unos el tipo objetivo para otros el subjetivo), es incompatible con el carácter objetivamente curativo y no lesivo para la salud de la intervención, cuando el resultado es favorable; o cuando el resultado es desfavorable, con la finalidad curativa de la actuación médica. Por ello, parte de la doctrina ha defendido que lo que hay es más bien un ataque a la libertad de disposición del paciente, que a lo sumo sería constitutivo de un delito leve de coacciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que se infringe “la *lex artis ad hoc*” no solo cuando se produce el acto médico de forma incorrecta desde el punto de vista técnico, sino también cuando no ha intervenido un consentimiento del paciente, o

sus familiares debidamente informados por el médico, y no solo cuando se ha omitido completamente la información sino también de forma parcial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del vigente CP.,” *la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. En el ámbito de la responsabilidad civil médica ex delicto, la doctrina jurisprudencial y científica distinguen entre medicina curativa, necesaria o asistencial (considerada una obligación de medios de forma practicamente unanime por la doctrina) y la llamada medicina voluntaria o satisfactiva (donde existe división doctrinal respecto a si el médico asume una obligación de medios, de actividad o de diligencia, o de resultado).

La importancia práctica de esta distinción se manifiesta en dos aspectos: el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor (médico) y en el del establecimiento de la carga probatoria.

La naturaleza jurídica de la obligación del médico en medicina satisfactiva, ha sido abordada por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, señaló en la sentencia de 27 de septiembre de 2010 que ”no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice, ello sin perjuicio de que la obligación de medios se intensifica, no sólo en el aspecto ya aludido de la información previa al consentimiento del paciente, sino también en cuanto a que se han de extremar los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la actuación médica”.

La responsabilidad civil del medico exige con independencia de que sea una obligación contractual o extracontractual; probar la culpa, es requisito determinante y común en ambos tipos de obligaciones, según se infiere de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil. Así mismo y de conformidad con la doctrina jurisprudencial se debe probar la existencia del daño y su vinculación causal con un determinado acto u omisión dañoso. Señalando como criterio la adecuación a la “lex artis ad hoc”, dentro de la cual se incluye el deber de información del médico al paciente y de obtener su consentimiento.

El Tribunal Supremo ha establecido como principio general, en materia sanitaria, que debe descartarse la responsabilidad objetiva, la presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba; estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad, en tal forma que estamos ante una responsabilidad subjetiva basada en la culpa del agente. Ahora bien, la jurisprudencia, viene ampliando la interpretación del artículo 1.104 del Código Civil, que define la culpa o negligencia, exigiendo al médico una mayor diligencia para evitar el resultado dañoso, sin que dicha flexibilidad comporte el establecimiento de una responsabilidad objetiva en materia sanitaria.



Para apreciar que ha existido culpa, hay que conectar la actuación del facultativo con el canon de diligencia que le es exigible, en su actividad profesional conforme a la “lex artis ad hoc”; que supone que “la actuación del facultativo debe ajustarse no sólo al cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino a la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias”.

La doctrina jurisprudencial más reciente, ha ido matizando la regla general de la carga de la prueba estableciendo excepciones, presunciones “iuris tantum” de la responsabilidad del facultativo e invirtiendo la carga de la prueba sin afectar al principio subjetivo de la culpa. Así ha aplicado principios, como la doctrina de la facilidad probatoria, del daño desproporcionado entre otras que matizan el rigor probatorio que corresponde al paciente (acreedor), entre las que podemos señalar las siguientes:

- Cuando la práctica médica se desarrolla en el entorno de un establecimiento dependiente de la Administración Pública, en los que resulta complicada la tarea de proceder a la individualización de la persona directamente responsable del daño causado, al ciudadano le basta con probar la lesión experimentada para trasladar de forma automática al facultativo la prueba de que no actuó culposa o negligentemente, en tal caso; basta que pruebe que se ha incurrido en culpa, para que nazca así su derecho a ser indemnizado.

- La doctrina de facilidad de la prueba, implica que la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad para probar. Con carácter general, se recoge en el art. 217.6 LEC.

- En ocasiones se traslada la obligación de probar del paciente al facultativo por razón de la actuación médica, cuando sea evidente la negligencia, conforme a la denominada teoría del “daño desproporcionado”, en los que se presume un mal uso o ejecución de los actos médicos cuando el resultado producido resulte desproporcionado al usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar, circunstancias que justifican la inversión de la carga de la prueba.

Para el éxito de cualquier reclamatoria de responsabilidad patrimonial por actuación profesional, es preciso acreditar la existencia de una relación de causalidad, entre la actuación del profesional y el evento dañoso que soporta el paciente, de conformidad con la reglas generales en materia probatoria contenidas en el artículo. 217 de la LEC.

La doctrina jurisprudencial, ha utilizado distintas teorías para considerar acreditada la relación de causalidad, entre las que se encuentran: La teoría del daño moral, la teoría de la pérdida de oportunidad, la teoría de la equivalencia de las

condiciones, la teoría de la imputación objetiva, la teoría de la probabilidad estadística, la teoría de la pérdida de oportunidad, la teoría de la creación culposa de un riesgo, y la teoría de los cursos causales no verificables.

## INTRODUCCION

El nacimiento y posterior evolución del consentimiento informado, podemos situarlo a mediados del siglo XX, si bien hay quienes consideran que su evolución ha sido paralela al avance de la relación médico-paciente<sup>4</sup>. En un primer momento el paciente veía en el médico una autoridad en su ciencia y una autoridad moral, que conforme al modelo de beneficencia<sup>5</sup>, buscaba exclusivamente el bien del enfermo. Hoy en día como consecuencia de la primacía del principio de autonomía del paciente, se han producido cambios considerables en las relaciones médico paciente, que han determinado el desarrollo de los derechos del enfermo y la necesidad de obtener su consentimiento explícito informado<sup>6</sup>.

En la primera fase de la relación médico paciente, basada en el modelo de beneficencia, la posibilidades de encontrar condenas por “mala praxis” médica eran exiguas, en base a argumentos tales como; la inexactitud de la ciencia médica; el hecho de que no existen dos pacientes iguales, por las singularidades de cada paciente, que vendrían a justificar los casos de error médico y la irresponsabilidad del profesional sanitario.

Tras esta primera fase, se dio paso a las primeras demandas en el ámbito civil, como consecuencia de la propia evolución de la concepción de la relación médico-paciente desde una perspectiva paternalista a una perspectiva contractual/negocial, en las que el paciente actúa como un consumidor de servicios, en detrimento de aspectos morales y honorables que impregnaban la relación médico-paciente, ello unido al hecho de que el paciente quiere ser reconocido como sujeto personal, determina la introducción en la relación médico-paciente de la subjetividad, personalidad y biografía del enfermo. El paciente exige una participación en la decisión, al afectar a un tema de su interés como es su salud y no acepta imposiciones unilaterales. El paciente acude al médico como un consumidor de servicios, por lo que tiene la misma exigencia de calidad que cuando paga cualquier otro servicio.<sup>7</sup>

A finales del siglo XX, se produce un paso más en la concepción de las relaciones médico-paciente, que tiene su reflejo en el aumento de litigios en el ámbito penal, al considerarse que la actividad médica afecta a bienes jurídicos básicos para la sociedad y que en consecuencia deben ser objeto de protección penal, no solo en supuestos de resultados lesivos sino también en aquellos vinculados a la “mala praxis” por la falta de consentimiento o consentimiento invalido, cuando entre otros supuestos

---

<sup>4</sup>LAZARO, J. GRACIA GUILLEN, D. (2006). *La relación médico-enfermo a través de la historia. In Anales del sistema sanitario de Navarra (Vol. 29). Gobierno de Navarra. Departamento de Salud. p. 7.*

<sup>5</sup>EMANUEL, E.J., EMANUEL, L.L. (1999.) *Cuatro modelos de la relación médico-paciente. En Couceiro A. Bioética para clínicos, Triacastela, Madrid. pags.109-126.*

<sup>6</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1983). *La relación médico-paciente. Editorial Alianza, Madrid, España. p. 219*

<sup>7</sup>MARZUK P.M. (1985) *The right kind of Paternalism. En “New England Journal of Medicina ” n. 313, pags. 1474-1476.*

falte una información suficiente y adecuada. Siendo objeto de protección no solo la integridad física o la salud física y psíquica sino también la voluntad e intimidad del paciente.

Consecuencia de este nuevo escenario, es la promulgación de la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica de 14 de noviembre de 2002, que tiene como antecedentes normativos más próximos la Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril, y el Convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 1997.

La LAPac., consagra entre los derechos de los pacientes no solo la protección de su salud, sino también su autonomía como derecho fundamental, protegiendo la libertad de decisión del paciente como presupuesto de legitimación de cualquier intervención médica. No obstante, no podemos obviar que la especial circunstancia en que se encuentra el paciente, por consecuencia de la enfermedad a la hora de decidir, puede suponer un condicionante importante a la hora de ejercer dicha libertad. Pese a dicho condicionante, el consentimiento del paciente es la única forma de legitimar la actuación de profesional sanitario, si bien dicho consentimiento para ser válido, ha de ser informado previamente a la intervención, solo la información suficiente y adecuada al paciente, le permite tomar una decisión madura y autorizada.

Al abordar el estudio del consentimiento informado dado que se trata de una materia multidisciplinar, hemos decidido tras un análisis general de la materia donde fijamos el marco teórico; centrarnos en aspectos más concretos que permitan obtener una visión global de los parámetros legales y jurisprudenciales en torno a la materia, con especial incidencia en los ámbitos penal y civil.

## **OBJETIVOS**

La presente investigación analiza la relación médico paciente, la importancia que el principio de autonomía ha adquirido en los últimos tiempos, estudiando los antecedentes y evolución históricos-legislativos del consentimiento informado, en general, fijando el marco teórico en la materia, su evolución histórica, legislativa, doctrinal y jurisprudencial. Haciendo especial hincapié en el estudio del derecho de información como presupuesto del consentimiento informado, los requisitos de validez del consentimiento informado, su naturaleza y configuración jurídica y la relevancia en el ámbito penal, así como las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de dicho deber comporta para los profesionales sanitarios en los ámbitos penal y civil.

Se encuentra estructurada en V capítulos, precedidos de una introducción, donde se abordan los objetivos, justificación y metodología utilizados en el estudio realizado.

En el primer capítulo, se aborda la evolución histórico-legislativa de la relación médico-paciente, el nacimiento de la bioética y de los derechos de los pacientes, y los principios informadores la actual LAPac 41/2002, reguladora de la materia en la actualidad.

En el segundo capítulo, se analiza el derecho de información como presupuesto del consentimiento informado, sus antecedentes, su configuración jurídica, requisitos y excepciones.

En el tercer capítulo, se estudia el Consentimiento informado, su conceptualización; naturaleza jurídica; su regulación legal, estatal en la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, 41/2002 de 14 de noviembre y en las distintas leyes autonómicas; los requisitos de validez, supuestos especiales y excepciones al consentimiento informado, con análisis de la doctrina jurisprudencial en la materia.

En el cuarto capítulo, se examina el consentimiento al tratamiento médico en el ámbito penal, la naturaleza y relevancia jurídico-penal del consentimiento, los presupuestos de la licitud del tratamiento médico según la doctrina penal, analizando la regulación legal en el actual Código penal, respecto del consentimiento en las lesiones y las conductas típicas imprudentes, en que pueden incurrir los profesionales sanitarios en el vigente código penal.

En el quinto capítulo, se aborda la responsabilidad civil ex delicto de los profesionales sanitarios y la responsabilidad patrimonial de la administración pública, por consecuencia del incumplimiento de la obligación de recabar el consentimiento informado de los profesionales sanitarios. La naturaleza jurídica de la obligación del médico, los presupuestos de la responsabilidad civil y los criterios jurisprudenciales

para su atribución, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de recabar el consentimiento informado de los profesionales sanitarios; abordando así mismo, las distintas acciones a ejercitar en tales supuestos.

Y, por último, a la vista de lo anterior y para finalizar ésta investigación, se incluye, una conclusiones que examinan los resultados extraídos tras el estudio efectuado, en el que realizamos un análisis crítico de los problemas jurídicos que plantea la vigente regulación legal y jurisprudencial en la materia, con posibles alternativas.

## **METODOLOGIA**

En la presente investigación, se han seguido el método de investigación clásico, búsqueda y análisis de información en tesis, manuales, monografías, artículos, revistas, páginas Web, bases de datos, jurisprudencia y textos legislativos, de todo ello, dispone el lector en la bibliografía y fuentes jurídicas consultadas que obra al final de la presente tesis.

Tras un primer proceso de recopilación, depurado y estudio pormenorizado de las fuentes consultadas, se ha realizado un análisis comparativo de dicho material y se ha obtenido una visión global de la evolución experimentada en la materia, desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, profundizando en la situación actual. Para abordar estos temas se han seguido instrumentos de métodos dogmático, exegético e histórico. Además, se ha hecho un análisis crítico que ha exigido un estudio comparado de la legislación y la jurisprudencia. Todo ello conforme a una estructura inicialmente planteada.

A la hora de plasmar toda la investigación científica llevada a cabo y favorecer el intercambio de información entre investigadores, se ha documentado toda la bibliografía y fuente utilizadas, conforme al modelo de citas y referencias APA 2016 (estándar elaborado por la Asociación Americana de Psicología).





## CAPITULO I. LA RELACIÓN MEDICO-PACIENTE

### 1.-INTRODUCCION

El origen del consentimiento informado es relativamente reciente, la mayoría de los autores lo sitúan a mediados del siglo XX, sin embargo, no faltan autores que consideran su nacimiento y evolución paralelos a la propia historia de la Medicina, como expresión de la relación entre el médico y el paciente<sup>8</sup>.

En su origen el paciente veía en el médico una autoridad en su ciencia y una autoridad moral<sup>9</sup>, las relaciones médico-paciente se desenvolvían en el ámbito de la beneficencia, entendida como búsqueda exclusiva del bien del enfermo, siendo el médico quien decidía, debido a la incapacidad del enfermo, para entender los misterios de la medicina<sup>10</sup>.

Hoy en día, la medicina está marcada por la introducción del sujeto humano; el reconocimiento y la toma en consideración de la persona concreta del paciente; el desarrollo de los derechos del enfermo y la necesidad de obtener su consentimiento explícito; como consecuencia de la primacía del principio de autonomía del paciente, que ha supuesto cambios considerables en la relación médico-paciente<sup>11</sup>.

El germen de dicho cambio desde la perspectiva social, se encuentra en la revolución industrial; la elevada morbilidad que acarrearán las grandes industrias, con condiciones de trabajo y vida duras; las diferencias sociales existentes entre ricos y pobres, también en el ámbito de acceso a la medicina, propiciarían la rebelión de la clase obrera y la creación de sistemas colectivos de asistencia sanitaria de carácter público, como un derecho exigible por razones de justicia<sup>12</sup>; ello unido al hecho de que el paciente quiere ser reconocido como sujeto personal, escuchado y comprendido, determina la introducción en la patología de la subjetividad, personalidad y biografía del enfermo.

En 1973 la Asociación Americana de Hospitales aprobó la primera Carta de Derechos del Paciente, que implicaba el derecho de éste a recibir información sobre su situación y decidir sobre las opciones posibles<sup>13</sup>. La fórmula en que se concretó la

---

<sup>8</sup>LAZARO, J., & GRACIA GUILLEN, D. (2006). *La relación médico-enfermo a través de la historia.....Op. Cit. p. 7.*

<sup>9</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1983). *La relación médico-paciente.....Op. Cit. pags. 9-36.*

<sup>10</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1964). *La relación médico-enfermo. Revista de Occidente, Madrid, p.219.*

<sup>11</sup>GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Lex Nova, Valladolid, p.49.*

<sup>12</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1964). *La relación médico-enfermo.....Op. Cit. pags.216-218.*

<sup>13</sup>LAZARO, J. GRACIA GUILLEN, D. (2006) *La relación médico-enfermo a través de la historia. ....Op. Cit.p.7*

respuesta médica a la demanda subjetiva del paciente de decidir sobre técnicas diagnósticas y terapéuticas de las que va a ser objeto, fue el consentimiento informado.

## **2.-EVOLUCION HISTORICA DE LA RELACIÓN MEDICO-PACIENTE**

### **2.1. Periodo anterior a Hipócrates**

Los antecedentes remotos en la práctica de la medicina anterior a Hipócrates, se remontan a los cuidados domésticos, en los que la labor de cuidadora se realizaba por la mujer en una fase anterior a cualquier profesionalización de la disciplina. Según manifiesta BENAVENT<sup>14</sup>, *“la atención que se ofrece incorpora remedios y practicas aprendidos por las observaciones sobre los comportamientos de los animales como son los masajes, la utilización del calor y el frío, el barro, etc. Son remedios que contribuyen al bienestar de la persona. Cuando se producen los resultados deseados, ante situaciones similares, repiten las mismas actuaciones sin saber exactamente las causas que provocan la mejoría y esto se va transmitiendo oralmente, de generación en generación, de una forma más o menos abierta. Durante la época en la que la salud tiene un significado de supervivencia, y dadas las condiciones de vida y de estructura social, los problemas de salud se abordan, al igual que otros, en el grupo familiar o vecinal no existiendo una atención sanitaria organizada fuera de estos núcleos.”*

Las primeras manifestaciones de la medicina se remontan a tiempos muy antiguos, en la era cuaternaria, la figura del hechicero; ostentaba un papel preeminente dentro de la tribu que, por una especial conexión con lo sobrenatural, podía invocar espíritus autores de la enfermedad, neutralizar maleficios, espantar demonios y apaciguar a la divinidad. Las curaciones y tratamientos tenían un carácter sobrenatural-religioso, se trataba de un *“médico-sacerdote”*<sup>15</sup>, que se asimilaba unas veces a la figura del gobernante o jefe y otras a la de sacerdote, figuras ambas que ocupaban socialmente un lugar privilegiado de poder, exento de responsabilidad jurídica por sus acciones.

La medicina de los pueblos primitivos, concebía por tanto la enfermedad y su tratamiento con elementos mágicos y azarosos, entremezclados en ocasiones con factores empíricos.

La evidencia más antigua de esta primera medicina, data de 17.000 años atrás, la encontramos en la cueva de *Les Trois Frères*, en el sudoeste francés, donde se encuentra la representación pictórica de un individuo mimetizado de animal salvaje realizando una danza ritual con innegable componente curativo.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup>BENAVENT GARCES, A; FARRER FERRANDIS, E. y FRANCISCO del REY, C. (2001), *Enfermería S21. Fundamentos de enfermería, DAE (Grupo paradigma)*, Madrid, p. 31.

<sup>15</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1983). *La relación médico-paciente..... Op. Cit. pags.31 y ss.*

<sup>16</sup>ARANA AMURRIO, J.I. (1998), *El Médico y la Historia. En “El Médico”, n. 691, pags. 70-77.*

Frente al médico-sacerdote aparece también la figura del médico artesano de formación empírica y practicante de maniobras curativas; este carecía de poder y autoridad, estaba sometido a una reglamentación muy estricta, que en algunos casos era una auténtica ley del talión.

En ambas figuras, radica el origen de los dos tipos de clínicos diferenciados a lo largo de la historia, por un lado el médico de alto nivel intelectual y social y por otro el practicante sin formación teórica que realiza las actividades clínicas manuales<sup>17</sup>.

En esta etapa se concibe la salud como conservación de la vida, a partir de los cuidados básicos, de higiene, descanso, alimentación y ropaje necesarios. No se encuentran referencias concretas a la figura del cuidador, posiblemente, por el aspecto maléfico de la enfermedad.

Citando a LAIN ENTRALGO<sup>18</sup>, antes de introducirse el saber técnico en la antigua Grecia, la medicina “*fue una combinación de empirismo y magia helénicamente configurada*”. A la hora de hablar de la historia de la relación entre el médico y el enfermo sólo se estudia desde la Grecia clásica, obviando los siglos que la precedieron, debido a que la ciencia médica no podía considerarse “*ciencia*”, pues combinaba un sustrato mágico entremezclado con otro empírico, con resultados exitosos o fallidos, aleatorios e inciertos.

Por ello, hasta que la medicina no se hizo técnica, no se buscaba una determinada consecuencia, el paciente no se consideraba como sujeto enfermo. Tras la medicina técnica, en la que el paciente no era víctima del castigo divino, se vio como ser humano enfermo. Ello sin perjuicio, de afirmar que en la etapa pre-técnica, no existiera, al igual que en los siglos posteriores, una total autoridad del médico, sanador o sacerdote respecto de su enfermo. Esta concepción fue la base utilizada para configurar la elevada autoridad de los médicos hipocráticos y otros elementos de la relación médico-enfermo como: la ayuda al enfermo como actitud instintiva espontánea en la prehistoria; la inicial división entre el chamán o médico sacerdote depositario del saber y la confianza del pueblo en el artesano o médico eminentemente empírico.

La primera legislación médica que encontramos es el Código de Hammurabi, que recoge la importancia de la exploración y de la anamnesis, en los papiros egipcios de Ebers y de Edwim Smith. Por su parte China e India, que en principio no influyeron en la medicina técnica griega, gozaron de filosofías naturalistas casi desvinculadas de la magia que hoy perviven como el yoga y la acupuntura.

Por tanto, los movimientos que precedieron históricamente a la medicina técnica fueron; la mentalidad mágica, la existencia de un ente superior y externo, al paciente y

---

<sup>17</sup>LAZARO, J. GRACIA GUILLEN, D. (2006) *La relación médico-enfermo*.....Op. Cit. p.10

<sup>18</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1969) *El médico y el enfermo*, ed. Guatemala, pags. 47. 51.

al propio médico, que era el responsable de la curación de la enfermedad constituyendo al médico, un intermediario, entre el enfermo y esa divinidad sanadora.

## 2.2. Escuela Hipocrática

Para la mentalidad helénica arcaica, la causación de la enfermedad se relacionaba con dios o con lo espiritual, y dicha idea nunca desapareció del todo. No obstante, hubo un momento en que se reacciona contra tal medicina supersticiosa y se da paso progresivamente a la denominada medicina hipocrática, la medicina técnica. Con la repetición de la práctica curativa el hombre observa que junto a las causas sobrenaturales hay también elementos naturales que pueden influir en la enfermedad.

La relación médico-paciente, tiene sus orígenes en los siglos VI y V a. C., cuando comenzó a cambiar la perspectiva de la medicina empírica incluyendo la técnica y tratando de dar una explicación al porque y para que de las acciones en salud.

El conocimiento práctico fue reemplazado por un conocimiento especulativo (teoría) y científico (episteme) que le daba sentido, por lo que el hechicero va incorporando esta experiencia y remedios “científicos” a los sobrenaturales. El médico es considerado un ser superior, heredero de saberes mágicos, representante del orden natural y moral, que decide lo bueno y lo malo para el enfermo. No está sometido al derecho ordinario y dispone de su propio código ético, plasmado en textos<sup>19</sup>. La participación activa del paciente en la toma de decisiones sobre su salud es impensable para el médico griego o romano, dado que solo él, conoce la manera de restaurar el orden natural y moral, del cuerpo del paciente.

Hipócrates, nació en la isla griega de Cos, aproximadamente en el 460 a.C. perteneció a la escuela de los Asclepiades, corporación médica que decía ser descendiente del dios Esculapio<sup>20</sup>. Esta corporación instruía sus enseñanzas de medicina en escuelas propias y al finalizar sus estudios los alumnos pronunciaban “*el juramento de los Asclepiades*”, comúnmente conocido como “*juramento hipocrático*” atribuido tradicionalmente a Hipócrates, pero que los historiadores actuales consideran procedía de la escuela neopitagórica.

Desde el siglo VII a.C. la Ciencia Médica se ha basado en la teoría de los cuatro elementos básicos y los cuatro humores complementarios. La salud se consideraba como el equilibrio de los cuatro humores y la terapéutica consistía en el restablecimiento del equilibrio perdido.

La Escuela Hipocrática recogió dicha tradición, con gran respeto por la profesión médica, sus conocimientos y esfuerzos, y consideraba que lo principal era el

---

<sup>19</sup>LAZARO, J. GRACIA GUILLEN, D. (2006) *La relación médico-enfermo*.....Op. Cit. p. 11

<sup>20</sup>JOUANNA, J. (1994), *Ippocrate*, Società Editrice Internazionale, Torino, pags. 11-14

bien del paciente, a diferencia de la medicina considerada pre-técnica, la enfermedad se va a ver por primera vez en la historia como un proceso natural. El enfermo va a considerarse como ser humano con un problema específico y que le sumirá en un estado de debilidad, no sólo física sino también moral, de sumisión e invalidez. El asclepiada técnico va a estudiar, describir y razonar las causas de ese proceso (diagnóstico), recoger la información de los síntomas y consecuencias que le acaecen (pronóstico) y, determinar un tratamiento o indicaciones a seguir.

Por tanto, el médico hipocrático, posee un método en ese proceso con el fin legítimo de la ayuda y asistencia de su enfermo. Legitimación derivada no sólo del auxilio a un semejante enfermo, sino también del hecho de realizarse por un especialista de su arte, por un instruido, un sabio. Y así, el enfermo, ser necesitado de ayuda e incapaz, hará lo que su médico le recomiende o aconseje. Sin que se deriven para el médico, consecuencias de sus fracasos, debido a su elevada responsabilidad moral y al elevado fin del desempeño de su actividad, ningún tipo de penalidad jurídica<sup>21</sup>.

La medicina hipocrática se presentaba así, como un tipo de educación moral donde el médico tenía una gran autoridad, también por el ejemplo que debía dar.<sup>22</sup> El conocimiento de esa medicina técnica está recogido en el Corpus Hipocraticum, a lo largo de sus más de cincuenta tratados, escritos por diferentes autores, escuelas y épocas. Pero su espíritu ha trascendido históricamente e influenciado decisivamente en la medicina occidental. Durante siglos ha representado el ideal de comportamiento médico, la línea de pensamiento recogida en el conocido Juramento hipocrático.

### **2.3. Periodo de Galeno**

Galeno nació en el año 130 d.C. en Pérgamo, en el Asia Menor, recibió enseñanzas de Medicina en su ciudad natal donde había un famoso asclepeion, completó su educación en Alejandría, centro del saber helenístico. Galeno era clínico, trabajó en Roma al servicio de los emperadores, siendo discípulo de Hipócrates, al que superó, en la observación del enfermo, Galeno introduce en los planteamientos aristotélicos la Medicina Hipocrática, y la ciencia helenística, con sus propias contribuciones: el estudio de las causas de la enfermedad, los síntomas de la afección, y el estudio individualizado de cada enfermo<sup>23</sup>.

### **2.4 Culturas Hebrea y Árabe**

En la tradición hebrea es difícil distinguir la función sacerdotal y la médica, múltiples textos bíblicos muestran que la religión, la moral y la medicina se entrelazan hasta confundirse, la curación se identificaba con el perdón y normas morales se

---

<sup>21</sup>LAIN ENTRALGO, P. (1994). *Historia de la medicina. Ediciones Científicas y Técnicas, Barcelona*, pags. 59-63.

<sup>22</sup>GRACIA GUILLEN, D. (1989), *Fundamentos de Bioética, Eudema Universidad, Madrid*, p. 38

<sup>23</sup>GUERRA, F. (2007). *Historia de la Medicina. Norma- Capitel. Madrid*. Pags. 89-101.

superponían con prescripciones medicas<sup>24</sup>; consecuente con el contenido del libro del Eclesiástico: “*Honra al médico, porque lo necesitas, pues el Altísimo es el que lo ha elegido*” (38,1).

El más antiguo texto médico hebraico, probablemente del siglo VI d.C., se considera el “*Juramento de Asaph*”<sup>25</sup>. El médico judío más famoso de la Edad Media fue el rabino Moshe ben Maimon, conocido más frecuentemente como Maimónedes.

De la cultura hebrea antigua, junto a su carácter religioso, existen contribuciones positivas como la importancia de la higiene como elemento de prevención de enfermedades y la atención ecuánime al enfermo.

De la tradición árabe podemos destacar la obra titulada *Kholasah al Hekmah*, escrita por Mohamad Hosin di Shiraz en el año 1.770. Al comienzo de dicha obra se presentan un conjunto de deberes que tiene que guardar el médico. En su número 15 se puede leer: “*No debe jamás prescribir ningún tipo de fármaco mortal, dañoso o debilitante*”.<sup>26</sup>

## **2.5. Periodo Medieval**

Tras la caída del imperio romano de occidente se produce un derrumbe de ideales. Si con la medicina hipocrática se supero la mentalidad pre-científica o pre-técnica, en la época medieval se produjo un retroceso cultural, si bien se produjeron algunos avances no sólo médicos, sino también sociales; como la concepción de la ciencia médica como servicio social, propiciando de este modo la aparición de los hospitales y las primeras Universidades medievales.

En la Edad Media se afianza la deontología médica hipocrática, la sumisión del enfermo en el proceso de salud-enfermedad y el indudable imperio del médico sobre su paciente. No obstante, la llegada del cristianismo confirió a esa ética hipocrática una particular visión. El ser humano se concibió como alguien irrepentible, importante y esencial, sus principios morales de misericordia y de humanidad, se introdujeron en los fundamentos de la actuación médica.

En la edad media la Iglesia fue el único lugar donde aún pudieron refugiarse la ciencia y la ilustración. El clero; como depositario de cultura y moral, fue también médico y lo siguió siendo durante medio milenio. Así mismo junto a la actividad terapéutica, se traducían y transcribían textos médicos de la antigüedad y se impartía enseñanza médica en la escuela catedralicia y el seminario. La práctica de la medicina en esta época estuvo impregnada del pensamiento cristiano.

---

<sup>24</sup>LAZARO, J., GRACIA GUILLEN, D. (2006) *La relación médico-enfermo* .....Op. Cit. p.10

<sup>25</sup>*Encyclopedia of Bioethics, The Free Press, New York 1978, vol. IV, p. 1733.*

<sup>26</sup>*Ibidem. p. 1736*

El cristianismo aportó en la nueva concepción de asistencia al enfermo la “proximidad” que consiste en procurar el bien a una persona por el mero hecho de su naturaleza humana, por piedad y misericordia, en beneficio de un ser humano semejante.

Otro elemento que caracterizó la asistencia medieval a los enfermos consistió en el respeto que se tuvo a la figura del médico. En la época medieval, la autoridad que el médico representa se acrecienta, la asistencia médica va a provenir, de Dios, a través de los “médicos-sacerdotes”.

El último de los elementos que caracterizó la asistencia médica medieval fue la idea que se tuvo del proceso salud-enfermedad, que se vio como una prueba: el sufrimiento suponía un fortalecimiento del espíritu, como una forma de acercamiento a Dios. La actuación por el bien del enfermo va a verse agravado, para el enfermo, el proceso de curación va a estar profundamente influenciado en la fe o en la confianza absoluta del paciente hacia su médico.

Esta situación comienza a cambiar a partir del siglo XII, donde la profesión médica va a independizarse progresivamente de las sumisiones eclesiásticas y del desempeño de los “sacerdotes médicos”, para ir poco a poco secularizándose.

La aparición de las ciudades, la creación de las corporaciones como entidades con autonomía propia reivindicativas de sus derechos, y la creación de las primeras Universidades van a propiciar que esa autoridad moral que ejercía el médico hasta prácticamente el siglo veinte va a ser paulatinamente sustituida por una relación más profesional de la medicina.

Por tanto podemos distinguir claramente dos periodos diferenciados en la edad media:

El primer período de la medicina medieval (alta edad media), ha sido denominado “*Medicina Monacal*” (año 500-1100). Y hasta que la enseñanza de esta ciencia cesó en los monasterios para pasar al dominio de la “*escuelas*” y universidades, no se inició el segundo período (baja edad media), llamado “*Medicina Escolástica*”, favorecido por las reticencias de la jerarquía eclesiástica, sobre todo respecto de la realización de técnicas quirúrgicas. En esta fase, la medicina tradicional estaba sostenida por la tradición hipocrática, donde el paciente estaba sujeto a las decisiones del médico que, a su vez, se movía por el interés del paciente.

En este segundo periodo, con la llegada de las universidades de artes liberales seculares, aparecieron también los primeros escritos “*laicos*” respecto a la ética médica. Siendo uno de los autores más significativo de esta época Henri de Mondeville (1260-1325), cirujano y profesor de anatomía, que trasladó importantes tradiciones médicas desde la floreciente Boloña hasta Francia. Mondeville defensor de las tradiciones

hipocráticas, asumió un modelo de relación médico-paciente basado más en la confianza del enfermo que en su consentimiento.

## 2.6. Periodo de la Ilustración

La secularización de la profesión médica va a modificar el modo de ejercicio de la misma pero no la relación entre el médico y el paciente. La autoridad del médico va a seguir ejercitándose sobre su paciente, que persiste en la posición sumisa de la relación pero eso sí, basado en marcos normativos.

Para que el proceso de la salud y de la enfermedad, se fundamentase no en la propia autoridad moral del médico sino en una “*ley impersonal*”, hizo falta una transformación social en la que concurrieron los siguientes elementos: la formación académica y el control de la capacitación de los médicos titulados para el ejercicio de la medicina; el consiguiente ejercicio y posterior reconocimiento social. No obstante, debemos reconocer que entre los “médicos” existieron diferentes grupos y categorías; y en Europa hasta bien entrado el siglo XIX, los enfermos no se inclinaron a la hora de la curación de sus enfermedades por los médicos titulados frente a los no titulados.

Entre los autores que recogieron la influencia del pensamiento ilustrado en el campo médico fueron John Gregory (1724-1773) y su discípulo Benjamin Rush (1745-1813). John Gregory escribió su obra más importante, *Lectures on the Duties and Qualifications of a Physician* (1772), influenciado por Francis Bacon que introdujo dos elementos importantes para la futura relación médico-paciente:

-El deber de los médicos de educar al público, como un primer paso en el proceso de la información al paciente.

-El deber de las personas relacionadas con la Ley de tener conocimientos de medicina. John Gregory también estuvo influenciado por las ideas de Hume respecto al sentimiento de compasión, y las aplicó al trato que todo médico debería tener respecto al enfermo<sup>27</sup>.

Por su parte, su discípulo, Benjamin Rush, desde una ética médica constructiva, realizó una crítica a sus maestros en medicina, a causa de los vicios en sus costumbres<sup>28</sup>. La filosofía iluminista, que consideraba la felicidad y la libertad de elección como integrantes de la salud del individuo, influyó en Rush que defendió la idea de compartir la información con los pacientes; al considerar que, con educación e información, el paciente podría entender las recomendaciones del médico y sentirse motivado a

---

<sup>27</sup>McCULLOUGH, L.B. (1999), *Hume's Influence on John Gregory and the History of Medical Ethics*. En “*Journal of Medicine and Philosophy*”, n. 24, pags. 376-395.

<sup>28</sup>FADEN, R. R., & BEAUCHAMP, T. L. (1986). *A history and theory of informed consent*. Oxford University Press, New York, p. 65.



cumplirlas. El objetivo de las teorías éticas de Rush era, el bien de los resultados terapéuticos, y no tanto el derecho de libertad del paciente.

Por lo tanto, se puede afirmar que el primer elemento del consentimiento informado, “la información al paciente”, se va imponiendo en la práctica de la medicina en la ilustración, pero no es hasta comienzos del siglo XIX cuando se dan los presupuestos teóricos que justifican la libertad de consentimiento por parte del enfermo.

## **2.7. Periodo Moderno**

En Europa aparecen nuevas instituciones profesionales que incluían en sus estatutos preceptos morales, siguiendo la ética hipocrática, que irán evolucionando hacia los modernos códigos deontológicos de los colegios médicos.

Así, inicialmente el rol sacerdotal tiene su reflejo en la concepción de que la medicina no es una ocupación más, de carácter mercantil o artesanal, por su naturaleza altruista e importante misión, lo que exige un estatuto y monopolio especial. Posteriormente en el siglo XIX, se integra en la clase burguesa y asume valores de la profesión pero se sigue considerando como destinado a ejercer una alta misión, con un estatuto especial, regido por códigos de ética profesional, y con obligación de respetar el secreto profesional, si bien como profesión liberal, con la posibilidad de cobrar honorarios libremente.

Durante, la profesionalización de la actividad médica van a surgir dos vertientes diferenciadas en lo que respecta al comportamiento considerado ético de los profesionales médicos. Por una parte se encontraba el defendido por John Gregory, fundamentado en los principios de humanidad y tolerancia aunados con una mayor o menor enseñanza ilustrada al paciente, y, aunque se alejó de la idea de comunicación contemporánea, sentó ciertas bases de un modo involuntario pero patente. No obstante, el pensamiento deontológico que trascendió y fue plasmado en los códigos de ética profesionales posteriores, fue el sostenido por Thomas Percival, cimentado en un espíritu cristiano caritativo, así como en la idea esencial de que el médico no es más que un “*ministro del enfermo*” (minister of the sick).

Thomas Percival (1740-1804) constituye en el Viejo Continente el representante más destacado de esta transformación, siguió la tradición previa de la beneficencia iniciada por Gregory y Rush de dar información al paciente, pero a diferencia de estos, consideró que la información no siempre favorece al enfermo, sino que puede ser contraproducente.

En los Estados Unidos, el trabajo de Percival sirvió de guión para el Código de Ética Médica que elaboró, en 1847, la *American Medical Association* (AMA). En este código se incluyó el “*engaño por beneficencia*” para los enfermos con pronósticos nefastos.

Frente a esta posición Hooker, tenía una especial sensibilidad por los sentimientos del enfermo y por su necesidad de recibir información, por lo que mantuvo una actitud crítica frente al “*engaño por beneficencia*”.<sup>29</sup>

En este contexto surgieron los primeros disidentes del Código de la AMA: Bigelow en Boston, Austin Flint en Nueva York, etc., lo que llevó a que la propia AMA hiciera revisiones sucesivas de su Código en 1.903, 1.912, 1.947, 1.957 y 1.980. En estas revisiones se fueron añadiendo apartados respecto al trato con los enfermos y el respeto de sus derechos.

En el siglo XX, se produce una gran transformación de la profesión médica, se pone en cuestión su ejercicio liberal, con la aparición de los seguros sanitarios de carácter público, a los que precedieron las “*sociedades de socorros mutuos*” e “*instituciones de Beneficencia*”. Fue la Alemania de Bismarck, donde apareció el primer sistema moderno de seguridad social, concebido como un sistema obligatorio, unificado y centralizado, extendiéndose a Rusia y otros países europeos, hasta culminar a mediados del siglo XX en el National Health Service Ingles; ello unido a una proliferación de especialidades medicinas, que determinan el trabajo en equipo y a la pérdida de la impunidad jurídica de que gozaba, determina que la figura del médico deje de estar socialmente privilegiada, para ser un profesional más<sup>30</sup>.

Durante esta etapa histórica es patente una realidad definida como “*edad de la ciencia*”, en la que la opinión pública en general entiende que “la ciencia todo lo puede”, donde el médico como científico, domina desde una posición superior la propia naturaleza en general, y del paciente como ser humano en particular. Dicha realidad comportara la concepción del ser humano, no sólo del enfermo, en sí mismo considerado, como objeto de dicho estudio y novedad científica. En este sentido, la introducción de la clínica en los centros de investigación y práctica médica va a producir la medicalización de los mismos, lo que refuerza la conquista de la ciencia médica y del método clínico.

Consecuente a esta situación se dará cierta separación entre los elementos de la relación clínica, el médico y el enfermo, con conflictos que van a propiciar de un modo u otro la revolución futura de los propios pacientes. No obstante, hoy día la relación médico-paciente conserva algún rasgo del médico sacerdotal en lo referente a los valores de salud que trasmite al paciente, de hecho hay decisiones médicas vinculadas a decisiones éticas.

---

<sup>29</sup>AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *Proceedings of the National Medical Conventions*, p. 69.

<sup>30</sup>RODRIGUEZ LOPEZ, P. (2004): *La autonomía del paciente, información, consentimiento y documentación clínica*. Dilex, Madrid, p. 12

### 3.- MODELOS DE RELACION MEDICO-PACIENTE

La relación médico-paciente es una relación interpersonal determinada, que comporta dos elementos: la situación vital del paciente y la capacidad técnica atribuida al médico de prestarle su ayuda.

La naturaleza de la relación médico-paciente, según LAIN ENTRALGO<sup>31</sup> reside en la relación que se establece entre ambos por el hecho de encontrarse, la necesidad del enfermo que sufre, y la posibilidad del médico de ayudarlo y volverle a su ser, y en consecuencia exige como presupuesto que el paciente se reconozca como tal, como una persona que necesita de la ayuda de otra.

No obstante, hoy el enfermo no solo se relaciona con su médico sino con múltiples especialistas por lo que, la tradicional expresión “*relación médico-enfermo*” podría sustituirse por la de “*relación sanitario-enfermo*”, si bien dicha expresión no daría respuesta a usuarios del sistema que no presentan enfermedad sino que acuden para descartarla o prevenirla, por lo que hay autores que consideran más adecuada la expresión “*paciente*”, pero también se objeta a la misma la connotación de ser sujeto pasivo, por lo que se considera que sería más conveniente llamarle “*usuario*”, aun cuando se critica que se pretenda de esta modo reducir la relación a un mero consumidor de servicios sanitarios, omitiendo además la intervención de terceros parte, como familiares, amigos, administración, sociedad etc. Por todas estas objeciones a los distintos términos utilizados se considera más correcto hablar de “*relación clínica*”.<sup>32</sup>

Hay varias posibilidades a la hora de clasificar los diversos modelos de relación médico-paciente; analizaremos dos de las clasificaciones doctrinales existentes en la materia.

#### 3.1. Clasificación de Pellegrino y Thomasma

Siguiendo a PELLEGRINO y THOMASMA<sup>33</sup> podemos distinguir tres modelos en la relación médico-paciente: modelo paternalista, modelo de autonomía y modelo de beneficencia.

##### 3.1.1. El Modelo Paternalista

En la *Encyclopedia of Bioethics*<sup>34</sup> se define el Paternalismo como: “*práctica que actúa sobre el paciente restringiendo su libertad, es decir, sin su consentimiento, donde la justificación para esas acciones reside, bien en la prevención de un mal que se*

<sup>31</sup>LAIN ENTRALGO P., CINISELLO BALSAMO, (1988) *Antropología Medica, Edizioni: Paoline*, p. 261.

<sup>32</sup>LAZARO, J. GRACIA GUILLEN, D. (2006) *La relación médico-enfermo.....Op.Cit. p.15.*

<sup>33</sup>PELLEGRINO E.D., THOMASMA D.C. (1988), *For the Patient's Good, Oxford University Press, New York. p. 7-22.*

<sup>34</sup>ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS,.....Op. Cit. pags. 1194-1195 y 1731.

*pueda hacer el paciente a sí mismo, o bien en la producción de un beneficio que de otro modo no se garantizaría”.*

En esta definición encontramos que lo que caracteriza al Paternalismo es, precisamente, la sustitución de la libertad de elección del paciente por la decisión del médico que conoce mejor lo que es bueno para él, decisiones médicas que normalmente afectan a la esfera personal del enfermo, a sus circunstancias, y no solo a decisiones puramente técnicas.

Ya en el Juramento Hipocrático el médico se proponía: *“Adoptaré aquella terapia que, según mi juicio y conocimiento, considero más apropiada para el paciente”*<sup>35</sup>.

A lo largo de la historia, no ha habido duda a la hora de considerar cuál era el bien del enfermo; en cambio hoy día, el relativismo ético y el derecho a la libertad, hacen que se haya difuminado la idea de bien. No obstante, hay principios que justifican una limitación de la libertad en individuos o grupos. El *“Principio del Paternalismo”* es uno de estos principios. La libertad del paciente se limita cuando ésta puede ser causa de un daño para él mismo.

CULVER y GERT<sup>36</sup> afirma que el Paternalismo implica la violación de una regla moral *“el respeto por la libertad del paciente”* y exigen que haya siempre una justificación a esta violación.

CHILDRESS<sup>37</sup>, en cambio, más que insistir en la coerción, amplía el concepto de Paternalismo hasta la *“interferencia con los deseos”* del paciente.

GRACIA GUILLEN<sup>38</sup>, define el modelo paternalista como *“el rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de las personas que gozan de información suficiente y capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente”*.

Para BEAUCHAMP y McCULLOUGH<sup>39</sup>, es *“la limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía este limitada”*

---

<sup>35</sup> MAINETTI JA. (1989) *Ética médica. Introducción histórica. Quirón, La plata*, p. 23.

<sup>36</sup> CULVER, C. M., GERT, B. (1982) *Philosophy in Medicine: Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry*, Oxford University Press, New York, pags. 126-135.

<sup>37</sup> CHILDRESS, J. (1982) *Who should decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, New York, p. 13.

<sup>38</sup> CULVER, C. M. GERT, B. (1982) *Philosophy in Medicine: .....Op. Cit.* pags. 126-135.

<sup>39</sup> BEAUCHAMP, T.L. y McCULLOUGH, L.B. (1987), *Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos*, Labor, Barcelona, p. 98

Por su parte GALAN CORTES<sup>40</sup>, señala que en este modelo, “*el médico actúa como tutor del paciente*” llevando a cabo en su actuación, lo que él cree mejor y dando por hecho una aceptación del paciente a lo que considera adecuado.

PELLEGRINO y TOMASMA<sup>41</sup> lo define como: “*decisión médica, tomada por el bien del paciente, sin su pleno consentimiento*”.

Las principales causas de superación de este modelo fueron el avance de los derechos individuales y de la Filosofía Política. Tras la Declaración Universal de los Derechos del Hombre promulgada en 1.948 por la ONU, se ha desarrollado el campo de la defensa de estos derechos, tanto a nivel político, laboral y social, como también respecto a la salud.

### 3.1.2. El Modelo de Autonomía

Este modelo surge, a partir de mitad de siglo XX, como reacción al paternalismo existente, y se basa en la primacía del principio de autonomía en la relación médico-paciente, pone la autodeterminación del paciente como primer principio a respetar por el médico.

El término autonomía, como es bien sabido, deriva de las palabras griegas *autos* (mismo) y *nomás* (ley): “*autoleislación*” o “*darse a sí mismo la ley*”.

Para KANT<sup>42</sup>, la autonomía es el eje de su teoría moral, propone el yo como fuente legítima de la moralidad a través del deber. La autonomía aparece en el concepto kantiano, como una intelección inmediata de lo bueno y de lo malo, ajena a toda referencia a algo exterior y objetivo.

En cambio, MAX SCHELER<sup>43</sup> tiene una concepción de la autonomía como un predicado de la persona en cuanto que persona. Diferencia dos tipos de autonomía: “*la autonomía de la intelección*” de lo bueno y de lo malo, y “*la autonomía del querer*” lo dado como bueno y como malo. En ambos casos, subyace la afirmación de que sólo adquieren valor moral los actos de una persona autónoma.

DIAZ PINTOS, considera que en el liberalismo, la autonomía se presenta como un ámbito abierto a las posibilidades individuales de actuación frente a la acción del Estado, actuación que se justifica por un cuerpo independiente de principios derivados de una moral utilitarista, deontológica, procedimental, o de otro tipo, sobre los que se

---

<sup>40</sup>GALAN CORTES, J.C. (2001), *Responsabilidad médica y Consentimiento informado*, Civitas, Madrid, p. 49

<sup>41</sup>PELLEGRINO E.D., THOMASMA D.C. (1988), *For the Patient's Good.....Op. Cit.*, p. 7

<sup>42</sup>KANT, E. (1998) *Obras Completas*, en Núñez García J., *Las seis versiones de la Bioética*. En “*Persona y Bioética*”, n. 4, p. 28.

<sup>43</sup>VAZQUEZ FERNANDEZ, F. (1989) *voz Autonomía en Gran Enciclopedia Rialp*, Tomo III, Madrid, pags. 463-464.

asienta el orden social.<sup>44</sup> No obstante, admite en ciertos casos, la intromisión en “*los derechos del otro*”, como lo expone el propio STUART MILL<sup>45</sup>, quien mantiene que una persona no puede interferir con la libertad de los otros, a menos que estos causen daño a los demás o actúen por ignorancia.<sup>46</sup>

DWORKIN<sup>47</sup> interpreta la autonomía en un doble nivel: Independencia (libertad de acción) y Autenticidad (actuación por motivos propios).

Este modelo tiene sus orígenes en el movimiento de defensa de los derechos del hombre, trasladando un modelo de lucha, lícito en muchos campos del derecho, al escenario de la medicina, donde se corre el riesgo de enfrentar al médico con el enfermo, como si fueran adversarios en vez de colaboradores.

Por tanto, este modelo de relación médico-paciente considera que un acto médico es moralmente aceptable, no tanto porque procura el bien del enfermo, sino porque deriva de una elección libre por parte del mismo enfermo. Considera la autonomía del paciente como un bien en sí mismo, independientemente de que la decisión autónomamente tomada comporte un beneficio o no al paciente.

PELLEGRINO y THOMASMA<sup>48</sup>, señala los principales límites, teóricos y prácticos del modelo la autonomía, y los agrupa en tres dimensiones:

-Límites de contexto, Cuando los pacientes no están en condiciones de dar un consentimiento válido, bien por un defecto en la capacidad intelectual o en la volitiva. En estos casos, de acuerdo con la familia o representante legal que es quien expresará el correspondiente consentimiento, hay que actuar buscando el bien del enfermo por el principio de necesidad.

-Límites existenciales: Dado el impacto que la enfermedad supone en la capacidad de autodeterminación de los pacientes.

-Límites conceptuales: Dado que el modelo de autonomía ha sido planteado conceptualmente en oposición al modelo paternalista, si bien en el ámbito de la experimentación, la relación que se establece no es de médico-enfermo, sino de investigador-voluntario, siendo así que, en la práctica clínica, entran en juego elementos que están por encima del derecho del paciente.

---

<sup>44</sup>DIAZ PINTOS, G. (1995) *Interferencias legales en la autonomía del paciente: las imprecisas fronteras del derecho*, en “*Medicina e Morale*”, n. 6, pags. 1147-1173.

<sup>45</sup>STUART MILL, J. (1988) *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, p. 182.

<sup>46</sup>STUART MILL, J. (1984) *El Utilitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, p. 47.

<sup>47</sup>DWORKIN, G. (1976) *Autonomy and Behavior Control*, en “*Hastings Center Report*”, n.1, pags. 23-28

<sup>48</sup>PELLEGRINO, E. D., THOMASAM, D. C., (1988), *For the Patient's .....Op. Cit.*, pags. 16-22.

### 3.1.3. El Modelo de Beneficencia

Este modelo considera que el bien del enfermo incluye también el respeto por su libertad y autonomía, llamado modelo de la beneficencia, ha sido propuesto por Pellegrino y Thomasma.

El núcleo de este modelo lo constituye aquello que SPAGNOLO, denomina la “*beneficialità allargata*”, es decir, la prolongación del principio de la beneficencia, de modo que incluya también la autonomía<sup>49</sup>.

Antes de nada, conviene describir lo que se entiende por beneficencia, como primer principio de la medicina y de la terapia.

El principio de beneficencia se basa en que la primera y principal obligación del médico es individualizar y poner en práctica aquello que es bueno para el enfermo, aquello que, desde el punto de vista del médico, corresponde al mejor interés del paciente.

Lo que pretende este modelo es solucionar los problemas que se presentan los modelos anteriores, para ello se apoya en una filosofía personalista, que lleva a la búsqueda de lo mejor para cada persona, de acuerdo con su dignidad.

Las características más importantes de este modelo son:

-En el desarrollo de su profesión, el médico tiene un doble vínculo con el enfermo en virtud de un contrato de valor moral y jurídico, y por otro lado, de pertenencia a la sociedad, de la cual viene investido de responsabilidad.

-Concibe a todos los seres humanos con la misma dignidad debido a su común naturaleza humana sustancial y trascendente. Considera que el primer valor que la medicina debe defender es el de la vida porque sin ella, el hombre no puede realizarse y desarrollar los demás valores. En este sentido, SPAGNOLO<sup>50</sup> defiende los valores derivados de la tradición personalista-tomista, partiendo de la base de que el valor de la persona y su bien objetivo no varían con el tiempo, ni menos con la introducción de nuevas tecnologías o con los nuevos problemas éticos.

-Analiza a cada paciente como persona individual y no se le clasifica en una estructura de valores determinada; éste modelo concuerda con la ética personalista en cuanto que el respeto por la dignidad de la persona es el principio que jerarquiza los demás valores, considera la existencia de estos valores y les da un contenido metafísico.

---

<sup>49</sup>PELLEGRINO, E. D., THOMASMA, C., (1988), *For the Patient's .....Op. Cit.*, pags. 16-22.

<sup>50</sup>SPAGNOLO, A., PALAZZANI, L., SGRECCIA, E, (1991) *I Principi della Bioetica alla luce del pensiero tomista*, en “*Atti del IX Congresso Tomistico Internazionale*”, vol. IV, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, pags. 229-236.

Hay quien ataca el modelo de la beneficencia afirmando que se preocupa demasiado por los pacientes particulares y que originaría gastos que la sociedad no puede asumir, por lo que surge el problema de enfrentar el respeto por la persona y sus derechos con el bien común.

### **3.2. Clasificación de Emanuel y Emanuel**

Partiendo de las distintas concepciones de los objetivos de la relación, las obligaciones del médico, el papel que desempeñan los valores del paciente y la manera de concebir su autonomía, Emanuel y Emanuel, realiza la siguiente clasificación<sup>51</sup>.

#### **3.2.1. Modelo Paternalista**

El modelo paternalista, partiendo de la búsqueda del bien y beneficio de otro, prescinde de su voluntad y opinión y sustituye el criterio del paciente por el del médico conculcando su autonomía.

Distingue dos tipos de paternalismo: infantil y juvenil en función del grado de intervención del paciente, en el primer caso ninguno y en el segundo más activo.

#### **3.2.2. Modelo Informativo**

Conocido como científico, técnico o del consumidor, pretende proporcionar a los pacientes, información relevante sobre sus dolencias para que, éstos, puedan elegir la actuación que deseen, y tras ello, el médico llevar a cabo su intervención.

Diferencia entre hechos y valores que son conocidos y definidos por el paciente. Al médico corresponde aportar todos los datos técnicos, y con esta información, el paciente decide.

#### **3.2.3 Modelo interpretativo**

Este modelo, pretende determinar los valores del paciente y que es lo que realmente desea, para así ayudarlo a elegir entre las diferentes opciones de intervención médica disponibles que se le presentan.

El médico, no solo, informa al paciente de la naturaleza de su proceso, así como de los riesgos y beneficios de la intervención en su vertiente técnica, sino que le ayuda a decidir.

---

<sup>51</sup>EMANUEL, E.J., EMANUEL, L.L. (1999) *Cuatro modelos de la relación médico-paciente.....Op. Cit. pags.109-126.*



### 3.2.4. Modelo deliberativo

El médico ayuda al paciente a elegir de entre todas las opciones que se presentan, relacionadas con su salud y que puedan llevarse a cabo en el acto médico, la mejor. El médico aquí, en una relación de confianza, juega el papel de amigo o maestro que conociendo al paciente, le indica no solo lo que el paciente debería hacer sino también cuál sería la decisión más adecuada.

Para GALAN CORTES, las objeciones a este modelo se centran en cuestionarse si es propio de los médicos juzgar los valores de los pacientes y promover determinados principios relacionados con la salud.<sup>52</sup>

En nuestra opinión, como afirma SIMON LORDA, tanto el modelo interpretativo como el modelo deliberativo, satisfacen las exigencias éticas del consentimiento informado.<sup>53</sup>

## 4.- RELACION MEDICO-PACIENTE Y BIOÉTICA

### 4.1. Origen de la Bioética

Tradicionalmente la medicina orientada por el criterio de beneficencia y no maleficencia (*primum non nocere*), consideraba al enfermo el centro sobre el cual giraba la actuación médica, el fin y la razón de ser de ésta. El profesional clásico legitimaba sus acciones desde el principio de beneficencia<sup>54</sup> pero como consecuencia de los avances científicos se produce una superación del “*propio interés del paciente*” en pro del “*propio interés de la ciencia*” justificado en el “*propio interés de la colectividad*”. Es en este contexto donde nace la bioética como disciplina independiente: “*en la preocupación por la supervivencia del ser humano y de su calidad de vida*”<sup>55</sup>.

La Bioética como disciplina no surge hasta la segunda mitad del siglo XX. El término Bioética es utilizado por primera vez en el año 1970 por el oncólogo Van Rensselaer Potter, que pretendía crear una disciplina entre las ciencias y las humanidades; su objetivo último era que la nueva disciplina “*no sólo enriqueciera las vidas humanas, sino que prolongase la supervivencia de la especie humana en una*

---

<sup>52</sup>GALAN CORTES, J.C., (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento*.....Op. Cit., p.50

<sup>53</sup>SIMON LORDA, P., (2002), *Problemas prácticos del Consentimiento Informado*, Fundació Víctor Grífols i Barcelona. p.41.

<sup>54</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2004) *Como arqueros al blanco*.....Op Cit., p. 83

<sup>55</sup>GONZALEZ R. ARANAIZ, G. (2008) “*Bioética: saber y preocupación*”, en JUNQUERA DE ESTEFAI, R. (director), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Editorial Comares, Granada, p. 6

*forma aceptable de sociedad*”<sup>56</sup>. La visión de la bioética que imaginó Potter era antropocéntrica (basada en la supervivencia humana) más que biocéntrica (centrada en la supervivencia de toda la biosfera).

En el nacimiento y desarrollo inicial de la bioética jugaron un papel decisivo tanto filósofos como teólogos, católicos y protestantes, inicialmente era sólo la teología moral quien hablaba y proponía soluciones con autoridad a los problemas planteados por la deontología médica, como consecuencia de los profundos cambios experimentados; posteriormente se ha comenzado a desarrollar también una ética médica “*laica*” e independiente de referencias teológicas. Surge así la bioética como punto de unión entre ciencia y ética. A diferencia de lo que acontece en Estados Unidos, en donde a partir de los años 70 se produce un proceso de secularización de la bioética, en España la presencia eclesial sigue siendo muy importante en este campo<sup>57</sup>

El nacimiento y consolidación de la Bioética como disciplina independiente ha tenido una gran repercusión histórica en el nacimiento y afianzamiento de los derechos de los pacientes. En realidad, el nacimiento de ambos es históricamente coincidente. Por otra parte, los llamados “*derechos de los pacientes*” considerados en su origen, no son más que la materialización de la exaltación y reconocimiento de la autonomía del individuo en el ámbito biomédico, representados por la fórmula del Consentimiento Informado.

Dentro de los factores que han determinado la consolidación del principio de autonomía del individuo en la relación sanitaria destaca el relacionado con la situación político-liberal del momento; los importantes avances médicos y científicos, y como consecuencia de estos, los abusos producidos en la investigación científica y biomédica.

Durante los años sesenta y setenta proliferó un conjunto de movimientos sociales que buscaban ideales como la libertad, la justicia y la igualdad, que junto a la desconfianza en el poder de las grandes instituciones como era la medicina,<sup>58</sup> determino su aparición en la Europa del siglo XVII y ulterior desarrollo en el siglo XVIII, prolongándose a lo largo de los dos siglos subsiguientes. Esta transformación supuso la crisis del modelo paternalista anterior, en la que la incapacidad del enfermo hacía recaer en el profesional sanitario toda decisión sanitaria que le incumbiera<sup>59</sup>. No obstante los “*derechos de los pacientes*” no surgieron fruto de reivindicaciones de dichos

---

<sup>56</sup>PORRAS DEL CORAL, M., (2005) “*Bioteología, Bioética y Derechos Humanos*”, en RUIZ De La CUESTA, A. (coordinador), *Bioética y Derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 146.

<sup>57</sup>GAFO, J. (1998) *10 palabras clave en Bioética*, Editorial Verbo Divino, Estella (Navarra), p.36

<sup>58</sup>SANCHEZ CARAZO, C. (2004) “*Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información*” en FEITO, L. (editor), *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 128

<sup>59</sup>GOIKOETXEA, M. J. (1999) “*Introducción a la Bioética*”, *Cuadernos de Teología Deusto*, Núm. 20, Universidad de Deusto, p.11

movimientos sociales sino de la problemática judicial en torno a la autonomía del paciente y con la finalidad de evitar las consecuentes demandas por parte de los enfermos, por lo que fueron las instancias hospitalarias las que procedieron al reconocimiento de los mismos.

En 1948, con la aparición de la Declaración de los Derechos Humanos, la autonomía y libertad de la persona comienza a defenderse como un principio básico para el ser humano, lo que influyó en la concesión de los derechos de los enfermos.

Pero fundamentalmente el factor esencial en la ordenación de la autonomía del individuo en la relación sanitaria serán los avances biomédicos, que comienzan a originar reservas por la capacidad en principio ilimitada de la ciencia. El período comprendido desde el final de la Segunda Guerra Mundial en 1947 hasta el año 1987 ha sido considerado el momento del crecimiento explosivo en la medicina, aunque estemos ante un proceso imparable e inacabado.

Como hitos de este proceso en el siglo XIX, podemos citar los siguientes;

1º.- En el año 1844, el odontólogo Horace Wells utilizó por vez primera la anestesia en una extracción dentaria indolora utilizando el gas nitroso<sup>60</sup>. Este avance médico facilitó a los cirujanos la evitación del dolor a sus pacientes a la hora de llevar a cabo una intervención quirúrgica y realizar actuaciones sin que el enfermo se enterara. Durante todo ese tiempo los problemas de información y consentimiento fueron tratados como casos de negligencia o mala praxis, y no comportaban responsabilidad siempre que se hubiera respetado el principio del mayor interés del paciente, y no estuviera probada su incapacidad y su incompetencia<sup>61</sup>

2º.- En 1931, tras los abusos en la investigación científica, como consecuencia de los avances médicos el Ministerio de Sanidad del Reich alemán promulgó unas estrictas normas sobre la experimentación con seres humanos y la aplicación de nuevos productos terapéuticos en medicina. Dichas normas constituyen una novedad y son “*el primer gran código ético sobre ensayos clínicos*”<sup>62</sup>. Dicha regulación establece que, los métodos terapéuticos nuevos en el ámbito biomédico no suficientemente investigados, debían de ser estudiados científicamente con carácter previo. No obstante, los potenciales beneficios de la investigación debían sopesarse con la obligación del médico de velar por la vida y salud de los individuos que participaran en un proyecto de investigación<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup>WELLS, H. (1847) *A history of the discovery of the application of Nitrous Oxide Gas, Ether and other vapors to surgical operations*, Gaylord Wells, Corner Main and Asylum, p. 6-ss

<sup>61</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2007) *Fundamentos de bioética*, Triacastela, Madrid. p 159

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>63</sup>BERNTORP, E. (2001) “*La conducta en los ensayos clínicos*”, *Artículos Ocasionales de la Federación Mundial de la Hemofilia*, nº 3, Julio, Montreal, Canadá.

3º.- La aprobación del Código de Núremberg en el año 1946, como consecuencia del proceso judicial (entre agosto de 1945 y octubre de 1946) llevado a cabo tras el fin de la Segunda Guerra Mundial en el que se enjuiciaron los experimentos efectuados con los presos “*en nombre de la ciencia médica*”<sup>64</sup>. En dicho texto se promovió la protección al ser humano en la experimentación biomédica, incidiendo especialmente en los elementos de la información y del consentimiento, “*1. El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficiente de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide. Este último elemento exige que, antes de aceptar una respuesta afirmativa por parte de un sujeto experimental, el investigador tiene que haberle dado a conocer la naturaleza, duración y propósito del experimento; los métodos y medios conforme a los que se llevará a cabo; los inconvenientes y riesgos que razonablemente pueden esperarse; y los efectos que para su salud o personalidad podrían derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de evaluar la calidad del consentimiento corren de la cuenta de todos y cada uno de los individuos que inician o dirigen el experimento o que colaboran en él. Es un deber y una responsabilidad personal que no puede ser impunemente delegado en otro*”<sup>65</sup>

4º.- En el año 1960, la mejora de la técnica del shunt arteriovenoso por parte del Dr. Belding H. Scribner y su equipo, se introdujeron unidades de diálisis en la mayor parte de los hospitales. El problema ético que se planteó fue decidir quiénes iban a ser sometidos a diálisis y quiénes no, lo que suscitó un gran debate social acerca de los criterios éticos de distribución de los recursos escasos. Distinguiendo entre dos derechos diferenciados: por una parte el derecho de autonomía en el campo biosanitario y por otra, el derecho a la salud/sanidad) como principio programático de los poderes públicos y en relación con el principio de justicia y de la necesaria distribución de los recursos.

5º.- En el año 1964 la 18ª Asamblea Mundial promulga la Declaración de Helsinki, como actualización del Código de Núremberg, incluyendo diez de sus puntos, a los que suma la Declaración de Ginebra de 1948, un estatuto de deberes éticos de los médicos. La Declaración de Helsinki ha sufrido diversas modificaciones, ampliando su longitud de 11 a 32 párrafos<sup>66</sup>, es considerada como el documento más importante en la ética de la investigación con seres humanos, a pesar de no ser un instrumento legal que vincule internacionalmente.

---

<sup>64</sup>Durante este proceso se llevaron al banquillo de los acusados a 23 médicos alemanes, de los que 16 fueron declarados culpables y 7 condenados a muerte. GRACIA GUILLEN, D. *Fundamentos de.....*, Op. Cit., p. 165; GAFO, J. *10 palabras clave en Bioética*, .....Op. Cit., p. 16.

<sup>65</sup>Código de Núremberg de 1946, creación por Tribunal Internacional de Núremberg, 1946, en Centro de Documentación de Bioética, Departamento de Humanidades Bioéticas, Universidad de Navarra, en: <http://www.unav.es/cdb/intnuremberg.html> (Última consulta: 2/10/2013).

<sup>66</sup>GOIKOETXEA, M. J. “Introducción a la Bioética.....”, Op. Cit., p. 16.

6º.- La publicación en 1966 en la revista *New England Journal of Medicine* con el título “*Ethics and Clinical Research*” del artículo del profesor de Anestesiología de la Escuela de Medicina de Harvard, Henry Beecher. Donde describía veintidós experimentos realizados entre los años 1948 y 1965 publicados en revistas científicas “no éticos”<sup>67</sup>. Este estudio ponía de manifiesto los abusos en la investigación científica pero no por maldad, racismo o xenofobia como en la época del nacionalsocialismo, sino alzados bajo la bandera de las exigencias de los avances de la ciencia médica: “*La misma naturaleza de la ciencia biomédica exige constantemente a los científicos eficacia, productividad y originalidad*”.<sup>68</sup>

7º.- El 3 de diciembre de 1967, se constituye la bioética como disciplina y la autonomía del ser humano en el campo sanitario, con el primer trasplante de corazón humano llevado a cabo por el cirujano sudafricano Christian Neethling Barnard. La donación de órganos en vivo presentaba limitaciones por lo que fue precisa la búsqueda de órganos distinta a la del sujeto vivo y sano, que se encontró el donante cadáver. Pero esta opción planteaba dificultades: la primera era la propia, definición de muerte<sup>69</sup>. La extracción de órganos de cadáveres para ser trasplantados chocaba con el concepto tradicional de muerte y con las ideas preestablecidas culturalmente sobre la vida y la muerte.

En el año 1968, bajo la presidencia del anestesista Henry Beecher se crea “*el Comité Ad Hoc de la Facultad de Medicina de Harvard para Examinar la Definición de Muerte Cerebral*”. Dicha corporación elaboro un informe cuyo objetivo no fue definir la muerte, sino resolver algunos problemas prácticos, y en especial, evitar el despilfarro de los recursos existentes en pacientes que permanecían conectados de modo artificial sin ninguna expectativa razonable de curación. El Comité sobre la Muerte Cerebral de Harvard al concebir un nuevo criterio de muerte: encontró “*salida*” a todos aquellos pacientes que permanecían conectados de modo artificial sin ninguna expectativa de curación, posibilitando así su desconexión, y por otra parte, la utilización de dichos órganos para el trasplante de otros pacientes necesitados. Esta nueva concepción, fue acogida de manera positiva por la Iglesia católica que manifestó: “*Es competencia del médico y especialmente del anestesista dar una definición clara y precisa de la “muerte” y del “momento de la muerte” de un paciente que fallece en un estado de inconsciencia*” o de modo más general “*en lo que se refiere a la comprobación del hecho (de la muerte) en los casos concretos, no puede deducirse de principio religioso o moral alguno y, desde este punto de vista, no es competencia de la Iglesia*”.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup>Treinta años más tarde, en 1997 los tribunales sentenciaron a favor de algunos sobrevivientes perjudicados por tales experimentos. GONZALEZ MORAN, L. (2006). *De la bioética al bioderecho: libertad, vida y muerte*. (Vol. 14), Dykinson. Univ. Pontificia Comillas. Madrid, p. 23

<sup>68</sup>GAFO, J. 10 palabras clave en Bioética....., *Op. Cit.*, pags. 17-18.

<sup>69</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2004) *Como arqueros al blanco.....Op Cit*, p. 446.

<sup>70</sup>Así lo ha afirmado Pío XII desde 1957 en múltiples ocasiones. [CICCONE, L. (2005) *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, Ediciones Palabra, Madrid, p. 321]; en parecido sentido Juan Pablo II afirma que “*el diagnóstico de muerte constituye un dilema ético básico y es competencia del médico dar el dar*

No obstante, pese al beneplácito de la iglesia católica, la situación plantea numerosas cuestiones; el rechazo a un determinado tratamiento médico y la voluntad de donar los propios órganos<sup>71</sup>, el límite entre la prolongación de la vida, en los casos de estado vegetativo en los que no puede evidenciarse una potencial mejora pero tampoco puede descartarse la misma. Las soluciones a dichos interrogantes varían en función de las concepciones de la calidad de vida o del valor absoluto que de la misma tengamos y constituyen la base en la que se apoyan bien los defensores, bien los detractores de la legalización de la eutanasia.

En España la Ley de Trasplantes de 1979, prevé la necesidad del consentimiento del donante vivo y del receptor de órganos para llevar a cabo la intervención correspondiente.<sup>72</sup>

8º.- En el año 1969 se funda el Hastings Institute of Society, Ethics and Life Sciences Center. Este centro fue creado por Daniel Callahan (un laico con formación en teología) y Willard Gaylin (psiquiatra) con el fin de enlazar el trabajo individual con el trabajo en equipo para elaborar estudios y orientaciones sobre temas bioéticos como la salud, la medicina y el medio ambiente. En el primer número de su revista en el año 1973 el instituto publicó un artículo en el que se recogía el término “*bioética*”. En la actualidad se conoce como el Hastings Center y es considerado como el centro de investigación más acreditado en el mundo sobre esta materia.<sup>73</sup>

9º.- Durante los años 1932-1972, se produjo el estudio de Sífilis de Tuskegee (Condado de Macon, Alabama). Dicho experimento fue sacado a la luz en el año 1972 el senador Edward Kennedy reveló que durante los años 1932 al 1972 a unos 600 hombres de raza negra afectados de sífilis se les negó el tratamiento con antibióticos con el fin de estudiar la evolución natural de la enfermedad<sup>74</sup>. En el año 1973, el Congreso estadounidense dio luz verde a la National Commission for the protection of human subjects of biomedical and Behavioral Research (Comisión Nacional para la protección del ser humano en la investigación biomédica y conductual)<sup>75</sup>. También en 1973, a raíz de conocerse los hechos Tuskegee, se publicó la Patient’s Bill of Rights (Carta de los derechos del paciente).

---

*una determinación clara y precisa de la “muerte” y del “momento de la muerte” de un paciente que muere sin recobrar la conciencia (...) La respuesta no puede inducirse de principios religiosos y morales, y consiguientemente es un aspecto que está fuera de la competencia de la Iglesia”. [GAFO, J. (1998) 10 palabras clave en Bioética.....Op Cit, p. 321].*

<sup>71</sup>SANCHEZ CARAZO, C. “Ética en la investigación clínica: el consentimiento.....”Op Cit. p. 126.

<sup>72</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (2006) *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 23.

<sup>73</sup>GOIKOETXEA, M. J. “Introducción a la Bioética”, *Cuadernos de Teología Deusto*, Op. Cit., p. 16; GONZALEZ MORAN, L. (2006) *De la bioética al bioderecho: libertad,.....Op Cit, pags. 23-24; GAFO, J., 10 palabras clave en Bioética..., Op. Cit., p. 20.*

<sup>74</sup>GONZALEZ MORAN, L., *De la bioética al bioderecho: libertad ..... Op. Cit., p. 25*

<sup>75</sup>GOIKOETXEA, M. J., “Introducción a la Bioética”,....., Op. Cit., p. 17.

La National Commission tenía como objetivo el estudio de los principios éticos fundamentales que deben inspirar y presidir la investigación sobre sujetos humanos. No obstante al finalizar sus trabajos se consiguió que una nueva ley estableciera en 1978 la President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine (Comisión presidencial para el estudio de los problemas éticos en medicina). Los informes y recomendaciones elaborados por esta Comisión tuvieron una enorme trascendencia y se consideran un punto de referencia esencial para abordar multitud de problemas bioéticos<sup>76</sup>.

10º.- En los años setenta se produce la utilización de la amniocentesis como herramienta en el diagnóstico prenatal junto con la legalización en muchos países del aborto cuando se determine un posible defecto congénito<sup>77</sup>. Hasta ese momento las leyes del aborto en Estados Unidos eran sumamente restrictivas, con la consiguiente polémica entre los ciudadanos partidarios y detractores al aborto<sup>78</sup>.

En muchos países occidentales el pensamiento antiabortista tuvo como factor desencadenante la polémica suscitada por el uso de la Talidomida durante los años 1958 y 1963, (este medicamento era un sedante que tomaban muchas mujeres embarazadas causó una epidemia de bebés nacidos con extrañas deformidades irreversibles. Una vez conocidas el vínculo, muchas mujeres que habían tomado talidomida y estaban embarazadas solicitaron el aborto). Debido a las rigurosas leyes antiabortistas, las mujeres embarazadas se vieron obligadas a trasladarse fuera de su país a practicar el aborto o bien someterse a un aborto ilegal. La práctica mayoría del mundo occidental se sintió sensibilizada ante esta tragedia, y se promovió la promulgación de unas leyes del aborto más liberales en la mayoría de los países occidentales<sup>79</sup>.

Así mismo, en este periodo hicieron su entrada en el mercado farmacológico los primeros anovulatorios, lo que planteó reflexiones entre eticistas, médicos, filósofos y economistas, sobre el derecho de la mujer a decidir si quiere o no ser madre, si es ético

---

<sup>76</sup>GONZALEZ MORAN, L., *De la bioética al bioderecho: libertad.....*, Op. Cit., pags. 26-27; GRACIA GUILLEN, D., *Fundamentos de.....*, Op. Cit., pags. 178-179.

<sup>77</sup>En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 1973 "Roe contra Wade", que reconoce a la mujer su derecho a decidir de acuerdo a sus convicciones o creencias morales más profundas durante las doce primeras semanas de embarazo. MARTINEZ SAMPERE, E. (2005) "El derecho a la mujer a decidir su maternidad", en RUIZ De La CUESTA, A. (coordinador), *Bioética y Derechos Humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, p. 270. Establecía la interrupción voluntaria del embarazo de modo libre siempre y cuando se realice durante las doce primeras semanas de gestación. De igual modo, la actual regulación española, prevé en el art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que "Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada".

<sup>78</sup>GONZALEZ MORAN, L. *De la bioética al bioderecho: libertad .....*, Op. Cit., p. 28.

<sup>79</sup>SINGER, P. (1997) *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós Transiciones, Barcelona, pags. 97-99

que se prive al hombre de ese derecho, si es conveniente la separación entre la actividad sexual y la procreación. Cuestiones trascendentes en el desarrollo de la bioética<sup>80</sup>.

11º.- En 1978, se produce un avance tecnológico, respecto a los que no podían concebir. En el siglo XVIII se habían conseguido algunos éxitos mediante la inseminación artificial, pero el primer ser humano concebido in vitro acaece en el año 1978<sup>81</sup>. Con las técnicas de reproducción humana asistida se abre un amplio abanico de posibilidades respecto de la solución del problema de esterilidad, la prevención de enfermedades genéticas y la posibilidad de selección de preembriones. Lo que conduce a reflexiones en torno a la legitimidad o no de la mujer a la hora de ser usuaria de una técnica de reproducción asistida, la ética de los diferentes procedimientos o técnicas o la problemática de los embriones no usados en la reproducción<sup>82</sup>.

Además las nuevas técnicas de biotecnología podrían solucionar problemas de salud hoy en día incurables, pero que suponen una implicación para el ser humano que desconocemos. La investigación sobre las células troncales, la clonación humana, la creación de quimeras e híbridos o la ingeniería genética son algunas de las posibilidades que quedan abiertas para avances científicos y para el debate ético, la transformación de la noción de la persona o al menos de los valores que la ética tradicional ha defendido como propios del ser humano<sup>83</sup>. Y este es el papel que asume la bioética como disciplina.<sup>84</sup>

## 4.2. Principios de la bioética

En el año 1978 la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research, publicó el Informe Belmont (Belmont Report) como contestación ética a las monstruosidades cometidas en las investigaciones biomédicas, informe que determina los principios que debe presidir la experimentación con seres humanos.

---

<sup>80</sup>SANCHEZ CARAZO, C. “Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información” en FEITO, L. (editor)....., *Op. Cit.*, p. 126.

<sup>81</sup>CICCONE, L. *Bioética. Historia. Principios.....*, *Op. Cit.*, p. 97

<sup>82</sup>JUNQUERA De ESTEFANI, R. (1998) *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid; GOMEZ SANCHEZ, Y. (1994) *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid; JUNQUERA De ESTEFANI, R., y De La TORRE DIAZ, J. (2013) *La reproducción médicamente asistida, un estudio desde el derecho y desde la moral*, UNED, Madrid; CICCONE, L. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones.....*, *Op. Cit.*, pags. 97-169; GAFO, J, *10 palabras clave en Bioética*, *Op. Cit.*, pags. 163-201.

<sup>83</sup>De MIGUEL BERIAIN, I. (2008) *Bioética y nuevas biotecnologías en salud humana*, Premio “Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)”, Gijón, p. 9

<sup>84</sup>JUNQUERA De ESTEFANI, R. (2012) “Derecho, Bioética y Bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: el derecho a ser informado en la asistencia biomédica”, en: JUNQUERA DE ESTEFANI, R. y De La TORRE DIAZ, J. (editores), *Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*, Univ. Pontificia de Comillas, Dykinson, Madrid, p. 20.



Su trascendencia se amplió al convertirse en el acta fundacional de la bioética de orientación principialista. Si bien, el texto fundamental del principialismo verá la luz, un año después, en 1979, con la obra *Principles of Biomedical Ethics* de Beauchamp y Childress<sup>85</sup>.

Autores que partiendo del Informe de Belmont que proponía tres principios básicos originalmente orientados a la investigación biomédica con seres humanos (el respeto por las personas, la beneficencia y la justicia). Enuncian cuatro principios: la autonomía (que recoge el respeto a las personas del Informe Belmont), la beneficencia, la no maleficencia (dividiendo en dos el principio de beneficencia) y la justicia<sup>86</sup>.

No obstante alguno de los principios del informe Belmont, no eran completamente desconocidos. Así los de beneficencia y no maleficencia provenían de la vieja tradición hipocrática y el de autonomía ya había surgido algunos años antes en las Cartas de los Derechos de los Enfermos<sup>87</sup>. Si la Carta de los Derechos de los Pacientes del año 1973 centró su articulado en desarrollar la fórmula del consentimiento informado, el Informe Belmont concretó varios principios, diferenciando dentro de los pacientes, entre el usuario de un servicio sanitario y el sujeto de una experimentación clínica.

Los principios enunciados en el Informe Belmont, reconocidos por la escuela norteamericana desarrollados por THOMAS BEAUCHAMP y JAMES CHILDRESS en 1.978 tras su análisis del Informe Belmont, en su obra *Principios de Ética biomédica* no han perdido su vigencia en la actualidad y constituyen principios que deben orientar no sólo los derechos de los enfermos en particular, sino las actuaciones sanitarias en su conjunto. Hoy en día existe un amplio consenso sobre la validez de estos principios como el mejor modo de expresar, en las relaciones sanitarias, el absoluto respeto y consideración a los seres humanos<sup>88</sup>.

#### **4.2.1-Principio de Autonomía**

El término autonomía se forma de dos palabras de raíz griega, autos, (que significa por sí mismo) y nomos, (que mantiene el sentido de ley); su significado originalmente hace referencia a cuando las polis (ciudades/estado) contaban con un autogobierno, no se encontraba bajo la autoridad de algún individuo o grupo externo. De acuerdo con esta concepción la autonomía sería en principio en sentido negativo, la ausencia de obstáculos para ejercer nuestros propósitos.

---

<sup>85</sup> *Ibídem* p 46

<sup>86</sup> FEITO GRANDE, L. (2011) "La bioética en la Universidad Complutense de Madrid", en DE LA TORRE DÍAZ, J. (editor), *Pasado, presente y futuro de la bioética española*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 18.

<sup>87</sup> GAFO, J. *10 palabras clave en Bioética*....., *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>88</sup> GOIKOETXEA, M. J., "Introducción a la Bioética",....., *Op. Cit.*, p. 34.

No obstante, podemos concebirla como una visión de la realidad individual y social regida por normas propias, en oposición con las leyes externas a ella, pero esto no supone un voluntarismo, ya que se rigen por sus propias leyes internas.

Por ello autores como Kant, en el ámbito de la ética, consideran tan importante distinguir entre una moral heterónoma y una moral autónoma. La primera es una conducta impuesta por la sociedad. La segunda es una conducta elegida y respetada por el sujeto. Para Kant “la voluntad es una facultad de no elegir nada más que lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario”. Por ello, si la conducta obedece a una pasión o deseo, entonces será circunstancial ya que no se ciñe a las leyes objetivas y la acción no será por ello libre. Será una voluntad condicionada subjetivamente, pero descarta las leyes prácticas que atienden la razón.

En el contexto de la bioética, la autonomía tal y como la concibe Kant tiene un sentido más riguroso pues si no descansa en la razón práctica una decisión libre de agentes externos e internos entonces no será una decisión libre.

Por tanto, El principio de autonomía se refiere a la capacidad del sujeto de gobernarse por una norma que él mismo acepta sin coacción externa, una norma que debe ser universalizada por la razón humana. Una acción es autónoma según GOIKOETXEA, cuando una persona decide con conocimiento suficiente, con intencionalidad, sin un control interno (p. ej. una enfermedad mental o un estado de embriaguez) o externo (p. ej. una coacción o una manipulación) y es acorde a su sistema de valores<sup>89</sup>. Pero, ¿es posible decidir ajeno a deseos, intereses o influencias externas, esencialmente en cuestiones relativas a la vida o la enfermedad?

Conforme a la anterior definición las acciones no pueden ser absolutamente autónomas sino que admiten grados, por ello lo esencial en la autonomía y sus grados es determinar en qué momento ésta puede limitarse, en aras al principio del bien del paciente. El mayor problema es sopesar los valores en juego, respetar las decisiones individuales sin caer en la arbitrariedad. En otras ocasiones las decisiones y los derechos individuales van a ser limitadas por los derechos de los demás.

La autonomía entendida desde la ética biomédica desarrollada por BEAUCHAMP y CHILDRESS, en su obra “*Principios de ética biomédica*” publicado en 1971 tiene un sentido menos riguroso, pero más realista en la toma de decisiones médicas.

Tanto el informe Belmont como Beauchamp y Childress, lo enuncian en primer lugar, dejando claro que la autonomía de la voluntad del individuo debe imperar primeramente. Belmont lo hace refiriéndose al “*respeto a las personas*” afirmando que “*incluye por lo menos dos convicciones éticas. La primera es que todos los individuos*

---

<sup>89</sup>*Ibidem*, p. 35.

*deben ser tratados como agentes autónomos, y la segunda, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a ser protegidas*". Posteriormente indica que una persona autónoma es *"un individuo que tiene capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás"*<sup>90</sup>.

Para BEAUCHAMP y CHILDRESS se explica *"la voluntariedad como la facultad de elegir sin que se encuentre sometida a ningún tipo de influencia externa"*. Por lo que la decisión tiene en cuenta motivaciones subjetivas aunque no domine la razón como base de la decisión. Por tanto, con la voluntariedad se aceptan las decisiones irracionales.

La reflexión ética tanto en la investigación biomédica como en la práctica médica es antigua, a la hora de tomar decisiones sobre la salud y la vida, las acciones médicas necesariamente implican una reflexión crítica sobre las creencias, implican una reflexión ética<sup>91</sup>. Y lo mismo en la medicina científica, donde las decisiones científicas se toman con base en las evidencias científicas. Así, cuando dos o más saberes científicos entran en conflicto; o cuando un escenario nuevo carece de evidencias científicas; o cuando no hay información científica sobre el caso; o cuando las observaciones particulares no se corresponden con las evidencias científicas; o cuando se presentan excepciones sobre los parámetros generales descritos por la ciencia. Todas estas situaciones requieren actuar y la acción más conveniente ha de resultar de una reflexión ética sobre los principios que orientan la toma de decisiones médicas, cuyo fin parece estar siempre orientado hacia lo más conveniente para el enfermo, la sociedad, la institución o el médico.

La noción de autonomía en el informe Belmont, recoge la idea de igualdad al postular que *"todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos"* y reconocer que los sujetos disminuidos tienen derecho a la protección. Una persona autónoma se define como *"(...) un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y obrar bajo la dirección de esta deliberación."* En este sentido es contrario a la autonomía imponer obstáculos para que una persona tome sus decisiones, privarle de información importante para que elija de la mejor manera u obligarle a actuar de tal modo.

---

<sup>90</sup>*Informe Belmont. Principios y Guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento, (18 de Abril de 1979), Observatorio de Bioética y Derecho; En: <http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>*

<sup>91</sup>*Por motivación moral se puede entender un principio que guía la conducta de los hombres, y por reflexión ética se entiende la evaluación crítica de la creencia moral.*

El informe Belmont se refiere de manera general al “*respeto a las personas*”. Divide a los sujetos entre aquellos capaces de tomar decisiones razonadas y los disminuidos en sus capacidades intelectuales de manera permanente o temporal, pero así mismo, son dignos de respeto al prevalecer el principio de igualdad que implicaría la protección a los más vulnerables. En tales casos el principio de beneficencia, parece ser el criterio que ha de prevalecer en pro del respeto a las personas.

La descripción kantiana de la autonomía podemos entenderla como un punto de partida ideal. Pero la concepción de la autonomía que parece ser considerada en el Informe Belmont, hace referencia a una autonomía relativa, en donde tanto los factores emotivos internos como las determinaciones externas impiden su manifestación absoluta, pero admitirla de esta manera parece más confiable que obrar bajo la suposición de una concepción inaplicable de autonomía.

El medio formal que permite dar cuenta del respeto a la autonomía es el “*consentimiento informado*”, esto es se da en un proceso de información en el que el paciente asume los riesgos y consecuencias de un tratamiento o protocolo de investigación sea por escrito o no.

La primera forma de concreción de los llamados “*derechos de los pacientes*” fue la fórmula del consentimiento informado en las Cartas de Derechos de los Enfermos. Pero no ha sido la única derivación del logro de la libertad de éstos. En realidad, pudiera afirmarse que el modelo del consentimiento informado no es más que una de las consecuencias del reconocimiento del derecho de la libertad y de la autonomía del paciente en el espacio biomédico: “*Lo que la autonomía ha introducido en el mundo sanitario es un nuevo modo de tomar decisiones y, por tanto, un nuevo modo de definir lo que es salud y lo que es enfermedad, un nuevo criterio para definir lo que es una necesidad sanitaria. (...) El usuario es quien define hoy, y sobre todo quien va a definir en el futuro, lo que es una necesidad de salud y, por tanto, lo que es salud y enfermedad*”<sup>92</sup>.

Hoy existen criterios y procedimientos para hacer respetar la autonomía, pero en la práctica real siguen existiendo dudas sobre si realmente se ha respetado la autonomía del paciente en la toma de decisiones, si las ha tomado, de manera clara, autónoma o al menos lo más cercana a la concepción ideal que prevalece sobre la autonomía.<sup>93</sup> Y en todo caso la manifestación de la autonomía nos hace reflexionar sobre si, ¿Puede el hombre decidir ajeno a motivaciones externas a su conciencia y racionalidad o no es imposible?, ¿Es posible suprimir los elementos internos en la toma de decisiones, y transformarlos en criterios racionales?, ¿Puede un paciente lego en la materia sanitaria

---

<sup>92</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2004) *Como arqueros al blanco.....*, Op. Cit, p. 84.

<sup>93</sup>MAYORAL MADRIGAL, C., & PATIÑO GONZÁLEZ, I. I. (2016). *Autonomía. De su concepción a su concreción en ética biomédica*. Revista de Filosofía y Letras Departamento de Filosofía / Departamento de Letras. ISSN: 1562-384X. Año XX. Número 70 Julio-Diciembre.

decidir mejor o sólo el experto puede hacerlo?, ¿Está realmente preparada la sociedad para decidir lo que es salud y enfermedad? ¿Es correcto persuadir al paciente para que tome una decisión hacia un bien mayor?.

Por esto, consideramos que la relación médico-paciente actual no puede girar únicamente en el principio de la autonomía del paciente, frente al tradicionalmente principio de beneficencia. Debe apoyarse en un principio de confianza que sustente la relación, el principio de autonomía no puede suponer la aceptación ilimitada de las decisiones del paciente sino que debe basarse en la confianza.

#### 4.2.2-Principios de beneficencia y no maleficencia

El principio de beneficencia es el segundo principio enumerado en el Informe Belmont. Beauchamp y Childress lo reconocen desglosado en dos principios; el de la no-maleficencia y el de beneficencia, de un lado procurar el bien, de otro, no provocar daño.

Aunque Belmont no cite la “*no maleficencia*” como principio independiente lo engloba dentro de la beneficencia que comprende “*No causar daño*” y “*Maximizar los beneficios posibles y disminuir los riesgos*”.

1º.- El principio de no-maleficencia se expresa como el deber de no lesionar la integridad de un ser humano. En la historia de la ética médica, el “*primum non nocere*” ha sido el principio moral junto a la beneficencia paternalista, aunque el origen de esta expresión es posterior al mero “*no perjudicar*”<sup>94</sup>.

El propio Juramento Hipocrático expresa dicha exigencia ética esencial en diversos enunciados del mismo: “*(...) Evitando todo mal y toda injusticia. No accederé a pretensiones que se dirijan a la administración de venenos ni sugeriré a nadie acciones semejantes; me abstendré de aplicar a las mujeres pesarios abortivos*”; “*Me libraré de cometer voluntariamente falta injuriosas o acciones corruptoras y evitaré sobre todo la corrupción de mujeres y jóvenes, libres y esclavos*”<sup>95</sup>.

Por ello, desde sus orígenes, en base a dichos mandatos, es función del médico la búsqueda del bien del enfermo y, si ello no fuere posible, al menos no perjudicarlo. Además hoy día es un principio ético fundamental de los profesionales sanitarios que están obligados a desarrollar su labor con el fin de lograr la curación o el alivio de los pacientes<sup>96</sup>. No obstante, si antes se establecía que la obligación dominante del médico era favorecer y subsidiariamente no perjudicar cuando el favorecer resultase imposible. Hoy día, la tesis es la contraria: la obligación primaria es la de no perjudicar y el

---

<sup>94</sup>GRACIA GUILLEN, D. *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética.....*, Op. Cit., p. 228

<sup>95</sup>LARA NAVA, M. D. (1983) “*Juramento*”, en *Tratados Hipocráticos.....*, Op. Cit, p. 77.

<sup>96</sup>GOIKOETXEA, M. J. “*Introducción a la Bioética*”....., Op. Cit, pags. 34-35.

favorecer requiere el consentimiento del paciente, como consecuencia de los avances tecnológicos que han aumentado las opciones de los pacientes, con distintos beneficios y riesgos. Por lo que el único principio absoluto a la hora de decidir la legitimación de una decisión es el respeto del ser humano, el mayor problema es cómo llevar a la práctica dicho principio de respeto<sup>97</sup>.

El informe Belmont señala que el trato de modo ético a las personas no sólo se logra respetando sus decisiones y protegiéndolas del daño, sino también “*esforzándose en asegurar su bienestar*”. “*El término “beneficencia” en este documento, se entiende como: (1) No causar ningún daño, y (2) Maximizar las beneficios posibles disminuyendo los posibles daños*”<sup>98</sup>. Por tanto, el Informe Belmont no distingue claramente entre beneficencia y no maleficencia, concretando esas dos obligaciones como reglas generales.<sup>99</sup>.

2º.- El principio de beneficencia podría formularse como la “*obligación de procurar el bien a aquel del que me siento responsable*”, determinando de este modo la corrección moral de dicha acción<sup>100</sup>.

Este principio tradicional ha imperado en la ética médica desde la Grecia antigua hasta prácticamente el siglo XXI. No obstante, a partir de los años 50 el modelo paternalista de relación sanitaria se ha visto afectado por los conceptos de libertad y pluralismo surgidos en los ámbitos político y social.

El principio de beneficencia, etimológicamente significa “*hacer el bien*”, es la finalidad benevolente lo que caracteriza al paternalismo. Su ámbito inicialmente se extendía a las relaciones familiares, en las que el padre trata y corrige a sus hijos menores. En el ámbito médico a diferencia de otro tipo de actuaciones benevolentes o altruistas, la conducta se realizaría en contra de la voluntad del sujeto contra la que se practica o, sin la misma<sup>101</sup>. El paternalismo, “*es el rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de otra persona por el propio beneficio de esa persona*”<sup>102</sup>.

En el ámbito sanitario el paternalismo alude a dos rasgos del papel paterno: la beneficencia y la legítima autoridad. El profesional médico, superior en conocimientos

---

<sup>97</sup>GRACIA GUILLEN, D. *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética.....*, Op. Cit., p.242.

<sup>98</sup>Informe Belmont. *Principios y Guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento....*, op. cit., p. 4.

<sup>99</sup>GAFO, J. *10 palabras clave en Bioética.....*, Op. Cit., p. 26.

<sup>100</sup>GOIKOETXEA, M. J. “*Introducción a la Bioética*”,....., Op. Cit., p. 34.

<sup>101</sup>ALEMANY, M. (2003) “*Las estrategias de la benevolencia. Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante*, pags. 769-795.

<sup>102</sup>GRACIA GUILLEN, D. *Fundamentos de.....*, Op. Cit., p. 99.

técnicos, experiencia y pericia ha sido requerido para favorecer los intereses del paciente tal y como son entendidos por el profesional<sup>103</sup>.

En los años 80, el principal problema de la bioética va a girar en torno al consentimiento informado y la presencia y coparticipación del paciente en la toma de decisiones. En esta nueva etapa el enfermo aparece considerado como agente moral autónomo, con capacidad de decisión sobre las cuestiones que afectan a su salud y a su enfermedad, en definitiva, a su vida<sup>104</sup>.

La aparición de la autonomía de la voluntad del paciente en el mundo sanitario se ha producido de un modo gradual: inicialmente mediante el “*consentimiento implícito*”. Donde el médico puede estimar que hay consentimiento al tratamiento por el mero hecho de que el paciente acuda a él. Posteriormente mediante el “*conocimiento racional*”, en el que el paciente tiene derecho a recibir información y a decidir sobre su tratamiento siempre que lo haga de manera racional. Por último, se alcanza la idea de consentimiento informado en su formulación actual, donde el paciente debe recibir toda la información disponible y actuar conforme a su criterio personal<sup>105</sup>.

Hoy día la relación clínica del siglo XXI no es la misma que la del pasado siglo, paternalismo y autonomismo son hoy dos modelos extremos que se han demostrado ineficaces, el médico ya no ostenta ese histórico rol privilegiado y sacerdotal, el cuidado de la salud ya no va a proporcionarse individualmente, sino por un equipo y se ha generalizado mediante sistemas colectivos de seguridad y asistencia social.<sup>106</sup>

Por estos motivos en la actualidad se ha producido cierta matización del principio de autonomía en pro del principio de confianza que sustente la relación médico-paciente. El médico ayudará al paciente a tomar sus propias decisiones, en base a la realidad médica y a la historia personal del enfermo congruente con sus intereses<sup>107</sup>.

#### **4.2.3-Principio de Justicia**

En los países occidentales el derecho a la asistencia sanitaria de marcados rasgos benefactores, fue transformándose en “*un nuevo derecho de los pacientes*”, el derecho a la asistencia sanitaria, que progresivamente se extiende a toda la población, por razón de justicia social, junto con los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Esta situación se mantiene sin grandes problemas, hasta que con la crisis económica de 1973, los países comenzaron a plantearse la viabilidad de ese concepto de

---

<sup>103</sup>SEOANE, J. A. (2008) “*La relación clínica en el siglo XXI: Cuestiones médicas, éticas y jurídicas*”, DS, Vol. 16, XVI Congreso «Derecho y Salud», pags. 79-86.

<sup>104</sup>GONZALEZ MORAN, L., *De la bioética al bioderecho: .....*, Op. Cit. p. 48

<sup>105</sup>De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2009) *Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 71.

<sup>106</sup>SEOANE, J. A. “*La relación clínica en el siglo XXI, .....*, Op. Cit., p. 80

<sup>107</sup>KATZ, J. (1989). *El médico y el paciente: su mundo silencioso*, Fondo de cultura económica, p. 211.

justicia social. Desde el poder político se introducen en el campo de la medicina elementos desconocidos hasta ese momento como la existencia de un poder público que administra el derecho a la asistencia sanitaria y de la sociedad como contribuyente de ese derecho. Se pone de manifiesto que los recursos para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria son limitados. Por ello, la autonomía y la justicia son dos dimensiones de la vida ética que se exigen mutuamente, pero que también entran en permanente conflicto: sin una justicia que asegure la igualdad básica de oportunidades de todos en la vida social, la autonomía se vuelve retórica<sup>108</sup>.

De ahí la limitación que ejerce el principio de justicia sobre la autonomía en el campo sanitario. La cobertura sanitaria, dependerá de la idea que se tenga de la justicia.

Desde el punto de vista liberal clásico el único Estado defendible es el Estado mínimo, éste debe proteger la vida y la salud de las personas, pero no ir más allá. El derecho a la asistencia no se contemplaría, sería mero acto voluntario o de beneficencia, no un derecho individual frente al Estado. En este planteamiento los pacientes con recursos escasos sólo podrían acceder a la asistencia sanitaria a través de la mera beneficencia.

Frente a este modelo, estaría la idea de justicia basada en la igualdad social y material, en la necesidad de defender una serie de condiciones sociales y económicas iguales para todas las personas. Dentro de esta perspectiva podemos distinguir entre el denominado socialismo radical y el socialismo social-democrático.

El primero representado por las figuras de Marx y Engels que propugnaba la eliminación de los derechos civiles y políticos ya que éstos manifestaban el poder de una nueva clase social, la burguesía, sin eliminar la diferencia de clases. Conciben la sanidad como un servicio público, al que cualquier ciudadano puede acceder según sus necesidades, sin tener en cuenta el tipo de actividad que desarrolle dentro del sistema productivo.

Por su parte el denominado socialismo liberal o social-democrático que defiende que las diferencias sociales pueden zanjarse con el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encontraría el derecho a la asistencia sanitaria. Por ello, la intervención del Estado se cree necesaria para establecer una política redistributiva que corrija las injusticias, como garante a fin de aminorar las diferencias sociales pero respetando también los derechos particulares individuales.

En el mundo occidental se expandió por los países socialdemócratas: la política del Estado Benefactor. Por otra parte la aparición de los Seguros Obligatorios de Enfermedad revolucionó el sistema sanitario: se paso a una medicina hospitalaria,

---

<sup>108</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2002) "De la bioética clínica a la bioética global: Treinta años de evolución", *Acta Bioética*, año VIII, No 1, pags. 27-39.



cambio la relación médico-paciente, y la propia concepción de este como un consumidor de los servicios sanitarios. Dicho sistema funcionó sin grandes dificultades hasta la década de los setenta pero tras la crisis de 1973, el derecho a la asistencia sanitaria como principio de justicia distributiva se ha reinventado, surge así la “medicina sostenible”, que ha determinado una disminución de la hospitalización médica, en parte para disminuir los elevados costes sanitarios de la tecnificación de la medicina y en parte para lograr mayor igualdad entre los miembros de la comunidad, mediante la priorización de necesidades de salud con políticas sanitarias y por medio de la asignación individual de recursos escasos.<sup>109</sup>

Actualmente, podemos decir que la relación médico-paciente presentan las siguientes características:

-Por una parte el paciente presenta cierto nivel cultural y gran acceso a la información pero carencias importantes respecto del valor de los recursos públicos. Lo que en ocasiones comporta un abuso por éste de la atención sanitaria. Por ello se hace preciso una educación cívica del ciudadano en responsabilidad, tolerancia y solidaridad.

-El paciente no acude a los servicios sanitarios para resolver una patología o problema de salud, sino que se ha convertido en un cliente o consumidor de una prestación sanitaria. Esto ha generado una tensión entre una organización diseñada para atender enfermos de forma gratuita y universal y una concepción del paciente como cliente o consumidor que “reivindica salud”. Las demandas específicas de los pacientes se han canalizado en organismos como el Foro Español de los Pacientes (FEP) y el Foro Europeo de los Pacientes (EPF).

-Los pacientes han ido incorporándose paulatinamente a los diferentes órganos de gobierno de las instituciones sanitarias para reivindicar sus intereses, mediante la llamada “democratización” de las decisiones sanitarias en diversos aspectos.

-El paciente, va a ser más independiente y responsable de su propio autocuidado sanitario, los poderes públicos instauran un mecanismo de delegación en los propios pacientes: la educación para la salud para promover el autocuidado. El enfermo en cierto sentido tiene no sólo la responsabilidad de su propia salud, sino también la obligación moral de estar sano.

Pero sigue buscando del profesional médico que le atienda, le conforte, le cuide y coordine sus necesidades de asistencia sanitaria. La confianza y el respeto mutuos han sido la base de la medicina tradicional y deben conformarse en la actualidad como los fundamentos de la presente relación entre el médico y su paciente.

---

<sup>109</sup>CALLAHAN, D. (2000) “La inevitable tensión entre la Igualdad, la Calidad y los Derechos de los Pacientes”. *Bioética y cuidado de la salud. Equidad, calidad, derechos. Santiago de Chile: Programa Regional de Bioética, OPS/OMS, (91-100). p. 96.*

### 4.3. Bioética y Bioderecho

La expresión bioética, etimológicamente hace referencia a dos elementos esenciales del ser humano: bios (vida) y ethos (ética).

Para GOIKOETXEA, la bioética es una rama de la ética que se ocupa de analizar la experiencia del deber en la realidad compleja de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud que comprende aspectos como: las políticas sanitarias, la definición de salud y enfermedad, la relación sanitaria, la ética de los profesionales sanitarios, la utilización de la tecnología sanitaria, la investigación en ciencias de la vida, etc.<sup>110</sup>

Para ROMEO CASABONA desde la perspectiva de la relación de la Bioética y el ser humano, constituye “*un claro ejemplo de aproximación a un objeto de estudio común multidisciplinar/ interdisciplinar, en la que confluyen diversas ciencias, además de la ética, con sus respectivas perspectivas y sus metodologías propias: la Medicina (investigadora como clínica y asistencial), Biología (científica y tecnológica), diversos ámbitos de la Filosofía, Teología, Psicología, Sociología, Economía, diversas tecnologías, etc. En este sentido amplio, también el Derecho se integraría en ella*”<sup>111</sup>.

En términos de la Encyclopedia of bioethics es “*el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud examinada a la luz de la salud y los principios morales*”<sup>112</sup>

Por tanto, la bioética es la parte de la ética que estudia la corrección o incorrección de las acciones que se llevan a cabo en el campo de la biomedicina. Su principal área de estudio es la ética médica, pues la medicina normalmente implica la intervención técnica sobre el cuerpo humano, y toda intervención sobre el hombre está marcada por su valor máximo; este valor máximo determina los fines y las acciones que deben perseguirse y realizarse al actuar sobre él.

El nacimiento de la bioética se produce ante la gran cantidad de problemas éticos<sup>113</sup> que se plantean en la investigación y en los tratamientos médicos, se ha discutido si su objeto debe ser el ser humano en exclusiva o también los demás seres vivos y ecosistemas en los que se desarrollan<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup>GOIKOETXEA, M. J. (1999) “Introducción a la Bioética” ..... , Op. Cit, pags. 10-11.

<sup>111</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (2017). *El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común*. Revista Iberoamericana de Bioética, (3), pags.1-16.

<sup>112</sup>ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS, The Free Press, New York 1978, vol. IV, Op. Cit.

<sup>113</sup>SANCHEZ CARAZO, C. (2004) “Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información” en FEITO, L. (editor),.....Op. Cit, p. 124.

<sup>114</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2011). *Bioética*. En ROMEO CASABONA, C. M. (2011) (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, T. 1º. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano & Ed. Comares, Bilbao-Granada, pags. 209-227.*

La Bioética por tanto, es un instrumento eficaz para: 1º. Identificar y aislar los conflictos que puedan surgir en el ámbito de su objeto de atención. 2º. Identificar los valores que pueden verse implicados en el conflicto y, en su caso, construir nuevos valores, valores emergentes de esos conflictos necesitados de protección. 3º. Emitir orientaciones para resolver el conflicto, ponderando para ello todos los factores que estén presentes en el conflicto. 4º. Y a partir ahí, proponer soluciones a la sociedad<sup>115</sup>.

En la actualidad se plantea, el problema de la delimitación del Bioderecho y la Bioética, ya que ambos tienen en común el objeto de estudio, pero lo hacen desde una visión diferente: la primera desde la reflexión ética, y el segundo desde la jurídica. No obstante, existe en Europa e Iberoamérica la propensión a confundir e identificar derecho con ética, fundamentalmente en la práctica<sup>116</sup>. Junto a la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, la llamada Declaración de Helsinki aprobada por la Asamblea Médica Mundial en 1964 con sus diversas actualizaciones, confunden los planos normativos ético y jurídico y han influido en las regulaciones jurídicas posteriores de los estados sobre ensayos clínicos. En concreto, en el derecho español, la regulación jurídica sobre los ensayos clínicos remite explícitamente a los principios de dichas declaraciones<sup>117</sup>.

De igual modo asistimos a la tendencia en algunos bioeticistas de intentar jerarquizar los principios éticos, aunque no existe unanimidad sobre cuáles sean éstos, para unos el principio de autonomía se situaría en la cima, mientras que para otros ocuparía dicho lugar el principio de no maleficencia<sup>118</sup>.

Por su parte el derecho opera de forma muy distinta, reconoce a todos los derechos fundamentales y libertades públicas el mismo valor, produciéndose una ponderación de derechos e intereses en conflicto que se resolverá en cada caso concreto a partir de criterios valorativos-objetivos que aporta el propio ordenamiento jurídico<sup>119</sup>.

En la elaboración de la mayor parte de los instrumentos jurídicos relacionados con la biomedicina aprobados por los organismos internacionales destacan el planteamiento metodológico propio de la bioética, multidisciplinar y pluralista.

---

<sup>115</sup> ROMEO CASABONA, C.M. (2011). *Bioderecho y Bioética*. ..... *Op. Cit.*, pags. 187-205

<sup>116</sup> GRACIA GUILLEN, *Bioética*..... *Op cit.*, pags. 211 y s.; ROMEO CASABONA, *Bioderecho y Bioética*, ..... *Op. Cit.*, pags. 195 y ss.

<sup>117</sup> Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: "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" (art. 60.1).

<sup>118</sup> ATIENZA, M. (2010). *Bioética, Derecho y argumentación*. Palestra, Temis, Lima-Bogotá, pags. 43 y ss.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pags. 56 y ss.,

En la identificación de nuevos derechos humanos en relación con los avances científicos, ha constituido un paso decisivo el convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB), de 4 de abril de 1997, que se ha incorporado al derecho interno de numerosos Estados<sup>120</sup>. Tiene fuerza vinculante y obligatoria para los poderes públicos de los mismos y constituye una institución pionera en el Derecho Internacional en el ámbito de los derechos humanos y la biomedicina.

Los instrumentos jurídicos aprobados en el seno de la UNESCO sobre estas materias<sup>121</sup>, bajo la forma de declaraciones, no gozan de efecto obligatorio, pero es indiscutible que constituyen referentes de orientación para los estados.

El Derecho Constitucional presenta en esta materia una enorme potencialidad, como receptor de los derechos humanos que se ven involucrados por las ciencias biomédicas, así como de instrumento para resolver los conflictos que de éstas emergen. Un ejemplo en el constitucionalismo contemporáneo sería: el reconocimiento de algunos derechos relacionados con la biomedicina, el genoma humano y las biotecnologías. La protección de la identidad del ser humano, cuyo alcance, sin embargo, no se especifica por los instrumentos internacionales, puede referirse tanto a la identidad personal como a la biológica o genética.

A la dignidad humana se recurre con asiduidad cuando se debaten los aspectos éticos y jurídicos que afectan a las ciencias biomédicas, sin profundizar más en el contenido de los intereses o bienes en conflicto, en cómo puede verse afectada en concreto la dignidad humana y cuál es su consecuencia jurídica<sup>122</sup>.

## **5.- DERECHOS DE LOS PACIENTES**

### **5.1. Origen de los derechos de los pacientes**

Históricamente en el ámbito médico, el principio de beneficencia ha determinado la relación médico-paciente, los fines y objetivos del médico eran el mayor interés del enfermo. El médico decidía en lugar del paciente y por su bien, presumiendo que su finalidad también era la del enfermo, un ser débil y desvalido, en sus manos.

El descubrimiento de la autonomía del individuo debe considerarse como un elemento propio de la modernidad; su introducción en el ámbito sanitario se produce de forma tardía, pero determinara el nacimiento de los derechos de los enfermos, vinculados a los derechos humanos y libertades fundamentales.

---

<sup>120</sup>En España entró en vigor el 1º de enero de 2000.

<sup>121</sup>Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH), de 11 de noviembre de 1997; Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003; y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005.

<sup>122</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (2017). *El Bioderecho y la Bioética.....*, Op Cit, pags.15-16.

Los derechos humanos están vinculados con de dignidad humana y son así mismo condiciones de su desarrollo, el derecho pretende lograr una mayor dignidad de la vida de los individuos en sociedad sin ser enturbiada por los demás y en el campo de los derechos de los pacientes supone que: el valor dignidad fundamenta los derechos de los enfermos desde su origen, junto con la intimidad o el propio derecho a la vida. Así mismo la libertad, que es el derecho que los enfermos reivindican por vez primera a la hora de “*independizarse*” en la relación clínica, tiene su razón de ser en el valor fundamental de la dignidad humana.

En el ámbito biomédico contribuyeron a dicho proceso diversos elementos:

1º.-Uno de los elementos que consideramos influyentes en el logro de los derechos de los enfermos fue la lucha por la igualdad, también introducida en el ámbito sanitario. Las diferencias sociales durante finales del siglo XVIII y a lo largo de todo el XIX se hicieron cada vez más acuciantes, y con ellos creció el abismo existente entre una “*medicina para ricos*” y una “*medicina para pobres*”. Las luchas de las masas proletarias contra esa partición de la asistencia médica lograron poco a poco sus frutos en los diferentes países, algunos mediante la creación de leyes, como Inglaterra, y otros con la aprobación de sendas constituciones dando paso al Constitucionalismo Social. Dentro de éste la Constitución Francesa de 1848 y la Constitución de Querétaro de 1917, recogen los derechos sociales, económicos y culturales, entre ellos el derecho a la protección de la salud. Además de las ideas revolucionarias surgidas en los ámbitos civil y político, hubo una serie de hechos sociales y científicos que también influyeron en la conformación a nivel mundial de los derechos de los enfermos. En este sentido, sin el nacimiento de la Bioética como disciplina independiente éstos tampoco hubieran tenido razón de ser.

2º.- Por otra parte, en el éxito del logro de los derechos de los pacientes también contribuyó una importante novedad en la medicina actual: la introducción del sujeto en medicina. Por primera vez al ser humano enfermo se le tiene en cuenta como sujeto personal, lingüístico y biográfico, ya que los médicos comienzan a introducir en su pensamiento y en su práctica los aspectos sociales, psíquicos y personales de la enfermedad. En este hecho tuvo gran influencia la psiquiatría con el estudio y tratamiento de las neurosis, debido a la percepción de que existían múltiples elementos subjetivos y personales que influían en la enfermedad.

3º.- De igual modo el espíritu liberal también se desarrolló en el campo de la actividad médica, iniciando la libertad de ejercicio entre los profesionales de la medicina. En la actualidad conviven de modo razonable la práctica privada con la “*medicina socializada*”, está fundamentada en aras del bien común.

4º.- Por otra parte, la traslación al campo biomédico de la idea de libertad, autonomía e individualidad que había teñido las primeras declaraciones de derechos a nivel mundial. Lo hizo a través de la materialización de la “*Carta de los Derechos de*

*los Pacientes*” del año 1973 promovida por la Asociación Americana de Hospitales, en la que, pese a su nombre, no se trataba más que de la culminación del descubrimiento del derecho al Consentimiento Informado. Este logro fue el fruto de la tradición jurisprudencial anglosajona, y en nuestro país, no se asumió hasta que dicha fase judicial no pasó a ser propiamente estatutaria. Así, fue la Ley General de Sanidad de 1986 (en lo sucesivo LGS) la que en su artículo décimo recogió un elenco de derechos de los pacientes (presidido por el consentimiento informado). Pero fundamentalmente la Ley 41/2002 Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en lo sucesivo LAPac) la que logró un mayor perfeccionamiento en lo que respecta a la concreción de la libertad del enfermo en el ámbito de su salud. Así, esta ley modificó en gran parte el artículo décimo de la Ley General de Sanidad.

5°.- Por último, también influyó el progreso de la tecnología sanitaria y la universalización de la asistencia que determinan en la década de los 60, el planteamiento de conflictos que antes no existían no ya en el campo de la experimentación sino en el campo de la asistencia clínica. Conflictos que muchas veces acababan en los tribunales de justicia. Por lo que, se crean los comités para el estudio y abordaje de estos conflictos, con el fin de evitar a una excesiva judicialización de la actividad médica.

Dentro del término “*derechos de los pacientes*” podemos incluir un amplio elenco de los mismos, con diferentes principios o derechos fundamentales que los justifican. Así, el derecho de autonomía del propio cuerpo y de la propia vida que no es más que una prolongación del derecho fundamental de libertad individual, mientras que el derecho a la salud aparecería como derivación de la aplicación por parte del Estado de una serie de medidas y programas con el fin de satisfacer los objetivos sociales. E

Como principales derechos de los enfermos, junto al derecho de consentir cualquier intervención sobre su cuerpo. El paciente ostenta otros derechos que giran en torno a él, como son los derechos de información, libertad e intimidad.

Respecto del Derecho de información, será objeto de examen minucioso en el capítulo II del presente trabajo no obstante, conviene señalar que el derecho a la información al paciente dista del que se incluye en el derecho genérico a la información contenido en el artículo 20 de la constitución y se conecta directamente con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, y de modo más genérico, con el derecho a la protección de la salud del individuo<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup>JUNQUERA De ESTEFANI, R. (2013) “*La información y el consentimiento informado*”, *Moralía*, p.36.

Esta relación entre derecho a la información y a la integridad física y moral también ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional<sup>124</sup>. Así el TC en la STC 37/2011 señala que *“la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral”*<sup>125</sup>. En todo caso, desde el punto de vista jurídico, el consentimiento o es informado o no es plenamente válido. En este sentido, el propio TC afirma que si se prescinde de la información previa *“se omite, en definitiva el consentimiento informado”*<sup>126</sup>.

## 5.2. Derecho a la libertad

La relación entre libertad y salud es confusa, pero la finalidad del derecho a la salud es lograr una supervivencia lo más funcional posible de las personas, preservar la vida pero no delimitar ni imponer cómo debe de ser vivida, determinación que concierne a cada persona en el ejercicio de su libertad<sup>127</sup>.

El derecho de libertad en el ámbito de la salud comprende diversos aspectos: por una parte el derecho a la salud como sistema de protección de la salud, relacionado con la distribución de recursos estatales y por otra el derecho a la libertad individual dentro de las actuaciones sanitarias, como derecho a decidir la propia salud y el propio cuerpo.

El derecho a la protección de la salud emana de la conocida *“sociedad de consumo”* o *“sociedad de bienestar”*. Así, tras la Primera Guerra Mundial se inició esta etapa en la que prevaleció el desarrollo del sector terciario, el Estado comenzó a crecer de modo exponencial, transformándose en intervencionista y asegurador de las eventualidades de la vida de los ciudadanos. Éste es el comienzo de los sistemas de protección social y seguros públicos de occidente. En este contexto la salud se concibe como *“bien de consumo”* o *“bienestar”*, debiendo ser el Estado el encargado de su protección<sup>128</sup>. La salud se torna un bien básico que el estado de bienestar tiene que garantizar y *“los derechos humanos no son sino formas de un único y fundamental derecho que es el derecho a la libertad”*<sup>129</sup>.

Como hitos normativos importantes en el reconocimiento del derecho a la salud encontramos la Constitución de 1946 de la Organización Mundial de la Salud, en cuya

---

<sup>124</sup>*Ibidem*, p. 34.

<sup>125</sup>En este sentido la STC 37/2011 en su FJ 7.

<sup>126</sup>En este sentido la STC 37/2011 en su FJ 6, señala *“Partimos del hecho cierto, de que no se prestó al demandante de amparo información previa sobre la intervención quirúrgica que se le debía de practicar, omitiéndose, en definitiva su consentimiento informado”*.

<sup>127</sup>De CUREA-LUGO, V. (2005) *“La salud como derecho humano”*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 32, Bilbao, pags. 26-27.

<sup>128</sup>GRACIA GUILLEN, D. (2004) *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*, Triacastela. Madrid. pags. 38-39.

<sup>129</sup>CAMPS, V. (1999) *“Presentación”*, Cuaderno de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, Libertad y Salud, N°1, Barcelona, p. 9

Exposición de Motivos definía la salud como “(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. “(...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, señala en su artículo 22 a “toda persona como miembro de la sociedad, el derecho a la seguridad social”; y en su artículo 25 “el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar (...), la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 contempla en su artículo 12.1 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Estableciendo las medidas que deberán de adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho. Así mismo, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 establece en su Parte I. 11 que “toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”. En el mismo sentido la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el artículo 34 relativo a la “seguridad social y ayuda social”; y a la “protección de la salud” afirmando que “toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Respecto del contenido del derecho a la salud, la Constitución en el capítulo III del Título I relativo a los “principios rectores de la política social y económica”, en su artículo 43 prevé “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”, dicho precepto no reconoce un derecho subjetivo, pero sanciona la configuración de dicho derecho en el ámbito material de la salud mediante su oportuno desarrollo legislativo<sup>130</sup>, Por otra parte, pese a que el derecho a la protección de la salud constituye un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental, tiene como destinatario al legislador y como principio, puede ser aplicado por el Tribunal Constitucional en los recursos de constitucionalidad y en los conflictos de competencias<sup>131</sup>. No obstante, el derecho a la salud constituye algo más que un mero principio rector, y su garantía dada su naturaleza no debería depender exclusivamente de la existencia o no de recursos económicos<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup>FERNANDEZ MONTALVO, R. (2010) “Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho y Salud*, Vol. 19 Extraordinario XVIII Congreso, p. 13.

<sup>131</sup>JIMENEZ De PARGA, M. (2004) “El derecho constitucional a la protección de la salud”, en *La Salud como valor constitucional y sus garantías*, Editor: Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid, Madrid, p. 11.

<sup>132</sup>De CURREA-LUGO, V. “La salud como derecho humano.....”, *Op. Cit.*, p. 44.



Además, el derecho a la salud supone un límite frente a las potenciales injerencias por parte del poder público, relativas no sólo a la salud, sino también a la vida, a la integridad física y moral y a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, se conforma como un derecho de la personalidad, suplementario respecto a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral reconocidos en el art. 15CE.<sup>133</sup>

Por otra parte, la salud en ocasiones puede mostrarse como un deber: piénsese en la obligación social en caso de prevención de enfermedades a la comunidad (vacunaciones obligatorias, aislamiento de enfermos, internamientos de enfermos mentales...)<sup>134</sup>.

Además, el derecho a la salud guarda relación con el llamado “*Estado social*” o “*del bienestar*”, que comporta el derecho a exigir de los poderes públicos actuaciones tendentes a controlar y asegurar la protección de la salud en situaciones de riesgo y a preservar y mejorar el ambiente sanitario general y prestaciones que incluirían medidas de salud laboral, de sanidad exterior, control alimentario, productos farmacéuticos, seguridad industrial, medio ambiente, ordenación de determinados aspectos urbanísticos y de vivienda y el establecimiento de medidas y requisitos relativos a la higiene en múltiples actividades.<sup>135</sup>

Respecto de la libertad, en su vertiente de derecho a la libertad individual dentro de las actuaciones sanitarias supone el derecho a controlar la propia salud. Es lo que conocemos en la bioética principialista como principio de autonomía que propugna el respeto hacia las personas en la gestión de su propia vida y en la adopción de decisiones respecto a su salud y su enfermedad. En este sentido la información como un elemento consustancial del consentimiento es el principal soporte de la encarnación de la libertad en el ámbito biomédico. No obstante, no es cierto que el fundamento ético del consentimiento gire exclusivamente en torno a la libertad y la autonomía del paciente, sino en el complemento adecuado de los cuatro principios clásicos de la bioética moderna en el marco de las relaciones clínicas.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup>FERNANDEZ MONTALVO, R. “*Dimensión del derecho a la protección de la salud... ..*”, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>134</sup>RODOTA, S. (1999) “*Salud y libertad*”, *Cuaderno de la Fundación Victor Grífols i Lucas, Libertad y Salud, Nº1, Barcelona*, p. 31.

<sup>135</sup>FERNANDEZ MONTALVO, R. “*Dimensión del derecho a la protección de la salud... ..*”, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>136</sup>SIMON LORDA, P., (2006) “*Diez mitos en torno al consentimiento informado*”, *An. Sist. Sanit. Navarra, Vol. 29, Suplemento 2*, pags 29-40.

### 5.3 Derecho a la intimidad

El primer hito histórico en el reconocimiento del derecho a la intimidad se encuentra en el artículo publicado en 1890 *The Right to Privacy* por los abogados Samuel Warren y Louis Brandeis, donde establecen las bases técnico-jurídicas de la noción de *privacy*, entendiendo por tal, un derecho a la soledad, como la garantía de los individuos frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica<sup>137</sup>.

El derecho es reconocido judicialmente en la sentencia *Marks vs. Joffra*, en la que defiende el derecho de cualquier individuo a que se respete su intimidad<sup>138</sup>.

Constitucionalmente el derecho a la intimidad está vinculado con la dignidad de la persona. El artículo 10.1 de nuestra Constitución prevé *“la dignidad humana, 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 de la paz social”*. La dignidad del ser humano constituye uno de esos derechos inviolables que son inherentes a la persona, y así se recoge en la Sección primera del Capítulo Segundo artículo 18.1 de nuestra Constitución, destinada a aquellos derechos que gozan de una mayor protección constitucional, *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Junto a la intimidad existen conceptos afines que conviene delimitar; Lo privado o la privacidad hacen referencia a aquello no público, aquello que puede ser gestionado libremente por la persona sin interferencia de los otros.

La intimidad abarca el conjunto de sentimientos y pensamientos que cada ser humano guarda en su interior, alude a la interioridad de la persona, pudiendo ser variable histórica e individualmente. Hoy se considera la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones que conciernen a cada persona<sup>139</sup>.

Por confidencial podemos entender aquello que es reservado y secreto, lo que se comparte, se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca de que no será revelado. Se basa en la confianza y en el respeto mutuo, siendo la base del secreto profesional.

Por último, el secreto profesional es la obligación de guardar los datos y confidencias que el profesional recibe de sus pacientes, e incluye todo aquello que haya sido visto, oído, deducido o intuido en el transcurso de la relación profesional.

---

<sup>137</sup>PEREZ LUÑO, A.E. (2004) *“Bioética e intimidad. La tutela de los datos personales biomédicos”*, *Revista Aldaba* N°32, pags. 31-63.

<sup>138</sup>REBOLLO DELGADO, L. (2008) GOMEZ SANCHEZ, Y.: *Biomedicina y Protección de Datos*, Dykinson, Madrid p. 24.

<sup>139</sup>PEREZ LUÑO, A.E. *“Bioética e intimidad.....”*, *Op. Cit.* pags. 31 y ss.

El derecho fundamental de la intimidad al ámbito sanitario, según la doctrina mayoritaria incluye, la confidencialidad de los registros sanitarios, el secreto profesional o la seguridad de la identidad del paciente en publicaciones<sup>140</sup>.

Desde un punto de vista corporal podemos encontrar dos ámbitos: la intimidad “física” dentro del ámbito sanitario y las intervenciones corporales que también pudieran afectar a la intimidad personal del individuo.

Respecto de la intimidad física, la inevitabilidad del compartir habitación en un ingreso hospitalario; la propia asistencia médica que exige en ocasiones desvelar aspectos de la intimidad corporal reservados para las relaciones de confianza, determina que los pacientes vean comprometida su intimidad<sup>141</sup>.

Por lo que respecta a las intervenciones corporales. Por intervenciones corporales podemos entender “*todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él*”<sup>142</sup>.

Estas intervenciones engloban actuaciones diversas como son los análisis de sangre para la obtención del ADN, los cacheos policiales, la práctica de una prueba de alcoholemia, la toma de huellas dactilares, la obtención de pelos o la práctica de registros anales o vaginales<sup>143</sup>. Además son susceptibles de ser sometidos a su realización, no solo la persona o personas sobre las que existen indicios razonables de participación en el hecho delictivo que se investiga, sino terceros como la propia víctima, cuando fuera necesario para la acreditación de los hechos. Frecuentemente afectan derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad deambulatoria, el derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable e inevitablemente el derecho a la intimidad personal que pueden ser vulnerados aunque “lícitamente” y que normalmente practican profesionales sanitarios.

---

<sup>140</sup>PARDO LOPEZ, M. M. (2007) “Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Número 25, pags. 181-214.

<sup>141</sup>LOPEZ ESPUELA et al. (2010) “La intimidad de los pacientes percibida por los profesionales de enfermería”, *Nure Investigación*, nº 46, Mayo-Junio, pags. 1-14.

<sup>142</sup>GONZALEZ-CUELLAR, N. (1990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, p. 290.

<sup>143</sup>SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. (1997) “Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº Extra 10, pags. 121-160.

El Tribunal Constitucional en sentencia nº 207/1996, en su FJ 2a) y b), ha diferenciado entre inspecciones y registros corporales por una parte, y las intervenciones corporales son otras. Las primeras son *“aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física (...) pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad”*. Por su parte, las intervenciones corporales consisten *“en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos e internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.) con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado; el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”*. Luego el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es identificable con una realidad concreta del cuerpo humano, sino que se trata de un concepto cultural, que se delimita en nuestra sociedad en el recato y en el pudor personal, independientemente de las partes del cuerpo sobre las que se realizan las indagaciones<sup>144</sup>.

Otro aspecto del derecho fundamental de la intimidad en el ámbito sanitario es la confidencialidad de los datos de salud, en mayor medida vinculado con el denominado secreto profesional. La preocupación sobre la divulgación de estos datos se ha agravado como consecuencia del inmenso depósito y utilización de datos personales por parte de diferentes instituciones, el desarrollo de los sistemas informáticos (historias clínicas digitalizadas, registros sanitarios, bases de datos, etc.) que determinado la necesidad de adaptación a las nuevas situaciones.

Partiendo del paradigma de la ética profesional de qué la relación médico-paciente está basada en la confianza mutua. El secreto se contemplaba como un deber del profesional, por lo que es este el que debe decidir qué cosas pueden decirse y cuáles no. El Juramento Hipocrático, lo señala: *“Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré, teniéndolo por secreto.”*<sup>145</sup>

Sin embargo, a partir del siglo XVIII el secreto comenzó a verse como un derecho del ciudadano y no como un deber del profesional y, se produjo un

---

<sup>144</sup>REBOLLO DELGADO, L., GOMEZ SANCHEZ, Y. *Biomedicina y Protección de Datos.....Op. Cit.*, p. 83.

<sup>145</sup>LARA NAVA, M. D. (1983) *“Juramento”*, en *Tratados Hipocráticos*, Editorial Gredos, Madrid. p. 71.

acercamiento entre la Medicina y el Derecho con un proceso progresivo de judicialización de la medicina, que contribuyeron a una mejor configuración de la teoría del secreto profesional en el ámbito médico y de sus excepciones<sup>146</sup>.

Dentro de los datos a proteger conviene delimitar bien los distintos conceptos.

Datos sensibles son aquellos elementos informativos de carácter personal que conllevan en sí mismos un riesgo innato, por afectar a aspectos de nuestra vida o conducta especialmente importantes (raza, vida sexual, ideología o el estado de salud).

En este sentido, los datos relativos a la salud son sensibles y engloban *“las informaciones que se refieren a la salud pasada, presente o futura, en personas sanas o enfermas, con enfermedades de carácter físico o psicológico, y que incluye la adicción al alcohol o a las drogas. También forma parte de los datos sobre la salud la información de datos genéticos”*<sup>147</sup>. Los datos biosanitarios, son datos en principio sensibles, pero existe otro conjunto indefinido de datos biosanitarios que pueden no serlo. Lo importante es la protección de la que gozan dichos datos de salud sensibles, que son los que se encuentran amparados por el denominado secreto profesional.

En España, a partir de la década de los años setenta la protección de los datos médicos se hace patente. Junto con el artículo 18.1 de la Constitución que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el artículo 20.1d) alude al secreto profesional: *“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 y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”*.

El desarrollo legal de dicha previsión constitucional, ha sido realizado mediante la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que en su artículo 7.4 prevé que *“tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: (...) 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”*.

Por su parte, la Ley General de Sanidad protege la intimidad como derecho del enfermo en su artículo 10.1 y 3, así como la *“confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso, con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”*.

---

<sup>146</sup>GRACIA GUILLEN, D. *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética...*, Op. Cit., p. 307.

<sup>147</sup>APDCMA. (2004) *Guía de protección de datos personales para servicios sanitarios públicos*, Thomson-Cívitas, Madrid, p. 69.

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal considera los datos de la salud como *“especialmente protegidos”* incluyéndola en la *“información sensible”* junto con el origen racial y la vida sexual. Por lo que, de conformidad con su artículo 7.3 no podrán comunicarse a nadie, salvo por imperativo legal o por decisión del interesado. También *“quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”*. No obstante, quedarán excluidos los ficheros médicos cuando *“dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”*.

El Código Deontológico de la Enfermería Española y el Código de Ética y Deontología Médica, recoge el deber de sigilo por parte del profesional sanitario.

Por su parte, la Ley 41/2002 en su artículo 7 que dedica al *“Derecho a la intimidad”* propugna *“el derecho de toda persona a que se le respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”*. Asimismo prevé que *“los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”*. El código penal regula el delito de descubrimiento y revelación de secretos del profesional en su artículo 199 que dispone *“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de una a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”*

No obstante, este deber de secreto médico debe ceder en caso de conflicto con otros derechos fundamentales. La derogada Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal era muy restrictiva al respecto al exigir que *“los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”*. Para solventar los problemas que planteaban la investigación científica, la vigente Ley Orgánica 15/1999 prevé en su artículo 4.2 *“los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos”*.

No obstante, el derecho a la intimidad del paciente no puede concebirse como un derecho de carácter absoluto, sino en ocasiones deberá ceder en virtud de limitaciones legales.

Con carácter general, las causas que eventualmente pueden justificar la violación del deber de secreto son por un lado el estado de necesidad (para evitar un daño propio o ajeno) y por otro, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (Arts. 20.5 y 20.7 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal). Como serían el caso de la denuncia de la comisión de delitos y de posibles situaciones de riesgo del profesional. Un supuesto diferente es el de una posible revelación de datos a familiares o a terceras personas para alertar de determinadas situaciones de riesgo, como el contagio de enfermedades transmisibles. Esta posibilidad eventual de quebrar el deber de reserva o sigilo debe observarse con criterios de proporcionalidad y de no extralimitación: el reconocimiento de este deber del profesional no puede suponer una autorización en blanco para revelar cualquier dato del paciente, sino tan solo aquellos que sean estrictamente necesarios para evitar la situación de riesgo. En todo caso, la solución en estos aspectos resulta en ocasiones sumamente controvertida<sup>148</sup>.

Otros supuesto son los casos en que la revelación de los datos que el profesional hubiera llegado a conocer con ocasión del ejercicio de su actividad estuviera motivada por la necesidad de defenderse en un proceso, pero en todo caso habrá de tenerse en cuenta para tomar una decisión los criterios de proporcionalidad en la revelación y de no extralimitación.

#### **5.4.- Derecho al consentimiento informado**

A lo largo de la Historia, se han ido configurando los elementos definatorios del Consentimiento Informado en su concepción actual: la información al paciente y el derecho del mismo a tomar parte en las decisiones que le afectan.

Según ROMEO CASABONA<sup>149</sup>, el origen del consentimiento informado, se encuentra en las diferentes circunstancias que propiciaron su aparición. A partir del Código de Núremberg, se produce un mayor reconocimiento y tutela a los derechos de los ciudadanos en general y de los pacientes en particular.

En Europa a finales del siglo XIX, se suscita un debate público sobre la ética en la experimentación humana con pacientes, con la introducción de la metodología experimental en medicina, los avances científicos y tecnológicos, determinaron un

---

<sup>148</sup>BELTRAN AGUIRRE, J. L. (2009) "Tratamiento de datos de salud en la prestación de servicios sociales", *Derecho y Salud*, Volumen 18, Número 1, Enero-Junio, p. 14

<sup>149</sup>ROMEO CASABONA, C.M. (1992), "Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español", en *Jornadas sobre derechos de los pacientes 1990*, INSALUD, Madrid, pags. 171 y ss.

enfrentamiento entre pacientes y médicos como consecuencia de los problemas éticos que dichos avances planteaban<sup>150</sup>.

En Europa las “*Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre*”, vieron la luz en Alemania en 1.931, permitían las experimentaciones de tipo terapéutico en los pacientes sin el consentimiento de los mismos, y prohibía la experimentación en menores de 18 años y moribundos, al considerar que no estaban capacitados para otorgar dicho consentimiento por falta de capacidad para ello.<sup>151</sup>

En el Reino Unido, el *Medical Research Council*, (publicaba en 1.948, los resultados del primer ensayo clínico en humanos) y la aprobación del Código de Nuremberg; van a marcar el inicio de la ética y su relación con el mundo de la investigación clínica en humanos.<sup>152</sup>

No obstante no es hasta finales del siglo XIX cuando se puede establecer un cuerpo doctrinal en Alemania definidor de una Teoría sobre el consentimiento informado desde un punto de vista jurídico-médico<sup>153</sup>.

En EEUU, en la ciudad de Nueva York, se realizó la primera convención médica para elaborar un documento sistemático que regulara los contenidos deontológicos de la profesión. De dicha convención resulto el primer Código de ética de 1847, dicho código estaba influido por el “*Medical Ethics*”, de Thomas Percival (código profesional normativo de la sociedad médica de Nueva Jersey de 1766), de Samuel Bard; la obra de Benjamín Ruch y de John Gregory<sup>154</sup>.

La institución de cartas de derechos de los pacientes y las declaraciones de derechos de los pacientes, en los países de nuestro entorno, entre otras la Declaración de los Derechos del Paciente presentada por la Asociación Americana de Hospitales en 1.972, determinaron el reconocimiento de este derecho (aunque en un primer momento fueran meras declaraciones de principios) y son el germen del derecho a la libre autodeterminación del paciente

Como antecedentes del consentimiento informado, podemos citar<sup>155</sup>:

---

<sup>150</sup>VIDAL y BENITO, M.C. (2015), “*Acerca de la buena comunicación en medicina*” Capítulo I, *Modelos de relación médico paciente*. [http://www.intramed.net/sitios/librovirtual6/pdf/06\\_01.pdf](http://www.intramed.net/sitios/librovirtual6/pdf/06_01.pdf)

<sup>151</sup>GALAN CORTES, J.C. (1999). *La responsabilidad médica y el consentimiento informado*. *Rev. Médica*, Vol. 15(1), Uruguay. pags.5-12.

<sup>152</sup>SIMON LORDA, P., & GUTIERREZ, J. J. (2001). *Consentimiento informado Medicina Clínica*, 117(3), Pags. 99-106.

<sup>153</sup>*Ibidem*. pags. 99-106.

<sup>154</sup>REYNAL REILLO, E. (2017) *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p.24

<sup>155</sup>SIMON LORDA, P. (2000), *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela, p. 81



-La sentencia de 1.767 referente al caso “*Slater versus Baker & Stapleton*”, que de forma marginal, hacía referencia a la obligación del médico de informar al paciente.

-La Declaración de Filadelfia de 1.944 en la que se establece el derecho de las personas a disponer de su vida, de su libertad y de la propiedad.

-El contenido en “*Ética Médica*” de Thomas Percival en la que dice:”...*el médico debe informar periódicamente de las manifestaciones peligrosas de la enfermedad a los amigos del paciente. No debe exagerar ni minimizar la gravedad de la condición del paciente. Debe asegurarse personalmente de que el paciente o sus allegados tengan el conocimiento del estado del enfermo que sea necesario para proteger los mejores intereses del paciente y de la familia*”.

Pese a dichos antecedentes, la cultura médica de la época era, esencialmente, paternalista y la relación médico-paciente de tipo vertical; el médico disponía lo que era beneficioso o no para el paciente. La posibilidad de que el paciente decidiera era impensable, únicamente se le oía en las intervenciones quirúrgicas, que entrañaban mayor peligro, como mecanismo del médico de compartir/eludir su responsabilidad.

Según BEAUCHAMP y McCULLOUGH,<sup>156</sup> en Estados Unidos la implantación del consentimiento informado se ha desarrollado en tres periodos; las sentencias emitidas en cada uno de ellos, marcaron un hito en la configuración y desarrollo del consentimiento informado. Estos periodos son:

-El primer periodo, de 1.913 a 1.957, está caracterizado por la preocupación de comprobar si el paciente había o no dado su autorización incluyendo alguna descripción general de la intervención a que iba a ser expuesto<sup>157</sup>.

-En el segundo periodo, de 1.957 a 1.972, la preocupación estaba dirigida a un especial énfasis en la cualidad de la información facilitada al paciente<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup>BEAUCHAMP, T. L., & McCULLOUGH, L. B. (1987). *Ética médica: .....Op. Cit. pags 72-76.*

<sup>157</sup>Los casos *Mohr versus Williams* [(1.905), la sentencia condena a un medico por no haber pedido el consentimiento de su paciente en una operación de oído]; en el caso *Pratt versus Davis*, [(1906) el Tribunal Superior de Illinois, dicta una de las primeras resoluciones sobre consentimiento informado, para caso de urgencia extrema y casos en que el paciente, libre e intelectualmente capacitado, deja al medico la toma de decisiones sobre su salud]; el caso *Rolater versus Strain*, [(1913) se condena a un facultativo por no atender las instrucciones de su paciente que establecían unos límites en la intervención quirúrgica]; La resolución del caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, (1914), en el cual el juez Cardozo afirmaba que “todo ser humano adulto y capaz tiene el derecho de determinar qué cosa se va a hacer con su cuerpo; un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento del paciente comete una violencia a la persona”. [ FADEN RUTH, R., BEAUCHAMP TOM, L. *A History and Theory of Informed Consent....., Op. Cit. p. 123*].

<sup>158</sup>El caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University of Trustees*, cuya sentencia promulgó el Tribunal Supremo del Estado de California en 1957, se utilizó por primera vez el término “Consentimiento Informado”, expresión que enuncia el derecho de los pacientes a recibir información acerca de los procedimientos médicos a los que van a ser sometidos y a decidir libre y voluntariamente si desean o no

-El tercero, a partir de 1.972, en la que la obligación solo estaba referida a informar sobre las cuestiones que, de forma rutinaria se hacían sobre los riesgos.

Para GALAN CORTES<sup>159</sup>, podemos diferenciar cuatro etapas en la constitución del consentimiento informado:

La primera, conocida como de *consentimiento voluntario*.

Supone una reacción frente a los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y los campos de concentración nazis realizados en el Código de investigaciones de Nuremberg; el consentimiento se torna indispensable.” *Esto supone que la persona involucrada debe tener capacidad legal de dar el consentimiento, debe estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección, sin la intervención de ningún elemento de presión, fraude, engaño, coacción o compulsión*”<sup>160</sup>.

La segunda etapa o de *consentimiento informado* propiamente dicho, nace a partir del caso “*Salgo versus Lelan Tranford Jr. University Borrad o Trastees*”. Establece la necesidad de que el consentimiento sea informado, con expresión total de los datos aunque puedan exponerlos al paciente, con alguna reserva<sup>161</sup>.

Como casos significativos en esta etapa podemos citar los casos “*Natansson versus Kline*” (1.960) y “*Berkey versus Anderson*” (1.962) en cuya sentencia se dice: “*La obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede ser no valido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa*”.<sup>162</sup>

La tercera etapa se situaría entre los años 1.975 y 1.989, donde se produce un substancial debate ético en la comunidad científica sobre la dimensión moral y la responsabilidad referida a su ámbito de actuación.

Subrayar en esta etapa el caso “*Truman versus Thomas*” (1.980), cuya sentencia condenatoria por negligencia profesional, (por *malpractice*), por no cumplir con la obligación de informar de los riesgos, en concreto por no haber informado correctamente de los riesgos que corría una paciente al negarse a que se realizara una citología vaginal periódica<sup>163</sup>.

---

someterse a ellos. [SIMON LORDA P. (1996) Apunte histórico sobre el desarrollo de la Bioética, en “*Documentos semFyC*”, n. 7, pags. 15-24].

<sup>159</sup>GALAN CORTES, J. C. (2001). *La responsabilidad médica*.....Op. Cit. pags.26, 27, 167.

<sup>160</sup>COUCEIRO VIDALI, A. (1991), *La información al paciente*, Jano, Vol. XLI, p.81.

<sup>161</sup>GALAN CORTES, J. C. (2001). *La responsabilidad médica*...Op. Cit.p.167.

<sup>162</sup>GALAN CORTES, J. C. (1999). *La responsabilidad médica*.....,Op. Cit, pags. 5-12

<sup>163</sup>SIMON LORDA, P. & GUTIERREZ, J. J. (2001). *Consentimiento informado*.....Op. Cit. pags. 99-106.

Por último, la etapa conocida como *del consentimiento autentico*, que considera la decisión del paciente de acuerdo con su sistema de valores. En esta etapa podemos citar, la sentencia del Juez Hooft de Argentina, que apoyo la decisión de un paciente de no permitir la amputación de sus piernas<sup>164</sup>.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, tanto en EE.UU. como en Alemania o Francia se extendieron los litigios por vulneración del derecho al consentimiento informado.

En este contexto, el “*Manuel de ética del Colegio de Médicos Americano*” establece en 1.984, las bases sobre las que se asienta el consentimiento informado: “...consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente”.<sup>165</sup>

En España, las primeras manifestaciones normativas del consentimiento informado serian las siguientes<sup>166</sup>:

-Ley de 28 de noviembre de 1855 que constituye la Dirección General de Sanidad.

-Real decreto del 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad.

-La Ley de bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

-El Real Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre bases de la seguridad social.

-La Orden de 7 de julio de 1972, que aprueba el Reglamento General para el Régimen Gobierno y Servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional nº 3 de Mar de Plata de 18 de septiembre de 1995.

<sup>165</sup>SIMON LORDA, P., y CONCHEIRO CARRO, L. (1993), *El consentimiento informado: teoría y práctica (I)*, Medicina Clínica, num.100, pags. 659-663

<sup>166</sup>REYNAL REILLO, E. (2017). *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario.....*,Op. Cit, pags. 39-45

<sup>167</sup>El Reglamento General, recogía en su art. 148.4 el derecho de los enfermos a autorizar, bien directamente, bien a través de sus familiares, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones que implicaran un riesgo previsible, así como su derecho a ser advertidos de su estado de gravedad. Si bien dicha previsión era aplicable sólo en la seguridad social y no en la medicina privada.[RODRIGUEZ LOPEZ, P. (2004), *La autonomía del paciente, Información,.....*,Op. Cit, p.68; PEMAN GAVÍN, J.

-El Real Decreto 2082/1978, de 15 de agosto.

-La Constitución Española en su artículo 1.1, que proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, y propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Dicha norma constitucional no contiene como tal un Derecho a la autonomía y al consentimiento informado sino un conjunto de derechos que fundamentan la autonomía del paciente<sup>168</sup> así reconoce, en su Preámbulo, señala *“la Nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...”*. El art. 1.1 CE se refiere a la libertad, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. El art. 9 CE<sup>169</sup>, contiene un mandato referido tanto a los poderes públicos como a los propios ciudadanos. El art. 10.1 CE que prevé *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*, así mismo, el art. 53.1 y 2 CE<sup>170</sup>, que permite a los ciudadanos la posibilidad de recabar la tutela en la forma que tal precepto establece. El artículo 15 que proclama el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la protección de la salud del artículo 43. A lo largo de nuestra Constitución aparece una constante proclamación de la libertad y de la autonomía de la persona.

-La Ley 26/84, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

-La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que reconoce el derecho a la salud a todos los españoles y extranjeros con residencia legal en el territorio nacional y crea el sistema nacional de salud.

---

(1994), *“Hacia un estatuto del enfermo hospitalario”*, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 103 (enero-abril), p. 90].

<sup>168</sup>SEOANE, J.A. (2015), *“las autonomías del paciente”*.....Op. Cit, pags. 35/50.

<sup>169</sup>Artículo 9 CE” 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social...”

<sup>170</sup>Artículo 53 CE“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30...”

-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.

Los acuerdos internacionales sobre estas materias ratificadas por España, a que se refiere el art. 10.2 de nuestra constitución y relativas al tiempo de implantación del consentimiento informado en España son:

-La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (Arts. 12, 18 y 29.2).

-El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de Roma de 10 de diciembre de 1950 (en su art. 8.2).

-La Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, como resultado de unas Jornadas Europeas sobre los derechos de los pacientes, celebrada en Ámsterdam en marzo de 1.994.

-El CEDHB, conocido como Convenio de Oviedo, el 4 de abril de 1.997, eclipsa la anterior declaración y otras de derechos de los pacientes.

## **6.- LEY 41/2.002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BASICA REGULADORA DE LA DE AUTONOMIA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACION Y DOCUMENTACION CLINICA, PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN**

La LAPac 41/2002<sup>171</sup>, consagra derechos emergentes de los pacientes en cuanto supone la base en que se fundamentan las relaciones clínico-asistenciales<sup>172</sup>.

El antecedente normativo de la LAPac lo constituye la LGS promulgada en el año 1.986, que ya preveía principios generales esenciales en el ámbito de los derechos de los pacientes, que han sido consagrados y regulados de modo más exhaustivo con este nuevo instrumento legal, la LAPac. Siendo así mismo precedente de esta Ley, el CEDHB, conocido como convenio de Oviedo, que versa sobre los derechos humanos y la biomedicina, del año 1.997 vigente en España desde enero del año 2.000, cuyas previsiones en materia de derechos de los pacientes se recogen, regulan y se desarrollan en la LAPac.

Aun habiéndose dictado normas autonómicas sobre esta materia, dado el carácter de legislación básica que tiene la ley estatal, las disposiciones autonómicas que pudieran

---

<sup>171</sup>LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002.

<sup>172</sup>V. Preámbulo del texto legal donde se citan, la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 y la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa.

contradecir los preceptos de la misma quedan sin efecto tras la entrada en vigor de esta ley estatal.

Los principios generales que informan la vigente Ley son:

1º.- *Ámbito de aplicación en toda España.* La LAPac 41/2002 tiene un ámbito de aplicación general, que comprende todo el territorio español y abarca a los pacientes y usuarios, profesionales y centros sanitarios. La Ley tiene la condición de básica y por lo tanto es de aplicación para las Comunidades Autónomas desde su entrada en vigor (en mayo de 2003).

La Ley garantiza a los pacientes y usuarios con necesidades especiales, asociadas con la discapacidad, sus derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica, y ello mediante el dictado de normas estatales y de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias<sup>173</sup>. El régimen sancionador de la LGS, previsto en el capítulo VI de su título I, es plenamente aplicable en casos de incumplimiento de sus previsiones, sin perjuicio de que pueda darse responsabilidad profesional o estatutaria de los facultativos, de los centros, médicos pacientes, y hasta responsabilidad penal de quienes a título personal infrinjan estas normas<sup>174</sup>.

2º.- *Respeto a los derechos fundamentales de intimidad y dignidad del ser humano.* La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2.000<sup>175</sup>, proclama la inviolabilidad de la dignidad humana, la obligación de respetarla y protegerla, así como el derecho de toda persona a la libertad y al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

El CEDHB, señala como primer objetivo de la norma la protección al ser humano en su dignidad<sup>176</sup>, cuyo interés y bienestar debe primar sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Asimismo, prevé como norma general que cualquier intervención en el ámbito de la sanidad requerirá inexcusablemente que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, y ello al considerar que toda persona tiene derecho a su intimidad, cuando se trate de informaciones relativas a su salud.

---

<sup>173</sup> Disposición adicional cuarta de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm 274), del 15 de noviembre de 2.002.

<sup>174</sup> Disposición Adicional sexta de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002, en cuanto a la responsabilidad de la Ley General de Sanidad, la ley básica se remite al régimen sancionador previsto en el Capítulo VI del Título I de la citada ley.

<sup>175</sup> Creada en Niza el 7 de diciembre de 2.000, publicada en (DOCE de 18 de diciembre de 2.000).

<sup>176</sup> El Art.1 del CEDHB de Oviedo prevé, “las partes en el presente convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.

El derecho a la personalidad, dignidad humana e intimidad son reconocidos explícitamente en la Ley General de Sanidad en su artículo 10.1, y derivan de los principios generales contenidos en la Constitución Española de 1.978<sup>177</sup>.

3º.- Deber de consentimiento informado. Establecen el CEDHB y la LAPac 41/2002 que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, siendo presupuesto del mismo la información adecuada<sup>178</sup>.

Como precedentes del consentimiento informado en España encontramos, el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de 1.972, que establecía que los enfermos asistidos tenían derecho a autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible, así como de ser advertidos de su estado de gravedad<sup>179</sup>.

Posteriormente el Real Decreto de 1.978<sup>180</sup>, recogía en su anexo una serie de garantías para los usuarios de los Centros Hospitalarios, que constituían una verdadera Carta de Derechos del Paciente, por su naturaleza jurídica y fuerza obligatoria.

Así mismo, el Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud del año 1.984, dio a conocer la Carta de los Derechos y Deberes del Paciente, en la que se incluía expresamente el derecho a recibir información completa de todo lo relacionado con el proceso asistencial<sup>181</sup>.

En la Constitución Española de 1.978 el consentimiento informado se enmarca en el derecho a la autonomía o autodeterminación personal y, encuentra directamente su fundamento en la dignidad y en la libertad de la persona. En este sentido el Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a la vida y a la integridad física y moral puede resultar afectado cuando se impone a una persona asistencia médica contra su voluntad<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup>Artículo 10.1 CE, prevé "1. 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 de la paz social".

<sup>178</sup>V. art. 2.2 de la LAPac y art. 5 del CEDHB de Oviedo.

<sup>179</sup>Aprobado por Orden de 7 de julio de 1.972 (V. art. 148.4).

<sup>180</sup>Real Decreto 2082/1.978, de 25 de agosto, que posteriormente fue declarado nulo por el T.S.

<sup>181</sup>El punto 4 de la Carta decía: "El paciente tiene derecho a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, de todo lo relacionado con su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos, que será facilitada en un lenguaje comprensible. En caso de que el paciente no quiera o no pueda recibir manifiestamente dicha información, esta deberá proporcionarse a los familiares o personas legalmente responsables."

<sup>182</sup>Sentencia del T.C. 120/1990, de 27 de junio, que resolvió un caso de autorización de asistencia médica a reclusos en huelga de hambre.

Así mismo, el art 43 de la vigente Constitución española<sup>183</sup> dispone los derechos y deberes fundamentales de todos a propósito del derecho a la protección de la salud. Como desarrollo de esta norma fundamental se dictó la Ley General de Sanidad, primera ley en sentido estricto de nuestra historia que venía a regular los derechos y deberes de los usuarios<sup>184</sup>. En la misma se recogieron una serie de preceptos sobre la obligación de los poderes públicos de informar de sus derechos y deberes a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público o vinculados a él, como el derecho a recibir de forma comprensible información completa, verbal y escrita por parte de los interesados, familiares o allegados incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

4º.- Autonomía de la voluntad. La LAPac 41/2002 en su exposición de motivos fija como uno de los objetivos el reforzar y dar un trato especial al derecho de autonomía del paciente. A tal fin, realiza una regulación exhaustiva de todo lo concerniente al consentimiento informado, e instrucciones previas, como exponente principal del principio de autonomía.

La LAPac 41/2002 recoge dicho principio cuando señala en el artículo 2.3 *“que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”*<sup>185</sup>. Siendo necesario para la emisión de un consentimiento libre la adecuada adaptación de la información a un lenguaje comprensible a las circunstancias concretas de cada paciente, este modelo es el que impera en nuestros días y así lo impone la LAPac 41/2002 en su artículo 2.6<sup>186</sup>.

No obstante, dada la complejidad de la relación médico paciente pueden surgir situaciones en las que el principio de autonomía deba ser ponderado junto a otros principios, como la experiencia terapéutica, la investigación con seres humanos, la eutanasia, en los que la normativa que regula dichas cuestiones limita la capacidad de decisión<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup>Artículo 43 CE “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

<sup>184</sup>Art.9 de la LGS.

<sup>185</sup>Art. 2.3 de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002. Su antecedente inmediato es el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, de 1986, que preveía el derecho a la libre elección en su caso entre las opciones que presentara el médico responsable.

<sup>186</sup>Art.2.6. de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002. “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”.

<sup>187</sup>El CEDHB de Oviedo prohíbe experimentos con personas, salvo casos excepcionales, previo consentimiento del afectado, consentimiento que exige requisitos adicionales como, dictámenes y aprobación administrativa etc.



Asimismo el artículo 2.4 de la LAPac establece que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, salvo los casos determinados en la ley, debiendo constar su negativa por escrito. Por lo tanto, la norma general es la voluntariedad en los tratamientos sanitarios, y excepcionalmente podrán establecerse tratamientos obligatorios para proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro por razones sanitarias, de urgencia o necesidad<sup>188</sup>.

5º.- Deber de colaboración del paciente. La LAPac 41/2002 prevé el deber del paciente o usuario de aportación de datos cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria: investigación, colaboración con autoridades judiciales o administrativas, planificación de políticas sanitarias, defensa de la salud de la población<sup>189</sup>.

6º.- Deber de secreto profesional. La LGS, reconoce el derecho de los pacientes a la confidencialidad de la información relacionada con los mismos, y afecta no solo al profesional médico, sino a cualquier otro profesional del ámbito sanitario. La LAPac 41/2002 establece en su artículo 2.7 que *“ toda persona que elabore o tenga acceso a la información y documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida ”*<sup>190</sup>.

Dicha reserva es exigible en los profesionales médicos y enfermeros, debido al secreto profesional, y la protege la propia Constitución de 1.978 en su artículo 24.2, cuando establece *“ la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos ”*<sup>191</sup>.

Dicho precepto ha sido objeto de desarrollo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha establecido una conexión entre el derecho a la intimidad personal y familiar y el secreto profesional en el sentido de que con el secreto no solo se protege el ámbito de reserva del ejercicio de la actividad profesional, sino también la personalidad garantizada por la Constitución para todos los ciudadanos<sup>192</sup>. Doctrina no pacífica, dado que el propio Tribunal Supremo tiene manifestado que el secreto médico es una modalidad del secreto profesional, no un derecho fundamental en sí mismo<sup>193</sup>.

7º.- Deber de información y documentación clínica del profesional sanitario. El proceso de facilitar la información por parte del responsable, su contenido, excepciones y demás

---

<sup>188</sup> Art. 1 y 2 de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, publicada en BOE (núm. 102) de 29 de abril de 1986.

<sup>189</sup> Art. 2.5 de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002. *“ 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 ”*.

<sup>190</sup> Art. 2.7 de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002.

<sup>191</sup> Art. 24.2 de la CE.

<sup>192</sup> STC nº 115/2000, de 10 de mayo (sala segunda) y Auto del Tribunal Constitucional 600/1989 de 11 de diciembre.

<sup>193</sup> STS (Sala Tercera) de 22 de julio de 1991.

aspectos de la información clínica, constituye un proceso verbal de naturaleza subjetiva, tomando en consideración las circunstancias de cada paciente. En este sentido la sala de lo civil del Tribunal Supremo vienen considerando habitualmente la obligación de información al paciente como elemento esencial de la “Lex Artis” cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad jurídica<sup>194</sup>.

Siendo la inobservancia de la “Lex Artis” en el ámbito penal interpretada más restrictivamente según la doctrina mayoritaria, ya que el simple defecto de información no origina como regla general la imprudencia penal, que si se daría cuando la falta de información constituya una absoluta falta de consentimiento. Luego, como regla general los defectos de información pueden dar origen a una responsabilidad civil, pero no siempre a una responsabilidad penal<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup>ROMEIO CASABONA, C. M. (Coordinador) (2000) *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. pags. 1.990-1.999

<sup>195</sup>DELGADO GARCIA, J. (1998) *La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales. Aspectos penales*. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Fund. Mapfre Medicina, pags. 165-166.

## CAPITULO II. EL DERECHO DE INFORMACION AL PACIENTE.

### 1.-INTRODUCCION

En los últimos años, la relación médico-paciente, ha superado el modelo paternalista, en pro de un modelo informativo, fundado en el principio de autonomía. Toda persona como derivación del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la constitución tiene derecho al conocimiento de su información clínica, definida por la LAPac., en su artículo 3 como “*todo dato cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla*”.

La exigencia de información al paciente, fomenta la idea de autonomía individual de la persona y estimula la toma de decisiones propias de modo racional ayudando al paciente en el proceso de toma de decisiones debiendo entenderse que el proceso de información no es una concesión del médico sino un verdadero derecho del paciente.

El derecho del enfermo a recibir información sanitaria sobre su enfermedad y alternativas de tratamiento, se ha desarrollado en el presente siglo, tomando como referencia principal el derecho anglosajón. Supone una ramificación del derecho básico constitucional a la dignidad humana, ya que, el paciente pasa a ser dueño de su propio destino, libre de escoger como y hasta donde quiere ser tratado.<sup>196</sup>

En la jurisprudencia española, el deber de información del médico se recoge por primera vez en una sentencia de 8 de octubre de 1963 de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, en la que expresamente se establece como requisito previo para la validez del consentimiento. El Tribunal Constitucional, considera que si se prescinde de la información previa “*se omite, en definitiva el consentimiento informado*”<sup>197</sup>, por tanto el consentimiento o es informado o no es plenamente válido.

La jurisprudencia es clara en configurar las exigencias de información como uno de los elementos integradores de la “*lex artis*” que determina, la corrección de la asistencia sanitaria y el límite entre los supuestos que deben dar lugar a la declaración de responsabilidad y aquellos otros que la excluyen,<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup>GOMEZ RIVERO, M.D.C. (2007), (1ª ed. En la misma editorial, 2003), “*La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p 82.

<sup>197</sup>En este sentido la STC 37/2011 en su FJ 6, señala “*Partimos del hecho cierto, de que no se prestó al demandante de amparo información previa sobre la intervención quirúrgica que se le debía de practicar, omitiéndose, en definitiva su consentimiento informado*”.

<sup>198</sup>En este sentido SSTS de fechas 27 de septiembre de 2011 (rec. 4149/2007), de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002; de 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003; 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008; 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008, señalan que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario .

El hecho de que la correcta información se integre en la “*lex artis*” no supone que una vez que se ha informado al paciente, el médico se exonere de responsabilidad; ya que, la información es una parte de la corrección de la asistencia que representa la “*lex artis*” pero no puede hacer recaer sobre el paciente los posibles efectos de la asistencia prestada de modo insatisfactorio desde el punto de vista de la técnica médica que representa la “*lex artis*”.

No obstante, la declaración de responsabilidad patrimonial derivada de la falta de información no siempre se genera en los casos de falta absoluta de información sino que, por la exigencia de la concurrencia de una serie de requisitos materiales y formales para la declaración de correcta información, es posible que incumplimientos parciales generen formas de responsabilidad parcial, y a mayor incumplimiento material o formal de las exigencias de información, mayor será la responsabilidad que se puede generar<sup>199</sup>.

Por tanto, no solo debe tomarse en consideración la corrección de la intervención, terapia o acto médico (su adecuación técnica a la “*lex artis*”, en cuanto a la prestación de medios y producción de resultados), sino que dicho acto además de medicamente indicado y correctamente ejecutado, se haya realizado con respeto a todos los derechos fundamentales del paciente atendiendo sobre todo a su propia toma de decisiones, a su autonomía y a su libertad<sup>200</sup>.

Lo esencial para valorar la validez y eficacia del consentimiento informado que ha de prestarse en relación a cualquier intervención médico-sanitaria, depende de forma directa de la información recibida cuya transmisión es obligación ineludible del médico responsable del paciente y por extensión del centro médico donde se realiza la intervención.<sup>201</sup>

La información a facilitar al paciente va a estar vinculada a la “naturaleza o tipo de intervención o acto médico a realizar, a aquellos resultados o efectos que se consideren seguros en su producción y por supuesto en los riesgos directos o indirectos que se puedan provocar. Y se exige una mayor y más detallada información en atención a lo dudoso del resultado de la intervención<sup>202</sup>”.

El artículo 8 de la Ley 41/2002 concreta de forma genérica cuáles son las actuaciones que precisan información y se refiere a “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente*” (en ello coincide con la definición de consentimiento informado

---

<sup>199</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2011 dictada en el recurso de casación 1918/2007.

<sup>200</sup> SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E. (2009) *Intervención Médica y Consentimiento Informado: “Algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente”*. En *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Librería-Editorial Dykinson, p.67

<sup>201</sup> *Ibidem* p.68

<sup>202</sup> *Ibidem* p.73

obran en el artículo 3 que habla de que se informará para toda “*actuación que afecte a la salud*”). La LAPac sólo excluye de la exigencia de información, y permite que los médicos actúen sin necesidad de contar con el consentimiento, en los dos casos previstos por el artículo 9.2 de la misma: Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

Desde una perspectiva internacional, el Derecho de información se recoge a través de cartas y declaraciones internacionales, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, concretada en Europa en la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, publicitada el año 1.994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud; en ella se infería la obligación impuesta al médico de informar del nombre de la enfermedad, breve descripción de la misma, sin importar la calidad de la información. Pero no es hasta el convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y de la biomedicina, donde se avanza en la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes: entre los cuales destacan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de datos relativos a la salud de las personas, y se consigue la armonización de las legislaciones de los diversos países que lo suscriben.

En nuestro ordenamiento jurídico, los primeros antecedentes del derecho de información como manifestación de la libertad de expresión aparecen en el Estatuto de Bayona (1.808), que contenía el compromiso de respetar los derechos fundamentales, entre ellos el de libertad de imprenta. No obstante, no es hasta la Constitución de 1.869 donde se garantizan las libertades individuales, al establecer que “*no podrá ser privado ningún español del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante*”.

La Constitución consagra por separado la libertad de expresión del artículo 20.1.a, y la libertad de información del artículo 20.1.d., si bien, entiende que estamos ante dos derechos fundamentales conectados, con diferentes parcelas de actuación: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de dar y recibir información.

El derecho a la información en el ámbito sanitario, dista del que se incluye en el derecho genérico a la información contenido en el artículo 20 de la Constitución y se conecta directamente con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, y de modo más genérico, con el derecho a la protección de la salud del individuo<sup>203</sup>. Esta relación entre derecho a la información y a la integridad física y moral también ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional<sup>204</sup>. Así el TC en la STC 37/2011 señala que “*la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir*

---

<sup>203</sup> JUNQUERA De ESTEFANI, R. “*La información y el consentimiento informado*” ..... , *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 34.

*o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral*”<sup>205</sup>

La 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 (en lo sucesivo LAPac), tiene como antecedentes normativos más próximos la Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril (en lo sucesivo LGS), y el convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 1997 (en lo sucesivo CEDHB). Ambas normas constituyen junto con la regulación autonómica en materia de salud, el marco común de protección de los derechos y la dignidad de las personas en materia sanitaria.

Otros referentes normativos de nuestro país que contienen referencias concretas al derecho de información se localizan en diferentes leyes en materia de sanidad, entre las que podemos mencionar las siguientes:

-La Orden de 7 de julio de 1.972, por la que se aprobó el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, de normas provisionales de gobierno y administración de los hospitales y de garantías de los usuarios, donde se recogen referencias al consentimiento informado.

-El Art. 4.a) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, señala entre los requisitos para proceder a la extracción de órganos en donante vivo<sup>206</sup> *"Que el donante... haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se haya de esperar"*. Tanto el originario RD 426/1980, de 22 de febrero, como el que derogó a éste, el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, realizaban referencias al derecho de información al donante y al receptor. En el mismo sentido el vigente Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, reitera la necesidad de informar al donante y al receptor.

-El Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud de 1.984, donde se plasmó la Primera Carta de Derechos y Deberes del Paciente, instrumento básico en el reconocimiento de sus derechos o, el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, de 1.972, estableciendo que, los enfermos asistidos podían *“autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más*

---

<sup>205</sup> En este sentido la STC 37/2011 en su FJ 7.

<sup>206</sup> GONZALEZ MORAN, L., *De la bioética al bioderecho.....*, Op. Cit., p. 290.

*allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad”.*

-La Ley General de Sanidad de 1.986, recogía una serie de preceptos relacionados con el derecho a la información en el ámbito sanitario, donde se reconocía el derecho a dar en *“términos comprensibles, al paciente y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*. En el Art. 10, apartado 5. LGS prevé: *"Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento"*.

-El Real Decreto 2.049/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y Dictámenes Preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en su art. 9 dispone *"Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse. La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro facultativo. En todo caso se garantizará a la interesada el secreto de la consulta"*.

-La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos, dispone: Art. 2 c): *"Que los donantes, y, en su caso, sus representantes sean previamente informados de las consecuencias y de los objetivos y fines a que puede servir la donación"*. Art. 4.1: *"La utilización de células, tejidos u órganos embrionarios o fetales para trasplante a personas enfermas, sólo podrá realizarse si el receptor da su consentimiento, una vez ha sido informado de sus fines, posibilidades terapéuticas y riesgos y los acepte previamente y por escrito"*.

-La Ley 25/1.990, de 20 de diciembre, del Medicamento y el Real Decreto 2236/1.993, de 17 de diciembre, que regulan la información que debe aparecer en el prospecto de los medicamentos.

-La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1.995, de 10 de noviembre de 1.995, que tiene por objeto la determinación de garantías y responsabilidades para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo recoge el derecho de información.

- 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 firmado en Oviedo el 4 de

abril de 1997 (más conocido como Convenio de Oviedo), ha derogado varios de los apartados del artículo 10 de la Ley 14/1986, entre ellos el que reconoce el derecho a la información sobre el proceso.

-El Código de Deontología Médica (aprobado por la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial en 1999) según el cual: Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que puedan comprenderla. Debe respetar la decisión del paciente de no ser informado y comunicará lo oportuno a un familiar o allegado que haya designado para tal fin. Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo significativo para el paciente, le proporcionará información suficiente a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas. Cuando el paciente no esté en condiciones de dar su consentimiento (por minoría de edad, incapacidad, urgencia de la situación y resulte imposible obtenerlo de la familia) el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

-El Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, prevé en el Art. 7.2 *"El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno. El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto"*.

-La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana Asistida (como sus precedentes, la Ley 35/1988 y la Ley 45/2003), establece: Art. 3 *"1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. 2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo. 3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y*



*servicios autorizados para su práctica*". Destaca la importancia de que dicha información se realice en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión, recayendo dicha obligación en los responsables de los equipos médicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3. En este sentido, la información efectuada a los donantes deberá practicarse en los formatos adecuados, de manera que resulte accesible y comprensible a las personas con discapacidad de conformidad con lo dispuesto en art. 5.4 de la Ley 14/2006, redactado por el apartado uno del artículo 8 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ley hace especial hincapié en la información referente a los riesgos para la mujer durante el tratamiento, el embarazo y para la descendencia que se pueden derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada en su artículo 6.2.

-La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica precisa en lo que respecta a la información para la realización de análisis genéticos y utilización de muestras biológicas, en su artículo 4.1 que el consentimiento se prestará una vez recibida la información "*adecuada*". Esto no significa que ésta deba ser "*ni exhaustiva ni completa*", sino acomodada a la capacidad comprensiva del receptor de la misma<sup>207</sup>. El artículo 4 de dicha norma prevé que la información en este caso se deberá suministrar "por escrito". Así, si bien la Ley 41/2002 había establecido como regla general que la información se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, también prevé la posibilidad y necesidad de suministrar la información por escrito estableciendo unos límites tasados en lo que respecta a la información básica: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y, finalmente, las contraindicaciones.

-Por su parte la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se muestra especialmente detallada a la hora de informar a las mujeres que deseen someterse a una interrupción voluntaria del embarazo en su artículo 17. Dicha información estribará sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir, los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. La ley es particularmente rigurosa en lo que respecta a la información en el caso de la opción de interrupción del embarazo libre (por la simple voluntad de la mujer) dentro de las primeras catorce semanas de gestación. En este caso, además de las indicaciones ya citadas, deberán recibir en un sobre cerrado información

---

<sup>207</sup>GONZALEZ MORAN, L. (2012) "*Información y consentimiento en el ámbito de los análisis clínicos y de la utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica*", en: JUNQUERA De ESTEFANI, R. y De La TORRE DIAZ, J. (editores), *Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida*, Dykinson, Madrid, p. 105.

sobre ayudas y cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales, beneficios fiscales e información relevante sobre ayudas al nacimiento; sobre los centros disponibles que puedan proporcionar información sobre anticoncepción y sexo seguro y sobre el asesoramiento antes y después de la interrupción voluntaria del embarazo. La entrega de dicha información deberá ser atestiguada mediante un documento acreditativo de la fecha de dicha entrega y la elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno. También dicha disposición normativa realiza una referencia específica para el caso de la opción de la interrupción voluntaria del embarazo si existiera el riesgo de graves anomalías fetales. En dicho supuesto, la mujer deberá recibir también información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas. La ley 2/2010 se remite a la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente en lo referente al derecho a la información asistencial y a las condiciones de la misma y añade que deberá ser clara, objetiva, comprensible, adecuada y accesible en el caso de personas con algún tipo de discapacidad.

-Actualmente la materia se regula en 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.

Tras la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, el derecho a la información, se configura como un derecho-deber, en el que se encuentran implicados dos sujetos. El obligado a informar y el titular del derecho a la información, configurando el derecho de los pacientes a la información y la exigencia del consentimiento informado como un derecho fundamental preferente, que cede ante derechos como el derecho a la vida; derecho cuya titularidad se extiende a todo ciudadano enfermo o sano, acreedor del derecho a recibir información sanitaria suficiente para adoptar medidas preventivas y normas de conducta que redunden en un mejor estado de salud.

El artículo 6 de la LAPac, señala que los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad “*cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual*”, y distingue el derecho de información al paciente, al que dedica los artículos 4 y 5, del derecho a la información de todos los ciudadanos, sean o no pacientes, y al que dedica el artículo 6.

Junto a la Ley Básica 41/2002 hay que tomar en consideración una minuciosa normativa autonómica que regula la materia;

-La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, recoge los derechos de los ciudadanos en relación con la asistencia sanitaria pública, en su artículo 6. Posteriormente la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital

anticipada de Andalucía, modifica dicho artículo para incluir la posibilidad de seguir las decisiones indicadas por el paciente en el testamento vital en caso de incapacidad.

-La Ley de Salud de Aragón 6/2002, de 15 de abril, recoge en su capítulo I el derecho a la información y en III el derecho a la autonomía del paciente, donde regula el consentimiento informado y las voluntades anticipadas.

-La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Canarias, es parecida a la andaluza, e incluye junto al consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas, el consentimiento informado en investigación con la posibilidad de negarse al tratamiento, debiendo firmar el alta voluntaria.

-La Ley 5/1997 de 6 de octubre de drogodependencia de Cantabria, reconocía el derecho de los pacientes a negarse a someterse a tratamiento, o a participar en algún estudio, requiriendo constancia escrita de su autorización.

-La Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León reconoce en su Título IV la protección de los derechos de autonomía, con la obligación de los centros sanitarios de respetar las decisiones de los individuos en libertad.

-La Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Sanidad de Castilla la Mancha, regula el derecho a decidir ante una intervención quirúrgica como el de rechazarlo y la posibilidad del derecho del paciente a no recibir información. Así mismo la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla la Mancha reconoce el derecho de autonomía del paciente para decidir sobre su cuerpo ante un proceso de enfermedad.

-La Ley 21/2000, de Cataluña sobre los derechos de información relativos a la salud, autonomía del paciente y documentación clínica, reconoce el derecho de los pacientes a recibir información asistencial y al consentimiento informado, pudiendo revocarlo cuando lo considere oportuno.

-La Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura reconoce en su artículo 11 la necesidad de ser informados de forma completa, comprensible, y exige el consentimiento previo por escrito del usuario ante cualquier intervención quirúrgica o participación en un proyecto docente o de investigación.

-La Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia, en su Título II, regula su concepto, ámbito, titulares, modo, tiempo, contenido, extensión y límites. Así mismo la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia en su artículo 8 recoge derechos vinculados a la autonomía del paciente.

-La Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de la Rioja, es la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y por tanto los artículos 6, 9 y 11 regulan la autonomía de la voluntad, el consentimiento informado y el derecho de información del paciente.

-La Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de Illes Balears, regula en su artículo 12, el derecho de autonomía del paciente y el consentimiento informado.

-La Ley 8/1997, de 26 de junio de Euskadi, en su artículo 10 establece la necesidad de recabar el consentimiento, previas las condiciones necesarias de información. Así mismo el Decreto 45/1998, de 17 de mayo del país vasco regula la materia en sus artículos 26 y 27 y el Decreto 147/2015, de 21 de julio por la que se aprueba la Declaración sobre Derechos y Deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi reconoce el derecho al consentimiento informado.

-La Ley 12/2001, de 26 de diciembre de Ordenación sanitaria de Madrid, establece en su artículo 27 como debe ser la información al paciente, sin mencionar el consentimiento escrito de la intervención quirúrgica.

-La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo de Navarra, sobre derechos a las voluntades anticipadas, a la información, y a la documentación clínica modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, reconoce en su Capítulo IV, el derecho de autonomía del paciente y su voluntad expresada en el consentimiento informado y en las voluntades anticipadas.

-La Ley 10/2014, de 29 de diciembre de la Comunidad Valenciana, que derogó la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al paciente.

-La Ley 4/1994, de 26 de julio de Salud de la Región de Murcia que en su artículo 3, regula los derechos y deberes de los usuarios de los servicios de salud, que remite a la Constitución Española, Ley General de Sanidad y el resto del ordenamiento jurídico.

## **2.- CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE INFORMACION EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE Y NORMATIVA AUTONÓMICA**

### **2.1. Elementos Objetivos**

#### **2.1.1. Concepto de información**

La LAPac 41/2.002 configura el derecho de información desde diferentes perspectivas a lo largo de su articulado; bien como elemento delimitador del ámbito de aplicación, el art. 1 individualiza la "*materia de información*", junto a la ya citada autonomía del paciente y la documentación clínica, como uno de los derechos y deberes de pacientes y profesionales; bien como un presupuesto o exigencia legal previa del

consentimiento escrito<sup>208</sup> (arts. 2.2 y 3 LAPac) y del derecho de elección de médico y de centro regulado en el art. 13 de la LAPac. (Art. 2.3 LAPac).

Así mismo, la información aparece recogida como un deber del profesional sanitario (art. 2.6 LAPac); deber del llamado "*médico responsable*" (art. 3 LAPac) y de los otros profesionales (art.4.3 LAPac); objeto de reserva profesional de las personas que elaboran o tienen acceso a la propia información (art. 2.7 LAPac) y como uno de los contenidos de la historia clínica (art. 3 LAPac).

La LAPac 41/2.002, utiliza diferentes términos a lo largo de su texto para referirse a la información, unas veces utiliza el término "*información clínica*", otras el término "*información sanitaria*". Así, el término información clínica se recoge en el art.1, encuadrado en el ámbito de aplicación de la LAPac 41/2002, que se extiende a la "*materia de información y documentación clínica*"; el art. 2.1 recoge como principio básico la dignidad, el respeto a la autonomía y a la intimidad para obtener y transmitir "*información y documentación clínica*"; el art. 2.6 habla de cumplimiento del deber de "*información y documentación clínica*"; el art. 2.7 garantiza el deber de secreto de toda persona que "*tenga acceso a la documentación e información clínica*"; el art. 4.2 define el modo de transmisión de la información "*verdadero, adecuado, comprensible*", el art.23 marca "*obligaciones señaladas en materia de información clínica*". Finalmente en la disposición adicional cuarta menciona que el Estado y las Comunidades Autónomas prevean las necesidades asociadas a la discapacidad "*en materia de información y documentación clínica*".

Por su parte, el término información sanitaria se recoge en el art. 3, que define al usuario, como "la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria"; el capítulo II, dispone "*El derecho de información sanitaria*"; en el art. 5.4 regula el llamado estado de necesidad terapéutica que supone una limitación de "*el derecho de información sanitaria*".

Junto a la información clínica, asistencial y sanitaria, también recoge la LAPac 41/2002, el derecho a la información epidemiológica en el art. 6 "*Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley*".

Ante tal pluralidad terminológica es necesario delimitar los distintos conceptos.

---

<sup>208</sup>En este sentido la STSJ País Vasco de 4 de noviembre de 2.002, donde se condena a un oftalmólogo y al Servicio Vasco de Salud por no informar del riesgo de pérdida de visión en una intervención de cataratas, FJ7

-“*La información clínica*”: desde la perspectiva científica deriva del término griego *kliniké*, es definida por CAMPOS, como, “*medicina clínica, cuidador, medios prestados al enfermo que guarda cama*”,<sup>209</sup> otros autores como BARBARA RIUDOR, dicen que es “*el que guarda cama, lo relativo al lecho*”<sup>210</sup>.

Para el legislador se concibe como “*todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla*” (art. 3 LAPac). Luego la información clínica, como dato relativo a la salud del paciente, será el elemento objetivo de la relación médico-paciente.

-La “*información asistencial*”; se recoge en los (arts. 4 y 5 LAPac) frente a la “*información epidemiológica*” regulada en el (art. 6 LAPac). Según se trate de información que afecta a la colectividad o al individuo y que implica un riesgo para la salud y de la cual deben preservarse a la colectividad y al individuo o de una información que afecta al paciente o usuario.

-La “*información epidemiológica*”, es por tanto la que afecta a los problemas sanitarios de una colectividad en la medida que implican un riesgo para la salud colectiva o individual (art. 6 LAPac). En 1974 la Asociación Epidemiológica Internacional propuso la siguiente definición: “*el estudio de los factores que determinan la frecuencia y distribución de las enfermedades en poblaciones humanas*”. El artículo 6 de la Ley 42/2.001 establece que “*los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual*”. En este aspecto, el titular del derecho a la información sobre los problemas sanitarios de la colectividad, es la sociedad en su conjunto.

Este derecho se proclama en el Artículo 6 de la LAPac 41/2002 para todos los ciudadanos cuando exista riesgo para la salud pública o su salud individual y supone un avance significativo respecto de la ley General de Sanidad.

- La “*información sanitaria*”, es la relativa a los sistemas de salud del Estado o de una Comunidad Autónoma, sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles y su forma de acceso, que constituye un deber general de las Administraciones Públicas y de los servicios sanitarios.

La LAPac 41/2002 distingue entre pacientes y usuarios. Ambos tienen reconocido en el Art. 12 de la LAPac., el derecho a recibir información sobre servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y requisitos de acceso a los mismos, el derecho a la información previa para la elección de médico y centro, siempre conforme

---

<sup>209</sup>CAMPOS, L. (1997), *Diccionario médico etimológico Esteve de anatomía humana*, ed. Prous Science, Barcelona, p. 101.

<sup>210</sup>BARBARA RIUDOR, D. (1925), *Etimologías médicas*, ed. Tipografía Católica Casals, Barcelona, p. 78.

a lo dispuesto en los servicios de salud competentes. Y en su artículo 13 recoge el derecho a la información para la elección de médico y de centro.

- La “*información terapéutica*”, se define en el Diccionari Enciclopèdic de Medicina como “*la parte de la medicina que se ocupa de los medios empleados en el tratamiento de las enfermedades y la manera de aplicarlos*”<sup>211</sup>.

La jurisprudencial, conforma conceptualmente el derecho de información como uno de los elementos integrantes de la “*lex artis*”, en este sentido, se han pronunciado las SSTS de 24 de abril de 1.995 (FJ9) y 13 de abril de 1.999 (FJ4).

Las SSTS de 2 de octubre de 1.997 y de 26 de septiembre de 2.000 precisan que se trata “de un elemento esencial de esa “*lex artis ad hoc*” o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos”.<sup>212</sup> Constituye el presupuesto del consentimiento informado cuya omisión puede determinar “*culpa sanitaria*” conforme a los arts. 1902 y 1903 CC, «...*toda vez que la información previa al paciente a cargo de los facultativos e instituciones sanitarias resulta derivación de la buena fe y la necesidad de practicarla en los tiempos clínicos correspondientes y es exigida en forma contundente por la jurisprudencia, su no práctica correcta integra omisión constitutiva de culpa sanitaria conforme a los arts. 1902 y 1903 del Código Civil y normativa constitucional (arts. 43 y 51-1 y 2),...*»<sup>213</sup>.

A tenor de la regulación legal del derecho a la información del paciente en la LAPac, podemos concluir que no solo constituye un elemento esencial del “*consentimiento informado*” sin el cual, éste no tiene razón de ser: “*el consentimiento o es informado o no es, y por tanto, no tiene ninguna validez*”<sup>214</sup>, sino que se trata de un derecho autónomo e independiente.

En la presente tesis nos centraremos en el estudio de la información asistencial como presupuesto de validez del consentimiento informado.

### **2.1.2. Contenido de la información**

El artículo 4.1 de la LAPac, indica con carácter general la información que deberá facilitarse al paciente, como mínimo, “*Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia*

---

<sup>211</sup>AAVV, *Diccionari Enciclopèdic de Medicina*, Casassas, O.(1990) (dir), Acadèmia de Ciències Mèdiques de Catalunya i Balears, Enciclopèdia Catalana, Barcelona, p. 1482.

<sup>212</sup>SSTS de 2 de octubre de 1997, FJ 1.º y 26 de septiembre de 2000, FJ 1.º.

<sup>213</sup>STS de 29 de mayo de 2003, FJ 1.º.

<sup>214</sup>GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado.....*, Op. Cit., p. 75.

*en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. “*

La información debe como regla general ser oral (dejando constancia en la historia clínica), verdadera y comunicada de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente de modo que le ayude a tomar sus decisiones libre y voluntariamente. Deberá ser suficiente, el párrafo tercero del artículo 8 de la LAPac señala respecto del consentimiento *“tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”*, de forma general prevé la exigencia de información previa al consentimiento.

La derogada LGS en el artículo 10.5, disponía que la información a los pacientes debía de ser completa y continuada, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

El Convenio de Oviedo establece como regla general en su artículo 5 que *“una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”*, es decir, tras ser informado sobre la finalidad y la naturaleza de dicha intervención y de los riesgos y consecuencias que acarrea<sup>215</sup>. Dicho Convenio también reconoce en su artículo 10 el derecho de toda persona a conocer toda la información obtenida respecto a su salud.

Así mismo, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos recoge en su artículo 6 el derecho a la información en el ámbito sanitario de un modo comprensible y adecuado, incluyendo las modalidades para la revocación del consentimiento.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la LAPac., la información debe comprender como mínimo los siguientes extremos respecto de cada intervención:

- La finalidad, ¿para qué se hace?.
- Naturaleza de la intervención, ¿qué se va a hacer?.
- Riesgos, molestias y riesgos secundarios posibles, incluidos los de la no intervención. Riesgos relativos a las características individuales de cada paciente. En este sentido JEAN MICHAUD, manifiesta que la información sobre los riesgos de la intervención debe comprender los inherentes al tipo de intervención, y a los inherentes a cada paciente.<sup>216</sup>
- Consecuencias, beneficios que comporte la intervención.

---

<sup>215</sup> JUNQUERA De ESTEFANI, R., *“La información y el consentimiento informado....., Op. Cit., p. 40.*

<sup>216</sup> JEAN MICHAUD. (1997), *Informe explicativo del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina. Publicado por Diario Medico, el 4 de abril.*



- Alternativas posibles a la intervención propuesta. El artículo 2.3 de la LAPac reconoce el derecho de todo paciente o usuario a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, una vez recibida información adecuada.

Junto con dichos contenidos mínimos debería incluirse en la información los motivos que llevan al sanitario a elegir entre las distintas opciones, así como de informar al paciente del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento.

En principio, el médico no debe informar de todos y cada uno de los posibles riesgos, sino sólo de aquéllos que son "probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia" (artículo 10.1.c) LAPac 41/2002).

Así mismo, el artículo 10.1.b) de la LAPac 41/2.002, establece que además de estos riesgos que derivan del tipo de intervención que sea, se informa de riesgos personalizados, atendiendo a "*las circunstancias personales o profesionales del paciente*"

Podemos sistematizar el contenido del derecho de información que hay que dar, distinguiendo entre una información general que corresponde a todos los ciudadanos y una más concreta tocante a cada sujeto dentro del concreto proceso asistencial.

a).- Dentro de la información general que corresponde a todos los ciudadanos podemos a su vez distinguir las siguientes:

- Información general sobre los derechos y deberes de los usuarios de los servicios del sistema sanitario público (artículo 9 LGS).

- Información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y requisitos de acceso a ellos (artículo 12.1 LAPac)

- Información epidemiológica, que supone el derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para la salud individual (artículo 6 LAPac).

- Información del derecho que asiste a los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud para elegir médico y centro sanitario (artículo 13 LAPac).

b).- Dentro de la información que corresponde a cada sujeto concreto podemos distinguir entre: datos relativos a la propia salud del paciente en general, e información relativa a la intervención que se va a llevar a cabo sobre un sujeto para la obtención de su autorización/consentimiento para la práctica de la "*intervención*"<sup>217</sup>, no sólo respecto de procedimientos terapéutico, sino también diagnósticos.

---

<sup>217</sup>JUNQUERA De ESTEFANI, R. "*La información y el consentimiento informado.....*", *Op. Cit.*, p. 41.

1º.- Dentro de la información del proceso asistencial incluiríamos:

-Información sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos invasores, que se apliquen, en un proyecto docente o de investigación (artículo 10.4 LGS).

-Información sobre la identidad de su interlocutor, del profesional dentro del equipo médico que tiene la responsabilidad de informarle (artículo 10.7 LGS).

-Información asistencial. Que abarcaría la información otorgada para obtener un consentimiento pero es independiente de ésta. La falta de información podría constituir una vulneración de la dignidad y la libertad del paciente, aun cuando no exista posterior intervención médica, pues podría constituir un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

2º.- La información previa a una intervención médica debe incluir:

-El diagnóstico médico principal, el estado de salud real del paciente, la enfermedad que presenta. La LAPac en su artículo 3 párrafo 7 señala la “información clínica” de modo genérico al incluir *“cualquier dato que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”*. Por su parte, el Convenio de Oviedo en su artículo 10 prevé el derecho de toda persona a *“conocer toda la información obtenida respecto a su salud”*.

-El conocimiento de las posibles opciones clínicas disponibles (artículo 2.3 de la LAPac).

-Finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, (artículo 8.1, en relación con el artículo 4.1 y 10.1 de la LAPac).

-Consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. Luego requiere que dichas consecuencias se vayan a producir de modo real, no basta con que sean probables<sup>218</sup>.

-Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. Son riesgos individuales y subjetivos del concreto paciente.

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

---

<sup>218</sup>BLAS ORBAN, C. (2006), *El equilibrio en la relación médico-paciente*, Bosch Editor, Madrid, pags. 184-185

La LAPac, no delimita la distinción entre riesgos en atención a su tipicidad, pero la jurisprudencia si lo hace, así, considera riesgos típicos aquellos inherentes a la intervención o tratamiento que se va a practicar, si bien dicha inherencia puede derivar del tipo de actuación médica considerada en abstracto, (tipicidad objetiva) o de las características propias del paciente (su estado de salud su edad etc...) que determinan una mayor probabilidad de ciertos riesgos (tipicidad subjetiva), los riesgos previsibles son típicos por ser inherentes a la actuación médica, si bien todos los riesgos típicos no son previsibles, pueden ser imprevisibles según el estado de los conocimientos científicos.<sup>219</sup>

Por otro lado, los riesgos atípicos son los no vinculados directamente con el tipo de actuación médica, por tanto imprevisibles, con independencia de su frecuencia.

Para GUERRERO ZAPLANA, la información sobre los diferentes riesgos debería extenderse a extremos que integren tanto la eventualidad de la producción del daño como la intensidad del riesgo<sup>220</sup> y comprender:

-Las consecuencias o efectos que con seguridad van a producirse a resultas de la intervención o tratamiento de que se trate, todos los riesgos que pueden derivar del acto médico concreto han de ponerse en conocimiento del paciente, bastando que puedan considerarse riesgos previsibles siendo tal carácter independiente de su frecuencia estadística<sup>221</sup>.

-Los riesgos frecuentes que suelen producirse o que pueden esperarse en condiciones normales y con arreglo a la experiencia y al estado normal de la ciencia.

-Los riesgos infrecuentes o excepcionales que tienen la consideración de muy graves<sup>222</sup>. Aunque su acaecimiento sea extraño o excepcional, en este caso no se valora la eventualidad de la producción del daño, sino la intensidad del riesgo.

-Los riesgos personalizados, derivados de las circunstancias propias del paciente, incluyendo los tres anteriores: consecuencias seguras, riesgos frecuentes y los excepcionales pero muy graves.

La jurisprudencia del TS, en sentencia de la Sala 1ª de 21 de diciembre de 1998, en relación a los riesgos de que había que informar señaló que *“la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles e infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos*

---

<sup>219</sup> En este sentido la STS de 30 de junio de 2009.

<sup>220</sup> GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado...*, Op. Cit., pags. 91-92.

<sup>221</sup> SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E. (2009) *Intervención Médica y Consentimiento Informado: ...Op Cit. p.75*

<sup>222</sup> En este sentido las SSTs Sala 1ª, de 23 de Julio de 2003 y 28 de diciembre de 1998

*que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.*”<sup>223</sup>

Posteriormente en sentencia de la Sala 1ª, de 23 de Julio de 2003, afirmó, “*en cuanto a la esencia a que debe referirse el derecho o deber de información, no es posible exponer un modelo prefijado que albergue “a priori” todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención*”. Por tanto, establece la responsabilidad del profesional médico de haber vulnerado el deber de informar al paciente de unos riesgos estimados probables y directamente relacionados con este tipo de intervención.

En definitiva, los riesgos “*directamente relacionados con el tipo de intervención de que se trate, independientemente de su frecuencia y de su mayor o menor gravedad clínica*”, serían los típicos. Por ello todo riesgo típico es previsible. Los riesgos de los que hay que informar, serán más o menos frecuentes, más o menos graves, pero siempre previsibles. Un suceso imprevisible que no se puede determinar con anticipación, nos sitúa fuera del ámbito de la responsabilidad y podría ser calificado de caso fortuito *ex art. 1.105 del Código Civil*.

En el caso de la decisión de no tratamiento o intervención, también debe informarse de los riesgos señalados.

El límite entre riesgos probables o improbables, no resulta claro y determinado, de ahí la evolución jurisprudencial en lo que respecta a la “*frecuencia*” y a la “*gravedad*” de los riesgos, conforme al cual no es posible realizar una enumeración detallada de cuáles son los riesgos de los que se debe informar en cada caso, ya que se deberán concretar en cada caso; atendiendo a factores subjetivos del propio paciente (edad, situación personal, familiar, social o profesional) que permiten modular las exigencias de información; y también a factores de carácter objetivo cuya concurrencia servirá para aumentar o disminuir la exigencia de información (como la urgencia del caso que cuanto mayor sea, menor precisión es exigible en la prestación de la información, de ahí que en casos de cirugía satisfactiva y tratamientos experimentales la exigencia de información se amplía)<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup>En este sentido STS, Sala 1ª de 28 de diciembre de 1998, FJ 5.

<sup>224</sup>En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 1ª, de 21 de octubre de 2005, afirma que: “*El deber de información en la medicina satisfactiva -en el caso, cirugía estética-, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, (...) no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su*

Por tanto, parece que los únicos riesgos de los que no será necesario informar será de aquellos de entidad insignificante y de improbable posibilidad de acaecimiento<sup>225</sup>. El Tribunal Supremo ha dicho que no es necesario informar sobre riesgos cuya probabilidad de producción es ínfima<sup>226</sup>. Ahora bien, si se trata de un riesgo específico de una intervención o prueba, se plantea la duda de si en estos casos hay que seguir el criterio del médico o del paciente y en este último caso si debe obedecer a un criterio objetivo o subjetivo, para determinar cuándo un riesgo improbable es relevante para el paciente. La doctrina mayoritaria considera, que para conocer el alcance del deber de información hay que tener en cuenta no un criterio objetivo sino un criterio subjetivo (no la media de los pacientes generales sino del paciente concreto que ha de ser intervenido).

-También deberá de informarse de los procedimientos alternativos, con mención de los riesgos nombrados anteriormente. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha señalado que aun cuando no exista más que un tratamiento posible, no se puede prescindir del consentimiento.

-Por último debe de informarse al paciente previamente al consentimiento de las contraindicaciones que conlleva la asistencia sanitaria que el paciente solicita. Contraindicaciones que son más frecuentes en la medicina voluntaria o satisfactiva, ya que cuanto menor es la necesidad de tratamiento como son las intervenciones de cirugía estética, mayor es la exigencia de información<sup>227</sup>, como señala la STS de 28 de diciembre de 1.998, el deber de información deberá ser exhaustivo, e incluir los riesgos excepcionales, cuando la intervención no sea médicamente necesaria (en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva).

---

*frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible (no debe confundirse previsible con frecuente) no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queiloide. La información de riesgos previsible es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención” ... “la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención” e igualmente la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de julio de 2008 dictada en el recurso 541/2002, al configurar el régimen general del derecho a la información señala que: La información que debe darse al paciente para obtener válidamente su consentimiento, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, si bien presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En los primeros con carácter general no es preciso informar minuciosamente 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 (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 de abril de 2007, rec. nº 1773/2000, y 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000).*

<sup>225</sup> GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado.....*, Op. Cit., p. 92.

<sup>226</sup> STS de 28 de diciembre de 1998, considera que no es necesario informar del riesgo infrecuente de incontinencia urinaria, pues sólo se presenta en el 1-3% de las operaciones de próstata.

<sup>227</sup> BLAS ORDAN, C. *El equilibrio en la relación médico-paciente*, Op. Cit., pags. 197-199.

## 2.2. Elementos Subjetivos

La relación médico-paciente, tradicionalmente paternalista, se ha transformado en una relación jurídica "*contractual*", relación en la que el paciente deviene titular del derecho a la información asistencial (art. 5.1 LAPac) y el "*médico responsable*" tiene el deber de transmitir dicha información (art. 4.1 LAPac).

### 2.2.1. Titularidad del derecho de información

La Ley básica distingue en relación con el titular del derecho a la información, entre la información asistencial, referida a la asistencia sanitaria en favor de una persona, y aquella referida a los problemas de tipo sanitario de la colectividad, como es la información epidemiológica. En el primero de los supuestos el titular del derecho es el paciente, y en el segundo el titular del derecho es la colectividad.

La LGS hasta su derogación, establecía en el apartado 5 del artículo 10 la obligación de informar al paciente y a sus familiares o allegados, lo que en ocasiones podía plantear un conflicto con el derecho a la intimidad y confidencialidad. Sin embargo, la LAPac 41/2.002 establece que la titularidad del derecho a la información es única y recae en el paciente, si bien admite la posibilidad de que los destinatarios de la información sean personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5.1). Se reconoce el derecho a la información asistencial de los discapaces (art. 5.1 LAPac) y se soslaya el de los menores de edad.

En el caso de discapaces, el artículo 5.2 de la ley establece la obligación de informar no solo al representante legal sino también al propio afectado de modo adecuado a su posibilidad de comprensión<sup>228</sup>.

No obstante, cuando la persona afectada carece de capacidad para entender la información, en un momento concreto por su estado físico o psíquico, la LAPac en su artículo 5.3<sup>229</sup> contempla que la información se facilite a las personas vinculadas al afectado por razones familiares o de hecho.

Como excepción, está el privilegio terapéutico, recogido en el artículo 5.4 de la LAPac<sup>230</sup>, y derivado del artículo 10.3 del propio Convenio de Oviedo, que consiste en

---

<sup>228</sup>Art. 5.2 de la LAPac, prevé "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal".

<sup>229</sup>Art. 5.3 LAPac, prevé "Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

<sup>230</sup>Art. 5.4 LAPac, prevé "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

la facultad del médico de actuar profesionalmente sin informar al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Dicho supuesto excepcional, no debe confundirse con el pronóstico fatal, en el que el derecho de información sería esencial como derecho de todo enfermo que quiera conocer su verdadero estado de salud y ser informado del mismo.

Así mismo, supone otra excepción, la renuncia a ser informado expresa o tácitamente, tradicionalmente admitida por la doctrina, y que ha sido reconocida legalmente en el artículo 10.2 del convenio de Oviedo que establece el derecho a no ser informado, debiendo quedar este extremo debidamente documentado. En términos análogos se ha regulado en el artículo 9.1 de la LAPac<sup>231</sup>, no obstante existen límites al derecho a no saber, cuando exista un conflicto de interés entre dicho derecho y la propia salud del paciente o de un tercero. Se trata de supuestos en los que el derecho del paciente debe ceder frente a derechos que el legislador considera más relevantes.

Por tanto, el paciente mayor de edad, no incapacitado y consciente, es "*el destinatario por excelencia de la información relativa a la salud*" (Exposición de Motivos y art. 5.1 LAPac), si bien admite la posibilidad de que los destinatarios de la información sean personas vinculadas al paciente, en la medida en que este lo permita de manera expresa o tácita (art. 5.3 LAPac). Regulando igualmente la LAPac, el derecho a la información asistencial de los incapaces (art. 5.1 LAPac) y de forma transversal el de los menores de edad.<sup>232</sup>

En principio, las excepciones al derecho a la información expuestas, parece que sólo pueden afectar al menor emancipado o al mayor de 16 años, pues son titulares del derecho a la información y, por tanto, se aplicará respecto de estos casos la doctrina general, pero no caben dichas limitaciones respecto a los menores de 16 años, salvo el caso de renuncia, pues los que deben ser informados legalmente son sus representantes legales y no el paciente menor directamente, y, por tanto, en principio no plantean dificultad alguna.

Para ABEL LLUCH<sup>233</sup> del tenor del art. 5 de la LAPac podemos distinguir una doble titularidad del derecho de información (originaria y derivada):

---

*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".*

<sup>231</sup>Art.9.1 de la LAPac prevé "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 respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención".

<sup>232</sup>En el mismo sentido se establece en el art. 5 del Convenio de Oviedo; los arts. 2.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; 2.1 y 2 y 3.1 de la Ley 11/2002 de Navarra; 42.2. 1º y 3º de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana, y 18.1 de la Ley de Castilla y León. Nada dice al respecto la Ley 3/2001, de Galicia, aunque de los arts. 6, 7, 8 y 11 se infiere que el titular del derecho a la información es el usuario, salvo casos excepcionales.

<sup>233</sup>ABEL LLUCH, X, (2003), *El derecho de información sanitaria*. Diario La Ley, pags. 1-6.

a)-Titularidad originaria, que corresponde al paciente, según el art. 5.1 de la LAPac al afirmar que «*el titular del derecho a la información es el paciente*».

Dicha titularidad presenta los caracteres siguientes:

-*Esencial*: forma parte del entramado de la relación médico-paciente y constituye el presupuesto del consentimiento informado. Constituye un deber fundamental del médico y un derecho fundamental del paciente.

-*Primaria*: es una titularidad anterior incluso a la Ley, había sido reconocido, con anterioridad, en cartas de derechos de pacientes. Corresponde al paciente por el solo hecho y desde el mismo momento de requerir asistencia sanitaria, esto es, simplemente por ser usuario del servicio de la sanidad.

-*Originaria*: con la autorización, expresa o tácita, del paciente (art. 5.1 (LA LEY 1580/2002)), la información se puede facilitar a personas vinculadas con el paciente o al representante legal.

-*Limitada*: por razones de necesidad terapéutica (art. 5.4 (LA LEY 1580/2002)), se permite al médico la actuación sin la previa información al paciente, en los supuestos legalmente tasados.

-*Renunciable*: en los supuestos en los que el paciente manifiesta y se acoge a su derecho a no saber, esto es, a no recibir información sanitaria (art. 4.1 LAPac). Sin embargo, dicha renuncia también es limitada ex legen.

Esa titularidad originaria se extiende también a los pacientes «*en caso de incapacidad*» (art. 5.2 LAPac), con matices.

b)-Titularidad derivada, es la que corresponde a personas distintas del paciente, vinculadas con el paciente (art. 5.1 LAPac) y al representante legal (art. 5.2 LAPac). A diferencia de la titularidad originaria, el titular de la información no es el propio paciente, sino una persona vinculada con el mismo a quien, el legislador, previa concurrencia de una serie de requisitos, erige en sujeto titular de la información.

Se trata de una titularidad:

-*Delegada*: en el supuesto de las personas vinculadas al paciente, éste debe autorizar, expresa o tácitamente, la información.

-*Complementaria*: la existencia de ese otro sujeto (persona vinculada al paciente o representante legal) no exonera al médico responsable de cumplir su deber de información con el paciente, titular originario del derecho a la información asistencial.



-*Compartida*: por las mismas razones, la persona vinculada al paciente o el representante legal es cotitular de la información conjuntamente con el paciente.

A su vez, dentro de la titularidad derivada distingue dos supuestos:

-Las personas vinculadas con el paciente. La vinculación con el paciente se establece con un doble parámetro: «razones familiares o de hecho» (art. 5.1 LAPac) y sin acotar el grado de proximidad. Estas personas vinculadas con el paciente serán titulares del derecho de información bien cuando exista una autorización, expresa o tácita, del propio paciente (art. 5.1 LAPac), bien cuando, a criterio del médico responsable, el paciente no esté en condiciones de entender la información (art. 5.3 LAPac).

-El representante legal. Será el titular del derecho a la información, conjuntamente con el paciente, en el supuesto de incapacidad de éste. El art. 5.2 (LAPac) exige que, en los supuestos de paciente incapaz, la información se trasmita tanto al propio incapaz como a su representante legal.

Los supuestos de titularidad del derecho de información que generan más interrogantes, son los siguientes:

#### **-El menor de edad.**

En la actualidad, el Derecho español reconoce la plena titularidad de los derechos de las personas menores de edad y su capacidad evolutiva para ejercerlos según su grado de madurez, siendo su adquisición un proceso evolutivo.

El artículo 5.1 Ley 41/2002 establece que “*el titular del derecho a la información es el paciente. 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*”.

Es el médico que atiende al menor en cada caso concreto quien deberá determinar si éste reúne las suficientes condiciones de madurez para aceptar su decisión o si deberá pedir el consentimiento de sus representantes legales. El grado de madurez del menor y su capacidad de decidir son de las cuestiones más complicadas de abordar para el médico y se fundamentan en el respeto a la autodeterminación y autonomía de los menores o adolescentes con suficiente capacidad de discernimiento y el respeto de su derecho a tomar decisiones sobre hechos que pueden afectar a su salud. Siendo los criterios de valoración de la madurez o capacidad para tomar decisiones del menor, la cuestión más controvertida.

No existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones que determinen con carácter general los criterios que hay que atender para valorar con exactitud el grado de

madurez. Existe una mayoría de edad médica, penal, administrativa o civil, pero no una edad clara respecto a cuándo se alcanza la “madurez”. La doctrina del “menor maduro”, parte del reconocimiento de que los derechos de la personalidad (artículo 162 del CC) y los Derechos fundamentales de los que es titular el menor (vida, libertad, honor, intimidad, etc), pueden ejercerse desde que el sujeto es suficientemente maduro, lo cual puede darse antes de la mayoría de edad legal.

Existen multitud de normas en nuestro ordenamiento jurídico que reconocen al menor de edad la titularidad de derechos, entre otras; el art. 1263 CC *"No puede prestar consentimiento. 1.º Los menores no emancipados"*; el art. 162, 1.º CC según el cual *"los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"*; el art. 267 CC *"El tutor es el representante legal del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa o de la sentencia de incapacitación"*; el art. 3.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que establece que *"el consentimiento de los menores o incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil"*; los arts. 5 y 9 Ley 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevén respectivamente *"Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo"*. *"El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social"*.

Dichas normas parten de la idea de que con anterioridad a la mayoría de edad el menor puede realizar algunos actos, relacionados con los derechos de la personalidad, sin el consentimiento de su representante legal, siempre que sus condiciones de madurez se lo permitan.

En la evaluación que el médico o en su caso el juez hagan de la madurez del menor deben subordinar sus propias convicciones ideológicas y religiosas al superior interés del menor. Pero es preciso apuntar algunos criterios para reducir el enorme subjetivismo que pueden tener las decisiones, podemos señalar los siguientes:

- El criterio cronológico, de carácter objetivo, que fija la mayoría de edad a partir de una edad predeterminada, normalmente coincidente con los dieciséis años.
  
- El criterio del grado de madurez, de carácter subjetivo, que fija la mayoría de edad en función de la capacidad de discernimiento del menor para la concreta intervención médica.

- Los criterios mixtos, que atienden a una combinación de los anteriores, partiendo de una determinada edad y presuponiendo la madurez para la comprensión de la intervención médica.

- El criterio de la gravedad de la intervención en función del cual se suministra información, distinguiendo entre aquellas intervenciones beneficiosas para el menor y las "*actuaciones de grave riesgo*" (art. 9.3. c) LAPac) para las que la Ley impone la obligación de informar a los padres, aun cuando el menor haya cumplido los dieciséis años<sup>234</sup>.

-. El criterio de progresividad que se recoge en la legislación positiva, "*el médico responsable deberá ponderar en cada caso, y cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito*" (art. 10.2 LAPac). Así como en el CEDHB al establecer 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*" (art. 6.2 II CEDHB)<sup>235</sup>. El criterio de la progresividad, se regula al hilo del llamado consentimiento por representación (art. 9.3 c LAPac), que fija en doce años la edad para oír la opinión del menor, y en dieciséis años la edad para prestar el consentimiento informado<sup>236</sup>.

En algunos servicios sanitarios existen comités asistenciales de ética, multidisciplinares que abordan los casos más delicados, los cuales puede orientar sobre el modo, tiempo y forma de trasladar la información adecuada.

La LAPac, en su artículo 9.3<sup>237</sup>, hace referencia al paciente menor de edad, cuando regula el llamado "*consentimiento por representación*", donde se establece la

---

<sup>234</sup>En el art. 9.3.c de la LAPac, no aparece recogida entre las "*definiciones legales*" (art. 3 LAPac). Pero en una interpretación sistemática de la LAPac podemos entender por tal aquel supuesto en que "*existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente*" (art. 9.2. b LAPac). Así como las intervenciones urgentes, respecto de las que también cabría informar a los representantes legales.

<sup>235</sup>El art. 6.2 CEDHB dispone que "*cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley*".

<sup>236</sup>FLORS MATIES, J. (2002) Comentario al art. 770 LEC. A: MONTERO AROCA, J. (coord. y dir). En *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, (Vol.4). Tirant lo Blanch. Valencia. Pags. 3032-3997.

<sup>237</sup>Art. 9.3 de la LAPac "*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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 hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*"

necesidad de recabar el consentimiento de los menores emancipados y de los menores mayores de dieciséis años<sup>238</sup>.

Así mismo, el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo prevé: "*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*"; y en el mismo sentido el art. 18.2 de la Ley de Castilla y León y el art. 42.5 de la Ley de la Comunidad Valenciana, indican que se debe informar también al propio menor según su grado de madurez.

La LAPac 41/2.002, equipara al menor maduro con el mayor de edad, no incapacitado y consciente. Así, dispone que "*los menores emancipados y mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información*". En estos supuestos únicamente se exige el deber de informar a "*los padres*" (art. 9.4 LAPac) en caso de actuación de grave riesgo. La información, fuera de los supuestos de grave riesgo, a familiares u otras personas vinculadas al menor, no constituye una exigencia de legalidad, sin perjuicio de que pueda producirse por razones de oportunidad y conveniencia.

El legislador, ha optado por la fijación de una presunción, mayoría de edad para el consentimiento a los dieciséis años y en la introducción de una "*cláusula de reserva*" información a los padres en caso de "*actuación de grave riesgo*" y necesidad de tener en cuenta su opinión<sup>239</sup>.

No obstante, la LAPac 41/2.002, no da respuesta a los supuestos de menores próximos a los dieciocho años que son inmaduros, ni al caso de menores de dieciséis años que son maduros. En el primer caso, ya sea por iniciativa de sus representantes legales, ya sea por iniciativa del médico responsable, se deberá informar y, en su caso, recabar el consentimiento, de sus representantes legales. En el segundo supuesto se produce un conflicto entre el criterio cronológico (dieciséis años) y el de la madurez (capacidad de comprensión de la información) que debe resolverse a favor de éste último.

PARRON y BARREDA,<sup>240</sup> distingue conforme a la regulación legal prevista en la LAPac los siguientes casos en la mayoría de edad médica: 1º.) El menor no maduro (0-12 años), cuyo consentimiento corresponde a sus padres o a su representante legal. 2º.) El menor no maduro (12-16 años), respecto al cual hay que pedirle opinión. 3º.) El menor maduro (16-18 años), cuya opinión es vinculante, con algunas excepciones. 4º.)

---

<sup>238</sup>URROZ, M. B. (2004). *La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado*. In *Autonomía del paciente, información e historia clínica:(estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Thomson-Paraninfo, pags. 79-100.

<sup>239</sup>ROMEO MALANDA, S. (2004) "*Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*", en *rev. ADS*, núm. 102, p. 116, (*presume iuris et de iure la madurez de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos*).

<sup>240</sup>PARRON, P. y BARREDA. (2003) "*El carácter básico de la ley de información clínica, motivo de impugnación ante el Constitucional*", en *rev. ADS*, núm. 92, p. 225.

La mayoría de edad (a partir de 18 años), coincidente con la plena capacidad y mayoría de edad médica.

Por lo tanto, el menor que tenga capacidad para consentir el tratamiento médico, y mayor de dieciséis años, puede decidir excluir a los padres de la información sanitaria; aunque cuando va al médico acompañado de sus padres exista un consentimiento tácito a que el médico revele, a los padres también, la información médica.

Pero y si el menor se opone a que se informe a sus padres ¿puede el médico informarlos sobre aspectos personales relacionados con el paciente menor de edad? Consideramos que no, pues el derecho a la intimidad debe prevalecer, pudiendo el facultativo en caso de vulnerar dicha voluntad incurrir en un delito de revelación de secreto profesional (art. 199 CP).

El derecho a la intimidad del menor en el ámbito sanitario es un asunto delicado, sobre todo en cuestiones como son el consumo de alcohol o drogas o las relaciones sexuales a edades tempranas. El menor que acude a un profesional para obtener información o asistencia tiene derecho a que se garantice la protección de su intimidad frente a terceros, incluidos los padres. No obstante, los padres no pueden cumplir su deber de velar por sus hijos menores (art. 154 CC) y prestarle la asistencia necesaria (incluida la emocional) si ignora ciertas cuestiones en orden a su salud. No hay que olvidar que el derecho a la intimidad está protegido en la Constitución (art. 18), pero el deber de prestar asistencia a los hijos también tiene rango constitucional (art. 39).

Sin embargo, la Ley estatal prevé que “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente” (artículo 9.3.c) in fine). El único supuesto en que la actuación del facultativo está legitimada sin autorización del menor y aún de los padres es el de urgencia vital, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la salud o la vida del menor, ello en orden al interés del propio menor.

Por su parte, en el caso del menor sin madurez; por debajo de los dieciséis años, habrá que atender al grado de madurez, intelectual y emocional. Si no reúne los requisitos de capacidad suficiente, el consentimiento deberá ser prestado por sus representantes legales. Si bien, la madurez depende de las circunstancias del menor así como del tratamiento o intervención necesaria y su gravedad, consecuencias y riesgos que entrañen.

La evaluación de esta madurez queda a criterio del médico responsable de la asistencia. Por ello la LAPac señala que *“la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones médicas a lo largo del proceso sanitario”* (art. 9.5).

En todo caso, a partir de los doce años el menor tendrá derecho a expresar su opinión al respecto, y el médico deberá tener en cuenta esa opinión en la medida de lo posible, dándole mayor relevancia cuanto mayor sea su edad y grado de madurez. (LAPac 9.3.c)), y (leyes autonómicas de Cataluña, Galicia, Extremadura, Aragón, Navarra, Castilla y León, entre otras). La madurez del menor es una cuestión de hecho que depende de las aptitudes intelectivas y volitivas de la persona en cuestión, y del acto que se pretenda llevar a cabo.

En este sentido, hay que tener presente el artículo 2 de la LOPJM *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*. Cabría, distinguir varios bloques de edad: así podemos establecer la presunción de que los menores de doce años no reúnen las condiciones de madurez suficiente para tener suficiente juicio, y que a partir de los dieciséis años esa capacidad natural se presume; el período entre los doce y los dieciséis, deberá estarse a la madurez concreta del menor.

La jurisprudencia, sin fijar una edad concreta, sí parte de una presunción de madurez, en que se dice que *“no hay prueba de lo contrario”*, a partir de los catorce o dieciséis años. En Aragón hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona que, siguiendo su derecho histórico, establece que a los 14 años termina la representación legal (art. 2.3) y se presume el juicio suficiente (art. 31).

### **-El discapaz.**

La incapacidad es una situación jurídica que se determina por sentencia firme y sólo se justifica por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

El CEDHB, en su art. 6, dispensa una especial protección a las personas discapaces, cuando prevé *“Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”*. La LAPac distingue entre el paciente incapaz (art. 5.2 LAPac) y el paciente incapaz de comprender la información (art. 5.3 LAPac).

Como en cualquier ámbito del Derecho, la titularidad de derechos y su ejercicio le corresponde a los sujetos con plena capacidad jurídica de obrar, por tanto, la titularidad del derecho a la información asistencial se configura de forma distinta cuando estamos ante supuestos de discapacidad.

En estos supuestos, la Ley obliga a informar al paciente, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión e impone además la obligación de informar a su representante legal (art. 5.2). Por tanto, la determinación de la titularidad del derecho de información asistencial, no reside tanto en la declaración judicial de incapacidad legal (art. 199 CC)<sup>241</sup> cuanto en la capacidad de discernimiento o comprensión de la información de quien esté afectado por una discapacidad.

El legislador, sigue el principio recogido en el CEDHB (art. 6.3), de implicar al discapaz en la toma de decisiones que le afectan hasta donde alcance su grado de discernimiento y así se desprende de la propia dicción legal al indicar "*el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad,...*" (art.5.2 LAPac). Dicha previsión legal, parece pensada para el paciente incapacitado legalmente, pues el deber de información se extiende no solo al propio incapaz, sino también a su representante legal ("*...cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal*").<sup>242</sup>

El art. 5.2 LAPac no plantea mayores problemas en los supuestos del incapacitado sometido a tutela (art. 222.2 CC), del incapacitado mayor de edad con patria potestad rehabilitada (art. 171 CC) o del incapacitado menor de edad con patria potestad prorrogada (art. 171 CC), ya que en estos casos la información, además de al incapaz, deberá prestarse al tutor o a los padres.

Mayores problemas plantea el incapaz sometido a curatela (art. 287 CC), pues el curador no es tanto un representante del incapaz, cuanto un asistente para determinados actos, por lo que es más dudoso, que sea exigible informarle. Y los supuestos en que la representación legal sea dual (padre o madre) o plural (tutela de más de una persona)<sup>243</sup> el deber de información asistencial se extiende a todos los representantes, salvo supuestos de urgencia, de extrema gravedad o que los representantes se conformen con la información a cualquiera de ellos.

Por todo ello, en los supuestos de personas discapaces existe una doble titularidad del derecho de información asistencial, la del propio incapaz, que es una titularidad originaria, que deberá transmitirse "*de modo adecuado a su capacidad de comprensión*" (art. 5.2 LAPac). Y, por otra parte, la del representante legal, que es una titularidad derivada y compartida con el propio incapaz.

---

<sup>241</sup>Artículo 199 CC. prevé. "*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*".

<sup>242</sup>LIZARRAGA BONELLI, E. (2004), "*La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*". En *Autonomía del paciente, información e historia clínica 2 (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, 1.a ed., obra coordinada junto a GONZALEZ SALINAS, P. ed. Thomson-Civitas, Madrid, p. 260.

<sup>243</sup>La tutela individual admite las excepciones de tutela plural del art. 236 CC en cuatro casos: 1) Designación de un tutor para la persona y otro para el patrimonio; 2) Tutela conjunta de padre y madre; 3) Tutela conjunta sobre los hijos del hermano con el cónyuge del tutor; 4) Tutela conjunta de las personas designadas por los padres en testamento o documento público.

No obstante lo anterior, en el caso del paciente incapaz de comprender la información, ésta deberá suministrarse exclusivamente "*a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*" (art. 5.3 LAPac).

Esta circunstancia plantea numerosas cuestiones:

-La identificación de quién determina la incapacidad del paciente para comprender la información, que según la LAPac 41/2002; que será "*el médico que le asiste*" (art. 5.3 LAPac).

-La determinación de cómo se evalúa la capacidad de un paciente para comprender la información; mayoritariamente los criterios de capacidad se determinan en cada caso concreto en función de la aptitud del paciente "*para recibir, comprender y procesar racionalmente la información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente*"<sup>244</sup>.

-La determinación de a que familiares se deberá transmitir la información. Según la LAPac 41/2002, las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, podrán recibir la información, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. La dificultad radica en determinar los supuestos de autorización tácita. El médico responsable cumplirá con su deber legal, trasladando la información a las personas vinculadas con el paciente, quienes asumirán, en su caso, la facultad de decisión, tal como prescribe el art. 9.3 a) LAPac.

La LAPac 41/2002 contempla la renuncia del paciente a su derecho de información asistencial en el art. 9.1, exige que se deje constancia de la renuncia facultando al paciente para designar "*a un familiar u otra persona*" que reciba tal información. Otro supuesto distinto es el de la prohibición de la información (art. 18.4 LAPac), en virtud del cual el paciente puede impedir que la información asistencial sobre su estado de salud se traslade a determinadas personas. El supuesto contemplado en el art 5.1 LAPac determina que el médico responsable no puede trasladar información a ninguna persona que no autorice el paciente, y que le viene impuesta por mandato del Código de deontología profesional.

Por último merece especial mención los supuestos de discapacidad que tienen su origen en una enfermedad mental. Es un tema particularmente delicado donde a menudo se pone en duda la autonomía y la capacidad de consentir del paciente. En Salud Mental, el tratamiento se realiza a medio y largo plazo, se dirige en general a personas sin problemas de urgencia vital, y requiere su implicación voluntaria. Es normal considerar al paciente de salud mental perturbado cognitivamente y conductualmente, y considerar que su autonomía, su capacidad de comprender y decidir, está seriamente comprometida, y que informarle en la práctica comporta en ocasiones discusiones sin

---

<sup>244</sup>SIMON LORDA, P. (2008). *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 28(2), pags. 327-350.



fin, aumentar la angustia del paciente, complicar su tratamiento e incluso reagudizar el proceso. Ello unido al hecho de que en salud mental para una misma situación clínica, existen procedimientos clínicos diferentes, con resultados riesgos y contraindicaciones, también muy diferentes.

El Convenio de Oviedo al respecto señala en su art. 7: *"La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso"*.

### **2.2.2. Obligados a informar**

El otro sujeto de la relación, el obligado a dar la información, *"el médico"* engloba a distintos profesionales de la salud. El *"médico responsable"*, en cuanto sujeto encargado ex lege de *"coordinar la información del paciente"* (art. 3 LAPac); el médico especialista, *"que aplique una técnica o procedimiento adecuado"* (art. 4.3 LAPac); así como, otros profesionales de la salud con el deber de información, como la enfermera, el psicólogo, los asistentes sociales etc.

La Ley LAPac 41/2.002, se refiere al sujeto que tiene la responsabilidad de informar, en los arts. 3 y 4.3, correspondiendo esta responsabilidad al médico responsable del paciente, y a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto.

-El médico responsable, es definido por la propia ley en el art. 3 LAPac, en los términos siguientes: *"el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales"*.

En dicha definición legal el legislador equipara legalmente el deber de asistencia con el deber de información, y el médico responsable se constituye en interlocutor del paciente. Así, alguna sentencia anterior a la LAPac 41/2002, indicaba que *"la información debe ser facilitada por un médico, preferentemente el denominado interlocutor por el art. 10.7 de la Ley 16/1986, de 24 de abril, General de Sanidad o responsable médico por el apartado 6 del mismo texto legal"* (STSJ País Vasco de 4 de noviembre de 2.002)<sup>245</sup>. No obstante, pueden intervenir otros profesionales de la salud,

---

<sup>245</sup>STSJ País Vasco de 4 de noviembre de 2002, FJ 7.º, condena a un oftalmólogo y al Servicio Vasco de Salud por no informar del riesgo de pérdida de visión en una intervención de cataratas, y sistematiza los requisitos del consentimiento informado del modo siguiente: "a) Un elemento o requisito personal: es sujeto activo el enfermo o usuario del servicio público de sanidad. Por extensión sus familiares y

con deberes legales que no le son eximidos por la presencia del "*médico responsable*". En este sentido, el deber de información asistencial tiene un carácter universal y se extiende a la totalidad de la atención sanitaria, con un contenido legal predeterminado, cuya extensión ya "*no pertenece a la discrecionalidad del facultativo*"<sup>246</sup>, y se desarrolla de modo continuado y sucesivo en el tiempo.

Corresponde al médico responsable, junto al deber de trasladar la información sanitaria, el juicio sobre la capacidad de un paciente para tomar decisiones (art. 9.3 a LAPac), la ponderación de la necesidad de recabar un consentimiento por escrito (art. 10.2 LAPac), la cumplimentación de la historia clínica (art. 15.3 LDP) y la facultad de proponer el alta forzosa del paciente en caso que éste no acepte el tratamiento prescrito (art. 21.1 LAPac). Este "*médico responsable*" se ha identificado con él "*que habiendo examinado al paciente propone como una intervención quirúrgica como necesaria para la salud de aquél*" (SAP Navarra, de 12 de febrero de 2003)<sup>247</sup>.

-Otros profesionales. El art. 4.3 LAPac, dice que "*los profesionales que atiendan (al paciente) durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle*".

Entre estos profesionales encontramos al médico especialista, "*médico que aplica una técnica o procedimiento concreto*" (art. 4.3 LAPac). Así se recoge en la STS de 26 de septiembre de 2.000, que señala que "*el derecho a la información del paciente se conculcó por no haberse demostrado que el médico hubiera advertido personal y directamente al enfermo de los riesgos y alternativas de la intervención practicada, al ser éste el efectivo destinatario y quien debía de recibirla*"<sup>248</sup>.

Puede plantearse la cuestión de si el deber ex lege de proporcionar o trasladar la información al paciente implica que el médico responsable verifique que el médico especialista también ha cumplido con su deber de información.

---

*allegados, quienes pueden sustituir su conformidad si el enfermo no se halla capacitado para tomar sus decisiones. Sólo en casos de urgencia vital o porque exista un riesgo para la salud pública puede prescindirse de este consentimiento, resultando en esencia un traslado de esta actuación al equipo médico. Es destinatario o sujeto pasivo de este consentimiento, en primer lugar el médico y en segundo la administración en general. b) Se exige también un elemento o requisito formal, que lo constituyen las diversas garantías establecidas por la ley; ese consentimiento debe prestarse de un modo previo y por escrito. c) En tercer lugar cabría señalar un requisito causal o previo, o incluso presupuesto, como es la suficiencia de la información que se ha de proporcionar al sujeto activo para que su consentimiento u opción no se halle viciado por cualquier error o ignorancia que lo desacredite o invalide: es la información. Este último exige a su vez varios requisitos: la información debe ser facilitada por un médico, preferentemente el denominado interlocutor por el art. 10.7 de la Ley 16/1986, de 24 de abril, General de Sanidad o responsable médico por el apartado 6 del mismo texto legal".*

<sup>246</sup>SANCHEZ CARO, J., (1993), "*El derecho a la información sanitaria: aspectos civiles*", en rev. *La Ley*, p.3.

<sup>247</sup>SAP Navarra 12 de febrero de 2003, FJ 4.º.

<sup>248</sup>STS de 26 de septiembre de 2000, FJ 1.º.

La jurisprudencia viene recogiendo un especial deber de información en función de la propia especialidad médica. Así, en la STS de 8 de septiembre de 2.003, que condena a un cirujano por omisión del consentimiento informado, aun cuando la técnica empleada fue la correcta, se razona, con invocación de la STS de 24 de mayo de 1.995, textualmente: *”todo facultativo,..., especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia o que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato”*<sup>249</sup>.

-Respecto de la enfermera, su deber tiene cobertura legal en la dicción del art. 4.3 LAPac al indicar que *”los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial...también serán responsables de informarle ... y ha sido recogido en alguna de las más recientes leyes autonómicas.*

SIMON LORDA y BARRRIO CANTALEJO, al definir el papel de la enfermería en el consentimiento informado, apuntan, entre otras, dos actuaciones fundamentales: 1) *”Colaborar en la evaluación de la cantidad de información que el paciente ha recibido del médico, detectando lagunas o aspectos no comentados”* y 2) *”valorar el grado de comprensión real que el paciente tiene de la información transmitida, detectando cuestiones confusas, términos no clarificados, etc.”*.<sup>250</sup> Un supuesto paradigmático de individualización de responsabilidades entre el médico y los ATS demandados lo constituye la STS de 4 de abril de 2.001. En dicha sentencia, se razona: *“El médico es el prescriptor, el encargado de señalar el tratamiento terapéutico. A veces éste consiste en una o varias intervenciones quirúrgicas, otras en régimen dietético y las más en la prescripción de medicamentos. Así, cuando el médico prescribe un tratamiento consistente en el uso o consumo de un fármaco, incumbe a dicho facultativo la información sobre su utilización y dosificación y ello sin olvidar que también el medicamento está acompañado de una información.....La conducta del médico debe reputarse poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto y por la ficha técnica a un menor de dos años y medio y no sólo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que se repite la dosificación. Por el contrario,...[respecto a las ATS] no consta que las lesiones a la niña lo fueran por haberse inyectado de manera incorrecta,...”*<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup>STS 8 de septiembre de 2003, FJ 2.º.

<sup>250</sup>SIMON LORDA, P. y BARRIO CANTALEJO, I. M. (1995) "El consentimiento informado y la enfermería: un modelo integral", *Jano* 24-30 marzo, vol. XLVIII, núm. 1117, p. 63.

<sup>251</sup>STS de 4 de abril de 2001, FJ4.º.

### 2.3. Elementos Formales

La información como regla general será oral, y excepcionalmente debe ser escrita, (art.4.1 LAPac). La LAPac 41/2002 es, en este tema incompleta, no menciona los supuestos en que se exige información escrita, a diferencia de lo que sucede con el consentimiento, que requiere dicha forma en los supuestos de "*intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*" (art. 8.2 LAPac).

La laguna legal puede salvarse partiendo de que la información es presupuesto de un consentimiento informado y tiene como finalidad "*ayudar al paciente a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad*" (art.4.2 LAPac), por tanto, pensamos que deberá prestarse por escrito en los mismos supuestos en que el consentimiento exige tal forma.

Por tanto el artículo 4.1 de la Ley básica es clara, priorizando como regla general la forma verbal a la escrita, aunque debe dejarse constancia en la historia clínica. Con anterioridad la Ley 14/1986 contemplaba la posibilidad de que la información se facilitara de modo "*verbal y escrito*". Actualmente por tanto, es suficiente con proporcionar al paciente la información de forma oral, siendo la forma escrita un elemento o requisito "*ad probationem, no ad validitatem*"<sup>252</sup>.

No obstante existen normas en las que no establecen de modo directo que deba otorgarse por escrito, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prevé sólo que dicha información se proporcione "*en las condiciones adecuadas*" (art. 3.3). Tampoco el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos que sólo establece que "*habrá de informarse previamente*" (art. 81.c).

Por el contrario, otras establecen que la información proporcionada se realizará por escrito, así la Ley 14/2007, de 3 de julio de investigación biomédica prevé en su artículo 4.1 que "*la información se proporcionará por escrito*" y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos prevé en su artículo 7.2 que la información se proporcionará verbalmente pero también será documentada en una "*hoja de información*".

En parecido sentido la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo prevé que en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, la mujer recibirá "*un sobre cerrado con la información*" y "*un documento acreditativo de la fecha de la entrega*". Por tanto podemos comprobar que la información otorgada por escrito no debe de reemplazar en

---

<sup>252</sup>GONZALEZ MORAN, L. *De la bioética al bioderecho*....., Op. Cit., p. 306.

ningún caso la información proporcionada de modo verbal y la comunicación entre médico y paciente.

Como señala ABEL LLUCH<sup>253</sup>, la oralidad se prevé como modo prioritario de transmisión de la información al paciente, según se infiere del art. 8.1 de la LAPac que prevé “*deberá constar por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente*”.

La oralidad, ofrece las ventajas siguientes:

- Facilita la necesaria y deseable proximidad en la relación médico-paciente, así como la continuidad, fluidez y espontaneidad de la información.
- Permite al médico responsable adecuar el contenido de la información a las circunstancias y requerimientos del paciente (art. 4.2 LAPac).
- Permite que el paciente, si lo desea, solicite al médico que complemente la información con aspectos que son de su interés.

A diferencia de la regulación del consentimiento informado, no existe una previsión específica sobre los supuestos en que la información deberá prestarse por escrito. Pero la mejor solución, es dar la información escrita en los mismos supuestos en los que se exige el consentimiento por escrito, a efectos, por una parte, de garantizar el hecho y el contenido de la información y, por otra parte, servir de elemento probatorio ante una reclamación judicial en los supuestos de denuncia de la infracción de este deber legal.

En todo caso, la información se transmitirá de modo "*verdadero, comprensible y adecuado*" (art.4.2 LAPac) y quedara constancia en la historia clínica, prevista en soporte papel o informático. Siendo este extremo fundamental como medio de prueba frente a eventuales reclamaciones por falta de información adecuada.

La información deberá ser verdadera, comunicada de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente para que este pueda consentir libremente según su voluntad. La anterior ley general de sanidad en su artículo 10.5 exigía que la información fuera completa, continuada, verbal y escrita. Posteriormente el Convenio de Oviedo en su artículo 5 introdujo el término información adecuada, es decir, clara y adaptada a la persona concreta. Esta misma terminología ha sido adoptada en la LAPac.

---

<sup>253</sup>ABEL LLUCH, X, (2003), *El derecho de información sanitaria.....Op Cit, pags. 1-6.*

El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, derogado por la LAPac 41/2.002, reconocía 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 de tratamiento”*.

La LAPac 41/2.002 señala en el artículo 4.2 que la información ha de ser verdadera, comunicándola de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente y teniendo como objetivo la ayuda en la toma de decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

La LAPac 41/2.002 sigue la línea del CEDHB y de otras leyes autonómicas anteriores (Ley 21/2.000 de Cataluña, Ley 10/2.001 de Extremadura, Ley 8/2000 de Castilla la Mancha y Ley 11/2.002 de Navarra, entre otras). Sin embargo, la Ley 5/2.003 de Salud de las Islas Baleares, recoge el derecho del paciente a recibir en *“términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso...”* en términos similares a la derogada Ley General de Sanidad.

El Tribunal Supremo viene señalando de forma reiterada que el consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. Así, la primera Sentencia del Tribunal Supremo, que se centra exhaustivamente en el deber de información, es la STS de 25 de abril de 1994 en cuyo fundamento de Derecho tercero establece *“informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado. Que habida cuenta de que la resolución recurrida sienta como fundamento fáctico de su fallo, no combatido con éxito en esta vía de casación, que el demandado recurrente no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa, obvio es que aquél incumplió sus obligaciones médicas”*.

Respecto del carácter comprensible de la información, normalmente el destinatario de esa información será una persona que carece de conocimientos médicos o científicos, el hombre medio, por lo que la información deberá tenerlo en cuenta, debiendo el médico anteponerla al tecnicismo.

En este sentido la STS de 29 de mayo de 2.003, que establece: *“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 o no a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen*”<sup>254</sup>.

Respecto al carácter verdadero, determina que no existe lugar para la mentira piadosa. La información ha de ser verídica, la veracidad implica un "mandato" al médico responsable para que no oculte aquellos aspectos más delicados o fatales de la información, sin perjuicio de una transmisión progresiva y gradual de la verdad y a salvo del supuesto excepcional, de estado de necesidad terapéutico (art. 5.4 LAPac), y supone un marco legal para que la información sea objetiva y específica de la enfermedad.

Respecto del carácter adecuado de la información, el CEDHB, incluye por primera vez en su artículo 5, que la información debe ser «adecuada» al paciente, y serán las normas propias de la “lex artis” del profesional sanitario y la propia curiosidad del paciente las que determinen cuándo la información es adecuada, dada la posibilidad de la renuncia del paciente a ser informado, que deberá respetarse salvo cuando se ponga en peligro a terceras personas.

La adecuación se proyecta según ABEL LLUCH <sup>255</sup>en diferentes esferas (subjctiva, objetiva, cuantitativa, cualitativa y temporal), del modo siguiente:

- *Adecuación subjetiva*: siendo el paciente el destinatario originario y por excelencia de la información sanitaria no pueden ignorarse sus circunstancias personales, de modo que el médico responsable deberá atender, entre otros factores, a la edad del paciente, su estado de ánimo, la urgencia o gravedad de la enfermedad, el nivel de formación o su grado de madurez.

- *Adecuación objetiva*: siendo una de las finalidades legales de la información sanitaria ayudar al paciente “*a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad*” (art. 4.2 (LAPac), tampoco podrá ignorarse si la información se limita a dar a conocer al paciente su estado de salud o es el punto de partida para tomar una decisión para la cual la Ley exige un consentimiento informado. O si nos encontramos ante un supuesto de medicina voluntaria o un supuesto de medicina curativa.

En este sentido la STS de 27 de abril de 2001 (LA LEY 5133/2001), señaló “*...la información habrá de ser exhaustiva, es decir que, en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen.*”

---

<sup>254</sup>STS de 29 de mayo de 2003, FJ 1º.

<sup>255</sup>ABEL LLUCH, X, (2003), *El derecho de información sanitaria. Op Cit, 1-6.*

- *Adecuación cuantitativa*: el grado o cantidad de información a suministrar al paciente no puede fijarse en porcentajes, ni queda circunscrito a la apreciación del médico responsable, sino que, debe atender a un criterio de demanda subjetiva, de modo que deberá suministrarse tanta información cuanto el paciente demanda siempre, que se trate de información “*disponible*”. En todo caso, quien fija el *quantum* de información no es el médico, salvo los supuestos de “*estado de necesidad terapéutica*” (art. 5.4 y 9.1 (LAPac), sino el paciente, y ello por ser la información un derecho esencial, primario, originario.

En este sentido la Sentencia de 1.961 de un Tribunal Americano (Sentencia Borkey contra Anderson): señalaba “*la medida de la información no corresponde al médico sino al paciente, es decir, debe adecuarse a lo que el sujeto necesita conocer para tomar una decisión seria*”. Y la STS de 10 de abril de 2.003, que señala “*...deber este (el de informar), que no puede ser entendido de forma general o abstracta, sino que hay que tener en cuenta la realidad social en que se presta el servicio, que a este respecto se ha producido una variación considerable en esta materia, en el sentido que no hace mucho se estimaba, que por conveniencia del enfermo, había que disfrazar de alguna forma la patología que padecía, situación que ha cambiado, por lo que evidentemente en este caso se hizo saber a la enferma la gravedad de su dolencia y de que la intervención más adecuada en atención a su situación médica era la videolaparoscopia, en lugar de la cirugía abierta, ...*”<sup>256</sup>

Así mismo, la STS de 2 de octubre de 1997 (LA LEY 9738/1997), que analiza el supuesto del fallecimiento de un menor de 14 años, razona la suficiencia de la información distinguiendo entre un “*punto de vista objetivo*” y “*un punto de vista subjetivo*”, del modo siguiente: “*... hubo información suficiente por parte del equipo médico, desde un punto de vista objetivo; aunque hay que comprender que desde el punto de vista subjetivo -unos padres cuyo hijo muere a los 14 años- toda información puede parecer poca, por la sencilla razón de que una muerte prematura no puede ser explicada ni se adapta a parámetros normales; pero que jurídicamente no puede ser tenida en cuenta.*”

En todo caso, la información habrá de ser más o menos exhaustiva, según la importancia y urgencia de la intervención, y se mantiene mientras el enfermo esté bajo el cuidado médico.

-*Adecuación cualitativa*: es un dato que se presupone. Puesto que el emisor de la información es una profesional de la salud, con una competencia y técnica sobre la materia objeto de información, deberá proporcionar la información con el rigor necesario.

---

<sup>256</sup>STS de 10 de abril de 2003, FJ2º.



- *Adecuación temporal*: a diferencia de la adecuación cuantitativa, la elección del momento adecuado para transmitir la información corresponde al médico responsable, particularmente en supuestos en los que el paciente demanda el conocimiento de un diagnóstico y el médico responsable sabe que éste es un diagnóstico fatal o de gravedad. En efecto, será la competencia profesional y sensibilidad humana del médico responsable la que le permitirá escoger el momento idóneo para transmitir la información.

Aunque la LAPac no lo contemple expresamente, es oportuno que toda información sea útil y se transmita con la necesaria antelación. La antelación permite la maduración de la decisión y eventualmente una segunda opinión médica. En este sentido la STS de 22 de julio de 2.003, donde se condena a un médico por falta de una información actualizada sobre una operación estética de senos de la cual se derivan unos resultados que no satisfacen las expectativas de la paciente.

El art. 15.2 LAPac al enumerar las menciones de la historia clínica, de su "*contenido mínimo*" incluye el consentimiento informado. En la medida que el consentimiento presupone la previa información, queda constancia implícita de ésta en la historia clínica, la cual podrá instrumentalizarse bien por escrito o "*en el soporte técnico más adecuado*" (arts.14.2 y 15.1 LAPac).

En ocasiones, el derecho a la información general puede colisionar con derechos individuales y/o con intereses socioeconómicos, para evitar situaciones de alarma social desmesurada. No obstante, si de la falta de información se derivara un daño, se podría generar responsabilidad administrativa, penal y civil.

## **2.4 Excepciones al derecho de información**

### **2.4.1. Estado de necesidad terapéutica**

Por estado de necesidad terapéutico podemos entender, "*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*"<sup>257</sup>.

El Art. 5.4 de la LAPac, permite limitar el derecho de información sanitaria de los pacientes cuando se acredite la existencia de un estado de necesidad terapéutica, debiendo el facultativo dejar constancia razonada en la historia clínica de tales circunstancias, por tanto son supuestos distintos de los contemplados en el Art. 9.2 de la LAPac., casos de emergencia en los que concurren situaciones de gravedad e inmediatez

---

<sup>257</sup>STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL: CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW(ACQUISGROUP), VON BAR Christian y CLIVE, Eric (edits.), Sellier, Munich, 2009, Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference. Full Edition, vol, II, Artículo IV, C—8:107, Comentario A (General Idea), p. 1985.

del daño, en los supuestos de necesidad terapéutica el paciente tendrá capacidad para recibir la información asistencial, se produce un conflicto entre la autonomía del paciente y su salud que la ley resuelve a favor de esta última. No obstante su interpretación debe ser restrictiva y su aplicación excepcional.

En estos supuestos, el Art. 5.4 in fine prevé que el médico dejara constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicara su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, salvo que el paciente lo haya prohibido.

No obstante dicha previsión, si el paciente hubiera otorgado en documento de instrucciones previas su voluntad en orden a recibir determinados cuidados, en una situación coincidente con la planteada, y hubiera designado un representante exponiendo sus convicciones y valores con la finalidad de que sean respetadas en orden a decisiones sanitarias, entendemos que a tenor de la previsión del Art. 11 de la LAPac., dicha voluntad debería respetarse.

ROMEO CASABONA<sup>258</sup>, señala *“la conflictividad ha hecho acto de presencia en ocasiones, en concreto cuando la no realización del tratamiento pone en un previsible peligro la vida del paciente, pudiendo llegar a perder la vida o a precipitar el desenlace fatal temido”*. En estos casos entraría en juego la ponderación de bienes en presencia debiendo informar al paciente salvo que entre en conflicto con un bien de igual o mayor valor.

Algunas CCAA, han regulado la necesidad terapéutica, así la Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León, contempla en su artículo 20 que se puede revertir paulatinamente esa necesidad terapéutica, aumentando progresivamente la información. Así mismo, regulan la necesidad terapéutica la Ley 3/2005, de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura en su artículo 7; la Ley de Derechos y Deberes de los Usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, en su artículo 32.2; la Ley 5/2010 de 24 de junio de Castilla la Mancha; la Ley Foral 17/2010 de 8 de noviembre y la Ley Gallega 3/2001 de 28 de mayo, si bien ésta no contempla la posibilidad de reintroducir la información si mejora el paciente, al igual que Decreto 45/1998 de 17 de mayo del País Vasco.

#### **2.4.2. Renuncia del paciente a recibir información**

El derecho a la información del paciente posee una vertiente negativa, dado que tiene derecho a no ser informado, según se reconoce en los Art. 4.1 y 9.1 de la LAPac., y ello sin perjuicio de que el facultativo de conformidad con lo dispuesto en el Art. 5.1

---

<sup>258</sup>ROMEO CASABONA, C.M., (1995), *El consentimiento del paciente al tratamiento, tema monográfico, Jano, Vol. XLVIII, núm. 114, p.35*

de la LAPac., deba informar a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho en la medida en que este lo haya permitido expresa o tácitamente.

El Art. 9.1 de la LAPac., señala que la voluntad del paciente de no ser informado debe manifestarse expresamente (de forma verbal o por escrito) dejando constancia documental de la misma.

La renuncia del paciente a ser informado debe ser expresa, clara e inequívoca, (art. 9.1 de la LAPac), constituye un derecho del paciente en el ejercicio de su autonomía y como tal puede ser graduada, pudiendo solicitar el paciente que la misma se transmita total o parcialmente a sus familiares o allegados, previa autorización suya.

No obstante, aun cuando el paciente ejercite su derecho a no ser informado es él quien ha de prestar el consentimiento previo para la intervención y ello sin perjuicio de que pueda designar representación voluntaria a tal efecto.

Además existen límites al derecho a no ser informado recogidos en el propio precepto, establecidos con la finalidad de proteger el ejercicio libre de otros derechos o de valores y principios que el ordenamiento jurídico también tutela, como son el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad o por exigencias terapéuticas del caso.

Para GALAN CORTES, *“el problema fundamental del derecho a no saber se halla en que una decisión autónoma de no desear recibir ciertas informaciones, tiene como presupuestos el conocimiento de la posibilidad de conocerlas (conocimiento de la posibilidad de conocimiento). En todo caso no parece necesario que concurra una negativa informada en el sentido de una negativa con plena información, pues en tal caso, el derecho a no saber quedaría vacío de contenido, al menos abstracto (información básica) del ámbito de conocimientos en cuestión, en tal forma que se encuentre en condiciones de poder ponderar, adecuadamente, los riesgos de la falta de conocimiento”*.<sup>259</sup>

---

<sup>259</sup>GALAN CORTES, J.C., *Responsabilidad médica y Consentimiento informado.....*, Op. Cit, pags. 192-193



## **CAPITULO III.- REGIMEN JURIDICO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

### **1.- INTRODUCCION**

La obligación de obtener el consentimiento informado del paciente venía ya reconocida en la LGS, al exigir el previo consentimiento escrito de los usuarios para la realización de cualquier intervención.

El CEDHB, recogió dicha obligación declarando que una intervención en el ámbito de la sanidad solo puede efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Con esta regla se pretendía dejar clara la autonomía del paciente en su relación con los profesionales sanitarios y restringir cualquier intento de enfoque paternalista que pretendiera ignorar el deseo del paciente.

Este convenio supuso, el punto de partida de la promulgación de leyes de autonomía de los pacientes de las Comunidades Autónomas (en lo sucesivo CCAA.). Así como, otras regulaciones específicas del consentimiento informado como es el caso del previsto en la Ley 17/2003, de Investigación biomédica (artículo 4) o en la ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida (artículo 3.4) o sobre el aborto LO 2/10 de 3 de marzo.

El derecho a consentir las intervenciones medicas adquirió incluso naturaleza de derecho fundamental en el ámbito europeo, al ser incorporado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde al tratar sobre el derecho a la integridad de la persona, se hace alusión expresa a la necesaria obtención del consentimiento informado, afirmándose que, en el marco de la medicina y la biología, se respetara el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

La LAPac ha recogido en similares términos al CEDHB, celebrado en Oviedo esta obligación de obtener el consentimiento informado, indicando que 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 adecuada, haya podido valorar las opciones propias del caso.

Así mismo, la LAPac 41/2002 reproduce la previsión del CEDHB, de reconocer al paciente el derecho a revocar por escrito libremente su consentimiento en cualquier momento<sup>260</sup>. Queda así convenientemente reforzado en nuestro ordenamiento jurídico el principio de autonomía del paciente.

---

<sup>260</sup>Art. 8.5 de la LAPac y 5 párrafo 3 del CEDHB de Oviedo.

## 2.-CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

El termino consentimiento informado presenta matices diferentes de naturaleza ética, jurídica o médica. La teoría del consentimiento informado está basada en principios éticos, se encuentra regulada por normas legales y se lleva a la práctica por los médicos en el marco de la relación medico paciente.

Desde un punto de vista de la ética las personas tienen derecho a sus creencias, a tomar sus propias decisiones y a realizar acciones basadas en valores propios. Desde esta perspectiva se pueden diferenciar dos objetivos principales en la teoría del consentimiento informado: promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional.

Desde una perspectiva jurídico general el consentimiento informado supone la transformación de la esencia de la relación medico paciente, de tal forma que la autoridad en dicha relación se desplace del médico al paciente; para ello se exige al medico el cumplimiento de dos deberes legales distintos pero relacionados entre sí:

a)-El deber de informar adecuadamente al paciente para que pueda tomar libremente una decisión sobre un procedimiento terapéutico o diagnóstico, o para ser sujeto de una investigación o experimentación.

b)-El deber de obtener el consentimiento del paciente antes de realizar una intervención o una investigación.

Entre las definiciones de consentimiento informado, hay algunas que apuestan por la preponderancia del factor información.

De esta forma, para el Colegio de Médicos Americano el consentimiento informado en su edición de 1984, consiste *“en la explicación a un paciente atento y mentalmente capaz de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y el riesgo de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada. La colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción, el médico no debe sacar partido de su potencial dominación psicológica sobre el paciente.”*

MARTÍNEZ-PEREDA, citando a MARÍN GÁMEZ, lo define como *“el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud de la cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad...”*.

Otros autores se decantan por hacer hincapié en el principio de autonomía del paciente y en su capacidad para elegir.

Así, BEAUCHAMP y CHILDRESS definen el consentimiento informado como *“una autorización autónoma del individuo para una intervención médica o para participar en una investigación. El paciente presta su consentimiento informado a una intervención si es capaz de actuar, recibe información completa, comprende la información, actúa voluntariamente y acepta la intervención”*<sup>261</sup>.

En similares términos, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud lo define señalando que<sup>262</sup>: la información recibida por el paciente debe entenderse como un proceso gradual y continuado a lo largo de todo el proceso asistencial, que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso, y que debe permitir que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad<sup>263</sup>.

Para GONZÁLEZ-TORRE, constituye *“el derecho de todo paciente capaz a ser informado sobre todos los extremos relevantes de su situación médica y sobre los tratamientos posibles, con el fin de que pueda decidir de forma autónoma sobre la manera en que ha de ser tratado médicamente”*<sup>264</sup>.

Por su parte DE ASIS SANZ GANDASEGUI, lo considera *“una manifestación o concreción del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española, del derecho de toda persona al respeto de su dignidad y a la libertad individual, así como de su intimidad. De la Constitución se deriva la configuración de un sistema sanitario público o privado que, entre otras muchas vertientes, informe al paciente de una manera razonable y comprensible sobre las circunstancias de su salud, que recabe su consentimiento, respecto de las actuaciones sanitarias que puedan afectarle, especialmente, las mas invasivas y que a la vez sea respetuoso de su intimidad personal y de la libertad individual”*<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup>BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J. (1999) F. Principios de ética biomédica, (traducción a la 4ª edición) Masson. Barcelona, p. 135.

<sup>262</sup>El Consejo Interterritorial es un órgano de participación y cooperación entre las diferentes Comunidades Autónomas y la Administración central que aparece regulado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

<sup>263</sup>Acuerdo núm. 261 del Pleno del Consejo Interterritorial de 6 de noviembre de 1995, sobre consentimiento informado. Puede accederse a dicho Acuerdo a través de la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo, en [www.msc.es](http://www.msc.es).

<sup>264</sup>IBAÑEZ REQUERO, J. L. (2002). El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Actualidad administrativa, (31), pags. 889-943.

<sup>265</sup>De ASIS SANZ GAMDASEGUI, E. (2009) “La responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria” en Manual sobre responsabilidad Sanitaria. Abogacia del Estado. Dirección del servicio jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra.

GALAN CORTES, lo concibe como un presupuesto y elemento integrante de la “*Lex artis*”, para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica, un acto o proceso clínico más cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad y que en la actualidad supone uno de los principales motivos de condena en los supuestos de responsabilidad civil<sup>266</sup>.

GONZALEZ MORAN, considera que el consentimiento informado es “*un acto de voluntad que admite o que rechaza, que presta o que deniega conformidad a las proposiciones ofertadas*”<sup>267</sup>

JUNQUERA DE ESTEFANI, lo concibe como “*una manifestación concreta de la autonomía del sujeto, consistente en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad que le afecta directamente*”<sup>268</sup>.

Desde el punto de vista jurídico-Penal, MORILLAS CUEVA, considera el consentimiento al acto médico una autorización para realizar determinados actos sobre la esfera corporal de una persona, que de otro modo, podría constituir un delito, de lesiones (vulnerando la integridad física) o de coacciones (vulnerando la libertad del paciente). El consentimiento excluiría la tipicidad penal y permitiría al paciente ser parte activa en la toma de decisiones médicas<sup>269</sup>.

Sobre la base de lo expuesto, podemos definir el consentimiento informado como el derecho personalísimo del paciente (o cliente en medicina satisfactiva) a decidir de forma autónoma (libre, voluntaria y consciente) con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud su sumisión o rechazo a la misma. Esta decisión la debe adoptar el paciente tras interactuar con el profesional sanitario en un proceso dialógico continuado en el que este debe comunicar y explicar a aquel la información prevista en el Art.4 de la LAPac<sup>270</sup>.

En línea con la postura de prestar mayor énfasis al principio de autonomía del paciente, la LAPac incorpora en su art. 3, una definición de consentimiento informado en los siguientes términos: “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”.

---

<sup>266</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica*, ed. 4ª. Aranzadi. Navarra. p.541.

<sup>267</sup>GONZALEZ MORAN, L. *De la bioética al bioderecho.....*, Op. Cit. p. 267.

<sup>268</sup>JUNQUERA DE ESTEFANI, R. (2004) “*La Autonomía como derecho básico del paciente. La regulación española*”, en JUNQUERA, R. (coordinador), *Algunas cuestiones de bioética y su regulación Jurídica*, Grupo Nacional de Editores, Sevilla, pags. 157 y ss.

<sup>269</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica*. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid, p.85.

<sup>270</sup>CADENAS OSUNA, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*.p.210



A nivel jurisprudencial, el consentimiento informado es considerado por el Tribunal Supremo un derecho humano fundamental<sup>271</sup>, dado que el derecho de autonomía del paciente forma parte del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral, reconocidos en el art. 15 de la CE.

Así el TS en sentencia de 12 de enero de 2001(FJ1º) señaló, *“El consentimiento informado constituye un Derecho Humano Fundamental, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos Derechos a la vida, a 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 auto-disposición sobre el propio cuerpo” (...)* *“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 fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la 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 propios intereses y preferencias, en el artículo 9.2 y en el 10.1”*<sup>272</sup>

El termino Consentimiento informado se ha consagrado en la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>273</sup> en el artículo 3.1.2 que prevé *“1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.2. En el marco de la medicina y la biología se respetaran en particular; el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”*

En nuestra opinión, el consentimiento informado supone la aceptación del paciente del tratamiento propuesto por el médico responsable, previamente informado de forma adecuada de los detalles de su enfermedad y alternativas terapéuticas, como expresión de ejercicio de su libertad y autonomía.

---

<sup>271</sup>En este sentido SSTs de 12 de enero de 2001, 28 de marzo de 2011.

<sup>272</sup>En el mismo sentido la sentencia del TS de 11 de mayo de 2001 que señala *“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, integridad física y 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 auto-disposición sobre el propio cuerpo regulada 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”*

<sup>273</sup>ALONSO OLEA, M. (2001), *El Consentimiento informado en medicina y cirugía*, Revista de Administración Pública nº 155, p. 8

### 3.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En el ámbito de la relación médico-paciente, el consentimiento del enfermo constituye un Derecho fundamental personalísimo<sup>274</sup>, cuyo ejercicio corresponde al paciente para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto de su salud y su cuerpo, (salvo circunstancias excepcionales). Es una exigencia ética y legal para el médico, que forma parte de la “*lex arti ad hocs*”, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.

La actividad médica supone por definición una injerencia en el ámbito de privacidad del individuo y requiere como presupuesto mínimo de su conformidad a derecho, la concurrencia del consentimiento informado del paciente<sup>275</sup>. El médico no puede sin el consentimiento libre e informado del paciente proceder a la intervención que no sea impuesta por una necesidad imperiosa o un daño inminente para el paciente, dado que si el paciente desconoce sus riesgos a priori, no los puede asumir, quedando a cargo del médico actuante<sup>276</sup>.

En el ámbito de la relación médico-paciente, el consentimiento dará lugar a un derecho en el médico a crear un riesgo o la lesión que sus actividades consentidas impliquen.

La doctrina y la jurisprudencia de forma unánime destacan que la información del paciente es una obligación asumida por el médico y un requisito previo a todo consentimiento informado. Considerando el consentimiento informado como elemento integrante de la “*lex artis ad hoc*” lo que determina que su omisión o defectuosa prestación sea origen de responsabilidad, al margen de que, la actuación médica no haya incurrido en ninguna negligencia.

A través del consentimiento informado, el paciente debe emitir su conformidad al acto médico tras haber recibido una correcta y adecuada información, la obligación de informar al paciente y de obtener su consentimiento integran la “*lex artis ad hoc*” del médico, y supone el ejercicio de derechos fundamentales de la personalidad del paciente<sup>277</sup>.

#### 3.1. El consentimiento informado como Derecho Fundamental

El consentimiento informado se configuró como un derecho fundamental en la Unión Europea, cuando se recogió en el artículo 3, sobre derecho a la integridad de la persona de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

---

<sup>274</sup> En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencias de 23/4/1992, 31/7/1996 y 26/9/2000.

<sup>275</sup> GALAN CORTES, J.C. (2014) *Responsabilidad Civil Médica.....*, Op. Cit. p.542.

<sup>276</sup> *Ibidem*. p.543.

<sup>277</sup> DIAZ MARTINEZ, A. (2011). *El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral*, Aranzadi Civil-Mercantil num.5/2011, Pamplona. p.1-25.

Europea(2000/C364/01)<sup>278</sup>. Dicha Carta estuvo en vigor hasta su derogación por el Tratado de Lisboa, no obstante la ley Organica 1/2008, de 30 de julio por la que se autoriza la ratificación por España del tratado de Lisboa, en su artículo 2, dispone que a tenor de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 10 de la CE y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los Derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de acuerdo con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales.

El artículo 3 incluye dentro del Derecho a la integridad física y psíquica de la persona el consentimiento informado<sup>279</sup>.

En este sentido el Tribunal de Estrasburgo ha señalado la importancia del consentimiento informado de los pacientes, estableciendo que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente supone un ataque a la integridad física, del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos en el Art. 8.1 CEDH (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty versus Reino Unido 63)<sup>280</sup>.

El TEDH, ha señalado la importancia de que las personas que se enfrentan a un riesgo para la salud, tengan acceso a la información que les permita evaluar los riesgos.<sup>281</sup>

De igual modo la doctrina<sup>282</sup> y la jurisprudencia española<sup>283</sup>, señalan que el consentimiento informado constituye un Derecho fundamental vinculado con el derecho clásico a la vida e integridad física pues es inherente al mismo.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que "*constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por si mismo en lo atinente a la propia persona, y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*"<sup>284</sup>.

---

<sup>278</sup>LARIOS RISCO, D., GARCIA LUNA, C., PALOMAR OLMEDA, A. (2007), *Marco jurídico de la profesiones sanitarias*, Lex Nova, p. 208

<sup>279</sup>SOLE RESINA, J. (2014), "la protección de las personas mayores y con discapacidad", en la nueva perspectiva del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia, en GARCIA GARNICA, M.C. (Dir.) Ed. Dykinson, Madrid, p.120

<sup>280</sup>En el mismo sentido STEDH de 15 de enero de 2013(caso Csoma versus Rumania).

<sup>281</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica....Op. Cit.* pags.548-549.

<sup>282</sup>MARCOS del CANO, A.M. (2001), *Bioética y Derechos Humanos*, UNED, p. 283

<sup>283</sup>En este sentido SSTS de 12 de enero de 2001, 28 de marzo de 2011.

<sup>284</sup>RUBIO TORRANO, E. (2002). *Derechos fundamentales y consentimiento informado*. Aranzadi Civil, Tribuna, 19. pags.2 y ss.

El Tribunal Supremo, en sentencia 74/2001 de 12 de enero (Rec.110/1996), (FJ1º) reconoce la importancia del derecho de información al paciente, para escoger en libertad, basándose en: el artículo 1.1 de la CE (libertad) y 10.1 de la CE (dignidad de la persona); la sentencia del TC 132/1989, de 18 de junio que reconoce el derecho de autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias; Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. Reconociendo el consentimiento informado como un derecho humano fundamental expresión práctica de la vida, integridad física, libertad de conciencia y libertad personal para decidir sobre su propia persona<sup>285</sup>.

No obstante lo anterior, se ha cuestionado por la doctrina<sup>286</sup> si el consentimiento informado constituye un derecho fundamental en sentido estricto, toda vez que, no gozarían de la protección de los derechos contenidos en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, ni sería susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, además de recogerse en un precepto de legalidad ordinaria que no precisa ley orgánica para su regulación.

Por ello, en este punto merece especial mención la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, que estima el recurso de amparo planteado, y abre una nueva vía de defensa para los pacientes incorrectamente informados que han sufrido daños, donde analiza si la incorrecta prestación del consentimiento informado, o la omisión total de éste es mera legalidad ordinaria o está en juego la vulneración de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional en la referida sentencia, (ponente Pérez Vera) rechaza en primer término, que el caso pueda tener relación alguna con la libertad personal protegida por el art. 17.1º CE, alegada en el recurso de amparo, junto con el derecho a la integridad física y moral y la tutela judicial efectiva. Dado que, la que aquel precepto constitucional protege es la libertad física, no la autodeterminación individual, que es la que propiamente entronca con la exigencia de consentimiento informado del paciente en las actuaciones médico-sanitarias. Libertad o capacidad de autodeterminación, que

---

<sup>285</sup>La sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1ª de 12 enero 2001, estableció 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 fundamento y apoyo en la misma, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 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”.

<sup>286</sup>PULIDO QUECEDO, M. (2001), “el consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental? Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2001(Tribuna). Ed. Aranzadi, Pamplona.

como valor superior del ordenamiento jurídico tutela el art. 1.1º CE.

Dicha libertad o capacidad de autodeterminación solo podrá fundamentar un recurso de amparo si se han vulnerado algunos de los derechos fundamentales concretos que la garantizan. La actuación médica llevada a cabo sin recabar previamente el consentimiento del paciente, que debía ser informado, sí puede considerarse, según el Tribunal Constitucional, de lesiva de su derecho fundamental a la integridad física y moral, desde una nueva perspectiva distinta a las aplicadas por la doctrina constitucional hasta el momento, (en supuestos de procedencia o no de imposición de asistencia médica contra la voluntad de una persona; de protección frente a niveles de saturación acústica que rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud de un sujeto, de práctica de pruebas de alcoholemia en la sangre extraída tras un accidente de tráfico, de las diligencias de investigación en el marco de un proceso penal extrayendo muestras biológicas del imputado o sometiendo a éste a radiaciones, también vinculadas con la intimidad personal)<sup>287</sup>.

Considera el TC que el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho a la integridad física y moral lo constituye la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, ya sea consumada la lesión ya sea mediante la creación de un riesgo grave<sup>288</sup>.

Por tanto, asocia la falta de información con la afectación del derecho a decidir del paciente. La relación entre consentimiento e información determina que el correcto ejercicio de aquel depende de esta, por ello la ausencia de información sin justificación comporta la privación del derecho a decidir, a autorizar la actuación médica, vulnerando el derecho a la integridad física considerada como manifestación de ese consentimiento.<sup>289</sup>

Esta sentencia es relevante, porque configura como lesión de tal derecho fundamental, no una asistencia o actuación del personal médico contra la expresa voluntad del sujeto sobre su cuerpo con el propósito de salvar su vida u obtener pruebas en un proceso penal, sino una intervención, con finalidad curativa, realizada sin su consentimiento, que no se ha solicitado correctamente, y sin la previa información preceptiva, con incumplimiento de las exigencias legales; en línea con textos internacionales que vinculan consentimiento informado y derecho a la integridad física

---

<sup>287</sup>Entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional nº 119/2001, de 29 de mayo; nº 206/2007, de 24 de septiembre y nº 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>288</sup>GUERRA VAQUERO, A.Y. (2013), "nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo sobre consentimiento informado", *Diario la Ley*, núm. 8140, Sección Tribuna, 3 de septiembre de 2013, año XXXIV, Ref. D-293, Ed. La Ley.

<sup>289</sup>ABASCAL JUNQUERA, A. (2011), "El deber de información al paciente como Derecho Fundamental, a la integridad física. Doctrina de la STC 37/2011, de 28 de marzo", *Según responsabilidad civil y seguro* núm. 22, 3º trimestre 2011 (junio), p. 13-21

y psíquica, entre otros el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (DOCE de 18 de diciembre de 2000D); y el TEDH, que integra la noción integridad física y moral de la persona en la referencia que el art. 8.1º del Convenio hace a la vida privada y familiar<sup>290</sup>.

En este sentido, la LAPac 41/2002 contiene y desarrolla la exigencia de obtención del consentimiento informado de los pacientes a lo largo de su articulado y concretamente en los arts. 2, 4, 8, 9 y 10<sup>291</sup>, y el Tribunal Constitucional descartan en la

---

<sup>290</sup>STEDH de 29 de abril de 2002 (TEDH 2002, 23), caso *Pretty contra Reino Unido*.

<sup>291</sup>Artículo 2 LAPac “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.

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.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

Artículo 4 LAPac “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

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

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

Artículo 8 LAPac “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

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

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y

---

otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. 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.

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

**Artículo 9 LAPac** “1. 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 respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

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 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.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

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 hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. 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.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

sentencia que la omisión del mismo, estuviera constitucionalmente justificada, resaltando la necesidad de especial deber de motivación de las resoluciones judiciales que inciden en un Derecho Fundamental sustantivo como es el caso.

Por ello, no basta una situación de riesgo, para omitir justificadamente la prestación del consentimiento informado, sino que el riesgo ha de estar cualificado por las notas de inmediatez y gravedad, únicamente, en caso de falta de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, se puede excepcionar el derecho de los pacientes a conocer toda la información relevante para su salud, y aun en esos casos, deben ser informados, de ser posible, sus parientes o personas vinculadas afectivamente a ellos.

Pese a lo novedoso de dicha sentencia, la vinculación del consentimiento informado con los derechos fundamentales como señalábamos al principio no constituye, una novedad en la jurisprudencia del TS<sup>292</sup>.

La nueva doctrina consistente en integrar el consentimiento informado en el contenido del derecho a la integridad física, sigue la línea de la doctrina del TEDH, pero exige concretar bien los planos constitucionales y legales.<sup>293</sup>

En este sentido, ha de ser matizada la virtualidad de la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011, 37) que comentamos, pues, no siempre que se plantee ante los tribunales la incorrecta obtención del consentimiento informado del paciente quedará expedita la vía del recurso de amparo, sino solo cuando los tribunales ordinarios hayan obviado la omisión de la información y el consentimiento sin motivar debidamente ni justificar tal inadecuación de la actuación médica a los parámetros legales. Constituyendo como señala el Tribunal Constitucional, a diferencia del Supremo en la

---

*7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.*

*Artículo 10 LAPac ” 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:*

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d) Las contraindicaciones.*

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

<sup>292</sup> En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, 74/2001 de 12 de enero (Rec.110/1996), (FJ1º)

<sup>293</sup> PULIDO QUEVEDO, M. (2011), “el consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física”, *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 825/2011, Tribuna.



sentencia citada, el consentimiento informado del paciente, no un derecho humano fundamental sino una garantía de un derecho humano fundamental, el de la integridad física y moral, en su vertiente de autodeterminación en las decisiones sobre el propio cuerpo, y no como derecho humano en sí mismo<sup>294</sup>.

### 3.2. El consentimiento informado como elemento de la “Lex Artis”

MARTINEZ CANCELLADA, define la “*Lex Artis*” como la regla de la técnica de actuación, de la profesión de que se trate y (...) en el sentido de apreciación sobre la tarea ejecutada por dicho profesional si es o no correcta y se ajusta a lo que debe hacerse”<sup>295</sup>.

Para REYNAL REILLO, la “*lex artis*” constituye “*el criterio que permite realizar una valoración sobre las prácticas adecuadas en los actos médicos, conforme al estado de la ciencia en cada momento*”, ósea, la regla general de actuación de la profesión. En tanto que la “*lex Artis ad hoc*”, sería la obligación tanto del médico como de todos los profesionales sanitarios que atienden al paciente en el iter asistencial, no ya de cumplir con la forma y el protocolo según marque la ciencia para una buena praxis, sino que las técnicas se deben realizar con una exigencia de cuidado y precisión, según las circunstancias, los riesgos de la intervención (especialmente los inherentes y de especial asociación) según el paciente y las circunstancias de cada caso<sup>296</sup>.

El Tribunal supremo en sentencia de 11 de marzo de 1991, define la “*lex artis*” como “*el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina (ciencia o arte médico) que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y en su caso la influencia de factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria) para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida*”<sup>297</sup>.

Así mismo, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 1997 señala “*que la lex artis ad hoc, no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la libertad clínica y a la prudencia...*”<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup>DIAZ MARTINEZ, A. (2011). *El Consentimiento informado como garantía del derecho fundamental.....*, Op. Cit. pags.25-35.

<sup>295</sup>MARTINEZ CALCERRADA, I. (1986), *Especial estudio de la denominada “lex artis ad hoc” en la función médica. Actualidad civil*, núm. 24, pags.1697-1698, [En MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M.,(1995)*Responsabilidad civil y penal del anestesista*, Granada, Comares, p.25]

<sup>296</sup>REYNAL REILLO, E., (2017) *Consentimiento informado y responsabilidad.....*, Op. Cit. p. 140; RUEDA MARTIN, M.A. (2009) “*La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*” *Indret* 4/2009.

<sup>297</sup>En igual sentido SSTs de 25 de abril de 1996, 18 de febrero de 1997 y 28 de junio de 1997

<sup>298</sup>En igual sentido la STS de 2 de octubre de 1997

El Tribunal Supremo ha señalado que los defectos de consentimiento informado, constituyen un incumplimiento de la “*lex artis ad hoc*”<sup>299</sup> consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio sanitario, matizándose las exigencias de su realización por escrito o no y distinguiéndose entre sus efectos en relación con la medicina curativa o satisfactoria.

Dicha concepción se inicia con la sentencia 511/1997, de 29 de mayo (Rec. 3119/1997), que señaló que la información que se debe proporcionar debe incluir características, riesgos, ventajas e inconvenientes, y pronóstico de la intervención a practicar, si dicha información no se facilita con arreglo a lo especificado para que cada enfermo decida, se estará infringiendo la “*Lex Artis ad hoc*”, de modo que se altera la esencia del contrato a mero formulario, vaciando de contenido el derecho de información<sup>300</sup>.

Por tanto, el consentimiento informado jurisprudencialmente hablando es concebido como un elemento de la “*Lex Artis*”, que forma parte de toda actuación asistencial y cuya vulneración se incluye entre las infracciones de la “*lex artis ad hoc*”, independientemente de la corrección o incorrección del acto médico valorado según la ciencia y la técnica vigente en el momento.

Sin embargo, la omisión o incorrecta información dada al paciente no siempre determinara que se derive responsabilidad civil, es preciso que se deriven consecuencias dañosa, siempre que la actuación médica sea conforme a la “*lex artis ad hoc*”, salvo que existan otras alternativas a la intervención, en cuyo caso la falta de información o consentimiento informado al paciente, son considerados supuestos de infracción de la “*lex artis ad hoc*”, al lesionar el derecho de autodeterminación del paciente privándole de la posibilidad de elegir conforme a sus intereses y valores, por falta de información, lo que supone para el mismo un grave daño moral indemnizable, que no deriva de la relación de causalidad entre el acto médico y el resultado dañoso sino del daño que se origina por el incumplimiento del deber de información, en la esfera de la competencia, conocimiento y control, al no desplegar toda la diligencia debida a la profesión y exigida por el deber de prudencia inherente a la praxis médica. Constituyendo una vulneración del derecho de autonomía del paciente, respecto de bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para decidir libremente sobre su salud, integridad física, psíquica y dignidad<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup>CAMPO IZQUIERDO, A.L., (2012), “el consentimiento informado” *Actualidad civil*, n° 12, quincena del 16 al 30 de junio, tomo 1, Ed. La Ley, p. 1333.

<sup>300</sup>En este sentido SSTS 1132/2006, de 15 de noviembre (Rec. 771[RJ 2006, 8059]) y 488/2006, de 10 de mayo (Rec. 3476/1999 [RJ2006, 2399]), ha considerado el consentimiento informado presupuesto y elemento esencial de la “*Lex Artis*” de cualquier actuación médica.

<sup>301</sup>En este sentido la jurisprudencia de la sala primera del TS, por todas la sentencia de 13 de mayo de 2011(Ponente José Antonio Seijas Quintana), estima la demanda de un paciente reconociendo a su favor una indemnización, considerando indemnizable, no el daño derivado de una intervención programada que no se produjo, sino el daño que deriva de la intervención practicada al paciente que no logro mejorar sus dolencias, privándole de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, al no

## 4.- TITULAR DEL DERECHO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

### 4.1. Introducción

El titular del derecho a consentir cualquier intervención médica es el paciente, según se infiere del propio Art. 8.1 de la LAPac, que exige el consentimiento libre y voluntario del paciente con carácter previo a toda actuación en el ámbito de la salud. El paciente debe decidir si se somete o rechaza la intervención tras ser debidamente informado, como expresión de su derecho de autonomía, siempre que tenga capacidad natural y legal suficiente para ello.

Ello sin perjuicio, de que exista una previa deliberación entre el facultativo y el paciente en el ámbito de la relación de confianza presente entre ambos que permita al facultativo conocer valores de aquel y ayudarle a la toma de decisión.

No obstante, la Ley 41/2002 prevé en su artículo 9.3 determinados casos en los que el consentimiento no se realizará de modo personal y directo por el propio paciente, que denomina “*consentimiento por representación*”.

### 4.2. Regulación legal

#### 4.2.1. Regulación estatal

El art. 8 de la LAPac<sup>302</sup> consagra el reconocimiento del paciente capaz, libre y responsable a la hora de decidir qué tratamientos le deben ser suministrados.

---

*haberle informado, lo cual “constituye un daño moral grave que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona y presupuesto de su libertad de decidir sobre su salud, integridad física, psíquica y dignidad”. Si bien esta doctrina parece en principio contraria a la mantenida por la sala Tercera del TS, entre otras en sentencia (de la sala 3ª, sección 6ª) de 4 de diciembre de 2009, que sostiene la falta de consentimiento no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no deriva daño físico. En realidad la ausencia de daño físico, no implica necesariamente la ausencia de daño moral por vulneración de su derecho de autonomía respecto de bienes básicos de su persona. Que es lo que la Sala 1ª señala.*

<sup>302</sup>Art 8 LAPac, prevé “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. 4. 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. 5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

Como regla general son capaces para consentir los adultos no incapacitados salvo que concurran en ellos las circunstancias mencionadas en el art.9.3 LAPac.

Para SANCHO GARGALLO<sup>303</sup>, la capacidad necesaria sera una actitud intelectual y emotiva que precisa el hombre para entender su situación de enfermedad y poder optar entre las alternativas terapeuticas que se le ofrecen en función de lo que considere más conveniente, y por ello `precisa voluntad y un mínimo de sensated que permita realizar un juicio de valor practico y prudente a la vez que llegar a la mejor decisión. El gran reto que tienen hoy día los profesionales sanitarios es la evaluación de la capacidad del paciente para prestar un consentimiento informado valido.

La LAPac sienta como criterio interpretativo general en esta materia que la prestación del consentimiento por representación habrá de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del enfermo y con respeto a su dignidad personal. Habrá que permitirle la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

El art. 9 de la LAPac 41/2002<sup>304</sup>, contempla la competencia exigible al paciente para tener la plena capacidad de elección; determinando en aquellos casos de

---

<sup>303</sup>SANCHO GARGALLO, I. (2004) *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, InDret 2/2004, pags. 20 y ss

<sup>304</sup>El art. 9 de LAPac., dispone "3.Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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 hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. 5. 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. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. 6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de

incompetencia, quiénes han de sustituirles a tal efecto. Emplea conceptos funcionales de capacidad, dando un criterio valorativo general.

Así, respecto de los menores, para que sean capaces exige que sean capaces “*intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*”; y respecto de los mayores, excluye su capacidad cuando “*no puedan tomar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia*” o cuando no puedan “*hacerse cargo de la situación*”, debido a su estado físico o psíquico<sup>305</sup>

En la LAPac se recogen diferentes situaciones contempladas con carácter general en las que se analiza la procedencia de la prestación del consentimiento por representación, estas situaciones son las siguientes:

a) Paciente incapaz para tomar decisiones según apreciación del facultativo.

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, podrá otorgarse el consentimiento por representación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Parece que se trata del mismo supuesto regulado en el artículo 5.3 que habla de que “*la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas con el paciente por razones familiares o de hecho cuando el paciente carezca de capacidad para entender la información*”.

El CEDHB de Oviedo dedica un precepto a la protección de las personas que sufran trastornos mentales graves, prescribiendo que las mismas solo podrán ser sometidas, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia para este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley<sup>306</sup>.

No obstante no todo enfermo mental es un enfermo incapaz, aunque en algunas fases pueda serlo, por lo que habrá de respetarse la autonomía de que disponga, debiendo operar el paternalismo solo de forma subsidiaria. Por lo que respecta a la

---

*justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. 7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.*

<sup>305</sup>GOMEZ PAVON, P. (1997), *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, pags. 92 y ss.

<sup>306</sup>Art.7 del CEDHB de Oviedo.

información que se le debe facilitar, la STS de 5 de marzo de 1997, señalo la necesidad de facilitar información en las enfermedades psiquiátricas por la idiosincrasia de dichos procesos patológicos y los riesgos que conllevan.

b) Paciente incapaz en virtud de declaración judicial.

Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. En realidad este supuesto parece estar incluido en la suposición anterior, ya que todo aquel que sea incapacitado legalmente no va a ser capaz de tomar decisiones por sí mismo. No obstante, habrá que estar a lo que determine la sentencia de incapacidad que podrá graduar la misma. En todo caso, no debemos perder de vista que el art. 9.5 de la Ley básica mantiene que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, y al que se facilitara información de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.

En este caso el paciente sí tiene un representante legal y es éste el que debe otorgar el consentimiento. El CEDHB de Oviedo admite igualmente esta situación cuando proclama que en los casos en que según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento a una intervención, esta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. El Convenio continua diciendo que la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el proceso de autorización<sup>307</sup>.

La referencia a incapaces que realiza la LAPac no es muy acertada, dado que la diversidad de aspectos de la incapacitación legal depende de lo que se haya establecido en la sentencia, de ahí que la referencia del art. 9.3.b dice “*cuando el paciente esté incapacitado legalmente*”, debe entenderse cuando dicha incapacidad legal afecte específicamente a esta clase de decisiones. Entre el criterio de la incapacitación legal y la capacidad natural, debe darse preferencia a este último<sup>308</sup>.

c) Menor de edad emancipado o con dieciséis 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. Habrán de otorgarlo ellos mismos directamente, no obstante el propio artículo 9.3 de la Ley Básica, prevé “*sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*” previsión que plantea dudas en su aplicación.<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup>Art.6.3 del CEDHB de Oviedo.

<sup>308</sup>LOPEZ-CHAPA, S. (2007). *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Bosch, Barcelona. p. 92.

<sup>309</sup>Art.9.3,c) de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002.

La norma es confusa, pues dicha situación podría subsumirse en el caso anterior, por lo que más bien parece que dicha previsión sería una presunción de capacidad en el menor emancipado o mayor de 16 años, de modo que sólo una incapacidad en sentido estricto o una incapacitación judicial pueden llevarle a requerir la sustitución del consentimiento<sup>310</sup>.

Además, el término padres debería sustituirse por representante legal, de otro modo dejaría vacío de contenido situaciones como la tutela de menores, tampoco ofrece mucha seguridad jurídica el concepto indeterminado de grave riesgo que utiliza el precepto, pues el legislador deja su determinación en manos exclusivas del médico<sup>311</sup>.

A tenor de la referida regulación legal, cuando la voluntad de los padres y el hijo menor de edad coincidan, no se planteará ningún problema salvo que la decisión vaya claramente en contra de la salud del menor.

Pero ¿Qué ocurre si el menor acepta someterse a un acto médico y los padres se oponen? Si no hay dudas sobre la plena capacidad del menor, será suficiente su consentimiento para que la intervención sea legal. No obstante, si se duda de su madurez, su intervención tendrá por finalidad la protección de su salud, y su consentimiento debe entenderse como válido si va en ese sentido, mientras que en otro caso se atenderá la voluntad de los padres si es la medicamente indicada.

¿Y en el caso de que el menor maduro se niegue a someterse a una intervención médica, que los padres entienden que es necesaria? La decisión del médico debe variar atendiendo al peligro que para la salud del menor suponga la falta de intervención.

Así, si se trata de intervenciones que no ponen en peligro la salud del menor, si éste se niega, debe respetarse su voluntad aunque los padres deseen que el acto médico se practique.

Si se trata de una intervención necesaria para su salud o para su vida, estaríamos ante un conflicto entre la aplicación del art. 162.II.1.º del Código Civil que reconoce el derecho de los menores con suficiente juicio a decidir válidamente sobre las intervenciones físicas en su persona, y el art. 2.1 de la Ley de Protección Jurídica del Menor que dice que *"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos*

---

<sup>310</sup>GOMEZ RIVERO, M. D. C. (2007). *La responsabilidad penal del médico.....*, Op. Cit. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 62.

<sup>311</sup>BLAS ORDAN, C., *El equilibrio en la relación médico-paciente.....*, Op. Cit, p. 156

*primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".*

En este supuesto, debemos entender que entre los dos intereses en conflicto: el poder de auto-disposición del menor sobre su cuerpo y la vida, debe primar este segundo. Y ello porque el interés superior del menor, entre otros, ha de ser el de preservar su vida para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando llegue a la mayoría de edad.

En este sentido, el art. 155 del Código Penal referente al consentimiento en el delito de lesiones, considera invalido el consentimiento prestado por menores o por sus representantes legales para “*trasplantes de órgano, cirugía transexual y esterilización*” salvo en este último supuesto en interés del paciente y previa autorización judicial, cuando se trate de personas que permanentemente no puedan prestar su consentimiento.

d) Menor de dieciséis años o menor de edad sin capacidad de comprender la intervención según apreciación del facultativo.

Cuando el paciente menor de edad no sea capaz de entender intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención. En este caso el consentimiento lo dará el representante legal del menor (normalmente los padres), después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos, lo cual plantea reflexiones en torno a si la opinión del menor debería ser tomada en cuenta.<sup>312</sup>

Parece que el criterio del menor de edad sólo puede ser sustituido si no es capaz de comprender el alcance de la intervención, sin establecer un umbral mínimo de edad.

La LAPac obliga a que si el paciente tiene doce años cumplidos, deba escucharse su opinión, antes de que su representante autorice la intervención. Se incorpora aquí el criterio expuesto ya en el CEDHB de Oviedo, consistente en 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, y también la indicación prevista en la Ley Orgánica de Protección del Menor, donde se dice que este último tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que este directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup>*En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia 154/2002 de 18 de julio de 2002 que anuló la condena de los padres, testigos de Jehová condenados por la Sala Penal del Tribunal Supremo que consideró que, como garantes de su hijo menor de 13 años, debieron de convencerle para recibir sangre. El Tribunal Constitucional apreció que el menor ejerció su derecho a la libertad religiosa, no estimando exigible que los padres se opusieran a tal ejercicio, en contradicción también con sus propias creencias.*

<sup>313</sup>*Art. 6.2 (segundo párrafo) del CEDHB de Oviedo y Art. 9 (primer párrafo) de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor.*



La doctrina hoy en día, considera la exigencia de consentimiento informado para la intervención médica la garantía de la autonomía y la dignidad de la persona y exige que sea esta quien defina sus intereses y quién va a intervenir sobre su cuerpo y de qué modo.

No obstante, existen supuestos en los que el consentimiento informado no es expresión del reconocimiento de la autonomía de la persona, sino que se somete a las decisiones de otra persona estableciéndose una relación jurídica entre dos sujetos, entre los que pueden surgir conflictos.

La prestación de consentimiento en relación con actos médicos es un proceso complejo en el que se requiere la intervención de diversas personas. Pese a que la soberanía sobre el propio cuerpo la ostente el paciente competente, libre y responsable, no toda persona está en condiciones intelectuales y emocionales para asumir la información que se le facilita y adoptar decisiones adecuadas a ella.

#### **4.2.2. Regulación autonómica**

Por lo que respecta a la regulación autonómica del consentimiento por representación:

-La Ley 2/1998 de Salud de Andalucía de 15 de junio en su art. 6, vigente desde la última revisión de 17 de mayo de 2010, reconoce la titularidad del derecho asistencial y a la información de los ciudadanos, y la necesidad de recabar su consentimiento escrito para que sus datos clínicos sirvan a proyectos docentes o de investigación sin riesgo para ellos precisando además el respecto a la propia decisión ante una actuación sanitaria sobre él. Señala así mismo la necesidad de recabar el consentimiento escrito previo del paciente en intervenciones quirúrgicas, excepto cuando éste no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se deberá trasladar el derecho a sus familiares, personas allegadas o en su defecto a la autoridad judicial.

Posteriormente la Orden de 8 de julio de 2009 por la que se dictan instrucciones a los Centros del sistema sanitario público de Andalucía, da instrucciones concretas respecto del consentimiento informado, en concreto en el art. 9 y 10, recoge que el médico valorara la situación física o psíquica del paciente obligando a recabar el consentimiento por representación en los casos que no pueda consentir, que deberá ser proporcional a las necesidades concretas a atender, a favor del enfermo y con respeto a su dignidad. A la hora de decidir prevalece la voluntad del enfermo escrita en la voluntad vital anticipada, frente a la de sus familiares o allegados o su representante y personal sanitario que le atiende.

Por lo que respecta a los menores de edad, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre regula la materia, donde reconoce el respeto a la intimidad del menor y su derecho a la información en función de su grado de madurez, estado afectivo i

psicológico, salvo casos previsto en la Ley, teniendo en cuenta la opinión de sus padres o tutores; reconociendo también el derecho a no informarles con la connivencia de sus padres si dicha información pudiera empeorar su salud, también contempla que el mayor de 16 años o emancipado no requiere consentimiento por representación y que el mayor de 12 años debe ser oído, y en casos en que el menor no sea capaz de comprender el alcance de la intervención precisara el consentimiento por representación.

Andalucía es la única CCAA que posee una norma específica para la regulación de la cirugía estética en menores, concretamente el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, en ella la información a facilitar coincide con la exigida en la Ley estatal, pero además exige que se informe de las posibilidades de reintervención y su probabilidad en función del paciente concreto. Exige en su art. 5 la necesidad de practicar un informe psicológico previo a los menores, cuyo resultado debe ser un informe de madurez, que se entregue al cirujano plástico para su valoración previa a la intervención estética. Regulando solamente dos supuestos explícitamente, mayores de 16 años o emancipados y menores de 12 años.

-La Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón, en el art. 9.2 dedicado a la titularidad de la información, dispone que el paciente incapacitado deberá ser informado en función de su capacidad comprensiva, independientemente de que se le informa a su representante, y en caso de que no pueda comprender la información por su estado físico o psíquico, el art. 9.3 prevé que debe trasmitírsela al familiar o allegado que asuma la responsabilidad del paciente.

Respecto de los menores, se regula en los mismos términos que la ley básica.

-La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación sanitaria de Canarias, que recoge el derecho de los pacientes incapaces o presuntos incapaces de solicitar autorización judicial ante un internamiento hospitalario y su revisión periódica.

-La Ley 7/2002, de 10 de diciembre de Cantabria, que regula la materia en términos similares a Aragón, en su art.31 y 40.8.

Respecto de los menores, solo reconoce el consentimiento por representación del menor, debiendo ser escuchado según su edad y madurez, y ante la información clínica y terapéutica suministrada debe valorar las posibles consecuencias negativas.

-La Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, en su art. 18, prevé informar al paciente en función de su capacidad de comprensión y su extensión al representante, familiares y personas vinculadas y en ocasiones a personas o instituciones determinadas por la ley.

Respecto de los menores el art. 5 prevé que los mayores de 16 años y emancipados y aquellos que el médico considere maduros, que pueden recibir información y decidir.

-La Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Castilla la Mancha, en su art. 4, regula el derecho de información que se transmitirá al familiar cercano o allegados ante la minoría de edad, incapacidad o inconsciencia, correspondiendo recabar su consentimiento también en caso de intervención quirúrgica.

Respecto de los menores, se regula en los mismos términos que la ley básica.

-La Ley 21/2000, de Cataluña recoge supuestos similares a Aragón y Cantabria, añadiendo supuestos de personas ingresadas por trastornos psíquicos, que otorgaran el consentimiento por representación.

Respecto de los menores en el art. 7.2 de la Ley 21/2000 de 29 de diciembre habla del consentimiento por sustitución en general y señala; el niño debe ser escuchado si es mayor de doce años, debe consentir si esta emancipado o supera los 16 años, y si no son competentes intelectual y emocionalmente, debiendo oír su opinión igualmente

-La Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura, que regula en los arts. 5 y 25, el consentimiento en casos de incapacidad, señalando que ante un caso de sustitución se exige mayor objetividad en la decisión médica, y una mayor participación de sus familiares y allegados, siempre a favor del paciente y de su dignidad.

Respecto de los menores el derecho de información se reconoce solo a mayores de 16 años y emancipados, y en caso contrario se dará información acorde a su madurez. En su art 15.5, obliga a respetar las decisiones de los menores no emancipados para su salud en función de su madurez intelectual y emocional, siempre que comprenda el alcance de las intervenciones a realizar.

-Las Leyes 2/2001, de 28 de mayo en su arts. 6 y Ley 8/2008, de 10 de julio en su art. 8.3 de Galicia diferencian dos casos: la incapacidad circunstancial en que se otorga el consentimiento por sustitución, realizando una prelación a familiares con preferencia el cónyuge o pareja de hecho legal, seguidos del grado más próximo de parentesco, y dentro del mismo grado los que ejerzan de cuidadores o en su defecto los de mayor edad; y el segundo caso de incapacidad legal, donde el representante debe acreditar en sentencia que puede decidir temas sanitarios del incapaz, requiriendo del médico que le ofrezca la información en la medida de su capacidad y tomando en consideración su opinión.

Respecto de los menores se regula en términos similares a la ley básica.

-La Ley 2/2002 de 17 de abril, de la Rioja, en su art. 6, regula el consentimiento por representación distinguiendo entre casos que el paciente no comprende la información y lo que propone el facultativo, en los que tras dejar constancia en la historia clínica el facultativo recabara el consentimiento de representante legal o familiares, y el otro caso de pacientes incapacitados legalmente, en los que además del consentimiento es preciso en casos de grave peligro para el representado, autorización judicial, pudiendo demorar 24 horas la comunicación al juez de lo realizado en una situación de urgencia.

Respecto de los menores de 16 años que tengan capacidad intelectual y emocional, se les informa pero son los representantes legales quienes lo autorizan.

-La Ley 5/2003, de 4 de abril, de Illes Balears que en su art. 12 regula el consentimiento informado, y traslada el consentimiento al sustituto solo si ostenta la representación legal en la sentencia de incapacidad, y en caso de no existir sentencia serán los familiares, su pareja, o persona cercana al paciente quien lo prestara.

Respecto de los menores si bien se respetara su opinión según su edad y madurez, decidirá el representante legal.

-Las Leyes Forales 11/2002, de 6 de mayo y 17/2010, de Navarra, en los art. 8 y 51 respectivamente regulan el consentimiento por representación, correspondiendo a la persona designada si la hubiere o en su defecto a las vinculadas por razones familiares o de hecho, que deben decidir de modo proporcionado y orientado al beneficio objetivo del paciente, pudiendo poner en conocimiento de la autoridad competente las irregularidades.

Respecto de los menores, se regula en los mismos términos que la ley básica.

-La Ley 8/1997 de 26 de junio de Euskadi, no hace referencia al derecho de información y menos de los menores, por lo que tenemos que ir al Decreto 175/1989 de 18 de julio que regula la Carta de derechos y Obligaciones de los pacientes y usuarios del servicio Vasco de salud, donde entre los derechos de los niños como pacientes, está el derecho de ofrecer información sanitaria adaptada a su edad madurez, afectividad y estado psicológico.

-La Ley 1/2003, de 28 de enero de Valencia derogada por la Ley 10/2014 de 29 de diciembre, en ambas se recoge quienes deben consentir, en primer lugar la persona designada por el paciente, el cónyuge no separado legalmente, en defecto el familiar de grado más próximo, y dentro del mismo grado el de mayor edad.

Respecto de los menores, se regula en forma similar a la ley básica, y al igual que la ley gallega exige documentos donde explícitamente se justifique la representación.

-La Ley 1/1992, de 2 de julio, en su art. 6.b), de Asturias señala que cuando el paciente no está capacitado para decidir lo harán sus familiares o personas allegadas a él.

Esta ley reconoce un derecho genérico a la información pero no especifica nada respecto de menores.

-La Ley 3/2009, de 11 de mayo de Murcia, en su art. 31, recoge la necesidad del informar al paciente en la medida de sus posibilidades de comprensión y decisión aunque este incapacitado legalmente, pero si a juicio del médico no comprendiera nada, deberá informarse a su representante legal o personas allegadas, el consentimiento corresponderá de forma prioritariamente en primer lugar al representante legal, la pareja de hecho, los familiares de grado más próximo y entre ellos el de mayor edad.

Respecto de los menores, se regula en los mismos términos que la ley básica.

-La Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Madrid, reconoce un derecho genérico a la información pero no especifica nada respecto de menores.

#### **4.3. Capacidad de decidir sobre el tratamiento médico**

La prestación del consentimiento informado por representación está íntimamente ligada al problema de la capacidad del paciente. Los criterios legales utilizados tradicionalmente en España<sup>314</sup>, desde un punto de vista forense, para evaluar la capacidad penal o civil de un individuo son los siguientes:

- 1.- Criterio cognitivo, que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.
- 2.- Criterio volitivo, que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío, es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.

De lo anterior se deduce que son las enfermedades que afectan a la voluntad y a la conciencia las que con mayor probabilidad dan lugar a la discapacidad.

Podemos distinguir tres criterios<sup>315</sup> para determinar la capacidad de decidir sobre el tratamiento médico siguiendo a DE LORA:

---

<sup>314</sup> LUZON CUESTA, J. M., (2015), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, pags. 101-112

<sup>315</sup> De LORA, P., (2008), «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, p. 126 y 134.

*-El enfoque consecuencial:* valora al sujeto según que adopte decisiones razonables, ello revela su competencia; si son irrazonables, se consideraría incompetente, equivale en realidad al rechazo de la autonomía del paciente.

*-El enfoque formal:* valora que el sujeto es competente si ostenta un status libertatis pleno; pero si tiene un status restringido (menor, incapacitado, etc), no lo será, ha evolucionado en los últimos años, dado que las personas discapacitadas y los menores han visto ampliada su carácter de titulares de derechos y no de meros objetos de las decisiones de sus representantes. Hoy se considera la competencia para adoptar decisiones médicas sobre uno mismo no en el sentido de la mayoría de edad «general» ni de la capacidad formal en Derecho Civil.

*-El enfoque funcional:* valora la concreta capacidad intelectual y emocional de procesar la concreta decisión que debe ser adoptada. El enfoque funcional (o, de la capacidad natural) es el que en la actualidad domina en el ámbito de la actuación médica: salvo excepciones, el sujeto es competente para decidir sobre el tratamiento médico que se le proporcione siempre que sea capaz de comprender plenamente las implicaciones del tratamiento propuesto, sus riesgos o posibles desventajas y las alternativas existentes.

#### **4.4. Quien determina la capacidad del sujeto para consentir**

La LAPac establece que ha de ser el médico responsable del tratamiento quien determine en cada caso si el sujeto que consiente es o no capaz. La mención específica al médico responsable del tratamiento la hace sólo el art. 9.3.a LAPac (adultos incapaces de tomar decisiones), pero debe entenderse implícita al art. 9.3.c LAPac (menores inmaduros), ya que ese último apartado no menciona a ninguna instancia como responsable de la evaluación de la capacidad del paciente.

La evaluación de la capacidad a la que se refiere el art. 9.3 LAPac ha de realizarse mediante una apreciación no exhaustiva (evaluación psicológica o psiquiátrica continuada, etc.), salvo en casos excepcionales en los que las circunstancias lo aconsejen. En todo caso, la decisión del médico responsable, puede ser cuestionada, se puede solicitar una evaluación alternativa y en caso de que le sea negada y no esté de acuerdo con la decisión del decisor sustituto, puede recurrir al amparo judicial.

El trámite es bastante irrelevante en intervenciones médicas de menor importancia, no quirúrgicas, cuando el sujeto esté acompañado de sus padres o representantes legales. Sin embargo, cobra importancia cuando el menor manifieste una posición contraria a la de aquellas personas.

La capacidad para adoptar decisiones en el ámbito médico es definida indeterminadamente por la LAPac 41/2002; parece que debe comprender: un componente intelectual, que permita al sujeto comprender las implicaciones de la intervención y de la no intervención, las posibles secuelas y las alternativas terapéuticas;

y un componente volitivo, relativo a la ausencia de presiones emocionales extraordinarias que impidan al sujeto adoptar una decisión razonable, más allá de la afectación emocional siempre inherente a la propia situación de enfermedad.

En este sentido, la Mental Capacity Act británica de 2005, establece que una persona no es capaz si no puede:

- a) entender la información relevante para la decisión.
- b) retener esa información.
- c) usar o ponderar esa información como parte del proceso de decisión.
- d) comunicar su decisión (oralmente, mediante lenguaje de signos o por cualquier otro medio)<sup>316</sup>.

#### **4.5. Con qué criterios debe decidir el sustituto o representante**

La LAPac indica en el Art. 9.5 *“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. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”*<sup>317</sup>.

Estas cuestiones son importantes dado que en la mayoría de las ocasiones las personas que han de decidir, son herederos del paciente y, por tanto podría concurrir un conflicto de intereses. En este sentido la actuación en beneficio del paciente puede ser evaluada por el sustituto de tres modos distintos: conforme a las valoraciones subjetivas del tercero decisor; conforme a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del “superior interés” del paciente); o conforme a lo que el paciente habría decidido en

---

<sup>316</sup>HERRING, J. (2006), *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, New York. pags. 89 y ss.

<sup>317</sup>El criterio del “favor del paciente” deriva del CEDHB de Oviedo de sus arts. 6.1. establece que “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”; y del art. 7, en relación con las personas con enfermedades mentales, sienta que “La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos”.

caso de poder formular su decisión (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «substituted judgement»).

Las valoraciones subjetivas del representante, en el caso del consentimiento informado sustituido son irrelevantes. El tercero sustituto carece de legitimidad frente al paciente para adoptar su criterio particular cuando diverge de la opción médicamente indicada o, si es posible probarlo, de la que el paciente habría deseado. Esto, rige cuando hablamos de la actuación en sustitución de un adulto, en el caso de menores, los derechos de los padres, están condicionados al ejercicio en beneficio del menor. En este ámbito, frente al menor son meramente facultades.

La decisión que el paciente habría adoptado, testimonio de voluntad anticipada y voluntad hipotética del paciente; es el criterio que más se ajusta al respeto a la autonomía del paciente:<sup>318</sup> este criterio sólo es aplicable a los supuestos de sustitución de la voluntad de un sujeto competente que ha devenido incapaz de expresarse: no será aplicable a quienes nunca disfrutaron de capacidad.<sup>319</sup>

En estos casos, el sustituto cumple una función similar a la de unas instrucciones previas verbales, que transmiten al médico responsable del tratamiento la voluntad del sujeto antes de devenir incapaz de expresarla.

Los conceptos de testimonio de voluntad anticipada y voluntad hipotética no son idénticos. Hablamos de testimonio de voluntad anticipada cuando alguien ya ha expresado su voluntad en relación con una determinada clase de intervención y el sustituto atestigua cuál era la voluntad real del paciente. Sin embargo, el término voluntad hipotética se refiere a los supuestos en los que nadie puede testimoniar una declaración previa de voluntad referida a la específica situación en la que debe prestarse el consentimiento, pero en los que el decisor sustituto intenta reconstruir cuál habría sido la voluntad del sujeto con base en otros datos (como su religión, su filosofía vital, sus valores, su opinión respecto de supuestos similares, etc.).

Las instrucciones previas del art. 11 LAPac constituyen la prueba de la voluntad anticipada, la mayoría de los documentos internacionales otorgan prioridad al criterio de la voluntad hipotética del paciente sobre la concepción más objetiva del «*best interest*»<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup>BEAUCHAMP, TOM L., y CHILDESS JAMES F. (1999), *Principios de ética biomédica.....Op. Cit.* pags. 161 y ss.

<sup>319</sup>DE LORA, P. (2008), «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces. Enrahonar: Quaderns de filosofia, (40-41). p. 129.

<sup>320</sup>DWORKIN, G. (1987). *Law and Medical Experimentation: Of Embryos, Children and Others with Limited Legal Capacity. Monash UL Rev.*, 13, p.189, (considera que, el criterio del “substituted judgement” integra en realidad el “superior interés del paciente”).



La LAPac no recoge este criterio de forma expresa, pero puede deducirse tácitamente en la mención que hace el art. 9.5 a la dignidad del paciente (la decisión del representante ha de adoptarse “*siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal*”); Sin embargo, en la medida en que se trata de la prueba de una cuestión fáctica mediante testimonio, cabe prueba en contrario.

En ausencia de manifestación de la voluntad específica del paciente capaz y de posible reconstrucción de su voluntad hipotética, el criterio a aplicar es el de la atención a la salud, la vida y el bienestar del paciente, según “*criterios objetivos médica y socialmente consensuados*” atendiendo a los criterios de la *lex artis* médica. Este criterio se recoge en el art. 9 .5 de la LAPac 41/2002, que exige que el consentimiento por representación se otorgue siempre en favor del paciente.

Autores como SILVA SANCHEZ, sostienen que el criterio rector en los casos de sujetos incapaces de decidir no debe ser tanto el bienestar como el principio *in dubio pro vita*, “*incluso aquélla irremediablemente abocada a su pronta extinción o aquélla que discurre con intensos dolores físicos o psíquicos*”.

En condiciones normales, el alivio del sufrimiento grave y persistente debe ser el criterio superior y después vendrán el avance terapéutico plasmado en la conservación o recuperación funcional, la calidad y la duración de la vida.

En cualquier caso, la existencia de un criterio objetivo supone que el representante no podrá decidir válidamente una opción cuestionable médicamente no indicada, tanto el facultativo como otros parientes o allegados del paciente pueden acudir al juez para que califique la decisión del representante como contraria a los intereses del paciente y adopte una decisión distinta.

¿Cuál es el ámbito de decisión del representante?, tanto la doctrina como diversas instituciones internacionales priman el criterio de la voluntad (real o hipotética) del paciente sobre la concepción más objetiva de la atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente “*best interest*”. Sin embargo, el representante solamente puede actuar en favor del paciente y con respeto a su dignidad humana. Por ello, en principio, no podrá adoptar decisiones terapéuticas contrarias a la “*lex artis*”. Cuando el representante esté decidiendo al amparo del criterio de la atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente, sólo puede moverse en el marco de lo médicamente indicado, y cualquier decisión fuera de ese marco habrá de ser considerada inválida; en cambio el paciente capaz, puede adoptar decisiones contrarias a la indicación médica, como lo es un rechazo inmotivado o médicamente injustificado al tratamiento (así lo recoge el art. 21 LAPac al regular el alta forzosa por rechazo al tratamiento indicado, el

cual incluso puede vincular al centro a ofrecerle soluciones paliativas no terapéuticas)<sup>321</sup>.

El Artículo 21 LAPac prevé el alta del paciente:

a). En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

b). En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

No obstante, si el representante puede demostrar que actúa siguiendo el criterio de la voluntad real, en realidad estaría transmitiendo la decisión del paciente. Actuaría igual que un “*documento verbal de Instrucciones Previas*”, y podría llegar a autorizar un rechazo “*médicamente injustificado*” del tratamiento.

La inseguridad jurídica que reina en estos casos, dada la variedad de concepciones coexistentes en nuestras sociedades acerca del final de la vida y su tratamiento médico, no permite cubrir ese espacio de incertidumbre con presunciones o reglas generales. Entre las diferentes opciones, deben ser consideradas prioritarias aquellas que reporten un mayor bienestar cuando la curación ya no es posible. Esto es fundamental cuando hablamos de decisiones al final de la vida respecto del paciente inconsciente.<sup>322</sup>

No obstante, si bien en el caso de pacientes menores o incapaces, los familiares están vinculados al estándar del “*best interest*”, con lo que su eventual voluntad de prolongar el proceso doloroso de muerte y vetar la sedación sería jurídicamente inválida. En el caso de sustitución de la voluntad de pacientes adultos, los parientes no pueden adoptar una decisión a favor de la prolongación de la agonía y contra la aplicación de sedación con doble efecto a menos que puedan demostrar razonablemente que ésa era la voluntad del paciente adulto inconsciente, pues el criterio de la voluntad del paciente es de más alto rango que el de su “*superior interés*” en términos objetivos. Ahora bien, una decisión de esta naturaleza y trascendencia exige un peso probatorio mayor, por ello, sólo ante un documento de instrucciones previas o ante un conjunto de

---

<sup>321</sup>La expresión “rechazo inmotivado” o “médicamente injustificable” al tratamiento se refiere a un rechazo no indicado terapéuticamente.

<sup>322</sup>GIMBERNAT ORDEIG, E. (2005), «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en *Diario El Mundo* 19 de abril.

testimonios con alto peso probatorio puede determinarse que ésa era la voluntad del paciente.

El papel del representante designado en los documentos de instrucciones previas, tiene sus facultades, en virtud del art. 11 LAPac 41/2002<sup>323</sup>, limitadas a “*procurar el cumplimiento de las instrucciones previas*”. Su capacidad de sustituir la voluntad del paciente se refiere a disposiciones ambiguas y a escenarios no específicamente previstos pero conexos con lo dispuesto en el documento de instrucciones previas.

En lo relativo a lo no previsto, ni directa ni indirectamente en el documento, debe ser considerado como una persona vinculada al paciente por razones familiares o de hecho (art. 9 .3 .a LAPac) y su papel será esencialmente el mismo que el de cualquier otro representante; y sus criterios de decisión habrán de ser los mismos que los de los terceros sustitutos; voluntad anticipada o hipotética; y ponderación objetiva de los intereses del paciente. Ello sin perjuicio, de que constituya un mayor peso probatorio, pues el representante ha sido específicamente designado por el paciente, lo cual hace presuponer no sólo un especial conocimiento de la voluntad de éste, sino una mayor fiabilidad, pues el sustituto es una persona de su confianza. Pero también es posible que el documento constituya un conjunto de directrices genéricas donde el sujeto establece sus valores éticos superiores en relación con las decisiones al final de la vida.

Existen limitaciones al representante derivadas de las propias limitaciones del menor. Así, el representante del menor no puede adoptar, porque tampoco el propio menor capaz podría adoptarlas, la sumisión a experimentación médica ni realizar donaciones de tejidos no recuperables, pues la Ley expresamente lo veta.

Hay además otro límite que la Ley no contempla específicamente, pero que deriva de una interpretación sistemática de la Ley de Protección Jurídica del Menor y de

---

<sup>323</sup>Artículo 11. de la LAPac “1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de 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 razonada 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 registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

la LAPac, el menor no tiene autonomía plena para decidir un rechazo al tratamiento vital no indicado terapéuticamente, cuando éste implica un relevante riesgo mortal. Esto es predicable de los menores hasta 16 años, y de los menores entre 16 y 18 años pero sin capacidad natural.

Cuando hablamos de un menor, hablamos de un sujeto sometido a protección estatal hasta que alcance la plena autonomía, incluso de sus propias decisiones no terapéuticamente indicadas. Por más que hablemos de un menor maduro, la madurez del sujeto es fruto de una paulatina evolución que, en lo que se refiere a cuestiones tan relevantes como las decisiones al final de la vida, continúa su evolución incluso bastante más allá de la mayoría de edad legal<sup>324</sup> y ello aunque el Estado elimine toda limitación a la capacidad al alcanzarse la mayoría de edad del art. 12 CE la capacidad plena.<sup>325</sup> Por ello, y en palabras de DE LORA<sup>326</sup>, *“La mejor justificación para desplazar al criterio religioso en el caso de las negativas a transfusiones por parte de pacientes menores testigos de Jehová, consiste, en apuntar a que así se preservan las condiciones de posibilidad del ejercicio de la autonomía futura del menor”*.<sup>327</sup>

La adquisición del *“status libertatis”* pleno es ubicada por la Constitución (art. 12) en los 18 años, aunque parece claro que para la adopción de estas decisiones la LAPac 41/2002 equipara plenamente a las personas entre 16 y 18 años capaces no incapacitados, en lo que parece una decisión legal poco matizada: Permitir que un sujeto de entre 16 y 18 años pueda rechazar inmotivadamente un tratamiento cuando ello implica la muerte parece algo excesivo, pero el tenor literal del art. 9 .3 .c) LAPac es taxativo: *“Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”*,<sup>328</sup> por lo que a priori, parece que la única posibilidad de eludir el precepto es justificar que una persona de entre 16 y 18 años no es capaz de apreciar plenamente ni decidir con madurez suficiente una decisión de esa trascendencia.

Por ello, respecto de las decisiones al final de la vida, los menores de 16 años con capacidad natural no están autorizados a rechazar un tratamiento vital sin motivo terapéutico alguno. Salvo casos en que el tratamiento curativo pueda proporcionar una escasa prolongación de la vida y sea sumamente gravoso y doloroso para el paciente, el

---

<sup>324</sup>De LORA, P. (2008) *«Autonomía personal,..... Op.Cit. p. 127.*

<sup>325</sup>Existen supuestos en los que se exige una edad superior a los 18 años fijada por el art. 12 CE para desarrollar ciertas actividades, como adoptar a un hijo (art. 175 CC).

<sup>326</sup>SANTOS MORON, M. J. (2002). *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio (1). La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (7), pags. 1634- 1636, (considera que debe reconocérsele al menor maduro (incluso por debajo de los 16 años) el derecho de rechazar tratamientos vitales cuando ello supone afrontar la propia muerte).

<sup>327</sup>De LORA, P. (2008), *«Autonomía personal,.....Op.Cit. p. 131.*

<sup>328</sup>DIEZ RIPOLLES, J.L. (2009), *«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*, nº 11 (11-r1) (mayo), p. 8.

menor no puede rechazar válidamente el tratamiento vital y tampoco sus representantes; ya que el criterio del “*best interest*” no permite adoptar una decisión médicamente no indicada.

## **5.- REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

### **5.1. Requisitos legales**

El artículo 8 de la LAPac 41/2002 recoge los requisitos que debe reunir el consentimiento del paciente para su validez.

**1º.-** El consentimiento debe ser libre y voluntario. El médico no puede ejercer presiones ni coacciones sobre el paciente para forzar la emisión del consentimiento. Tampoco puede mediar precio o recompensa (lo cual tiene relevancia no en la prestación sanitaria habitual, pero sí en relación con los ensayos clínicos o los trasplantes de órganos).

**2º.-** El consentimiento debe ser debidamente informado.

La validez del consentimiento exige que el paciente decida sobre el conocimiento de cuestiones relevantes para decidir el acto médico. El artículo 8.1 LAPac 41/2002, exige información suficiente y adecuada de éstas. La información, no implica ejercitar la autonomía del paciente, pero es un presupuesto ineludible para su ejercicio, de forma que una información no ya inexistente sino simplemente defectuosa, puede hacer inválido el consentimiento.

Por ello, el contenido de la información básica y específica que con carácter general debe proporcionarse a los pacientes con motivo de la asistencia sanitaria, según la LAPac se concreta en las Consecuencias seguras de la intervención (las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad); Riesgos personalizados (los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente); Riesgos típicos de la intervención (los riesgos de probable realización en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia, o directamente relacionados con el tipo de intervención) y Contraindicaciones.

**3º.-** Debe ser específico para cada acto médico, sin que sea válido un consentimiento general o global. Aunque esto se supone y es comúnmente admitido, solo se recoge expresamente en el art. 7.2 de la Ley Foral 11/2002 de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica

**4º.-** Debe ser personal (salvo en los supuestos de ausencia de capacidad o en casos de delegación, será el propio paciente quien consienta el acto médico).

Para la validez del consentimiento es necesario que el proceso de formación de la voluntad se haya realizado adecuadamente: que el sujeto tenga capacidad para querer y entender (la llamada capacidad natural)<sup>329</sup>, que no esté afectado de algún vicio del consentimiento (error, violencia intimidación falta de información válida sobre el proceso de la enfermedad, alternativas, etc.), y que la declaración coincida con la voluntad real.

**5º.-** Debe ser previo al inicio de cualquier acto médico (aunque el consentimiento posterior vendría a ser una especie de ratificación o confirmación de la actuación médica), y es revocable en cualquier momento (sin necesidad de alegar justa causa).

El consentimiento del paciente, ha de prestarse antes del acto médico, que se pretende realizar y ha de subsistir durante todo el tratamiento o proceso terapéutico, se trataría de una obligación de tracto sucesivo o de ejecución continuada<sup>330</sup> y es revocable.

La LAPac, no concreta plazo pero en los art. 2.2 y 8.1 señala que *“debe ser previo”*, *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”* el consentimiento informado se otorgara libre y voluntariamente *“una vez recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”*.

Por tanto, la LAPac no concreta plazo, y en ese sentido habrá que estar a lo que en la materia hayan regulado las CCAA.

La Ley 3/2005 de 8 de julio, de información Sanitaria y Autonómica del paciente de Extremadura, recoge en su art. 28.3 recoge que la información se debe prestar con antelación suficiente y en todo caso al menos 24 horas antes salvo casos de urgencia o actividades que no requieran hospitalización, nunca si esta adormecido, con sus facultades mentales alteradas o está en quirófano o la sala donde se debe realizar la prueba o la intervención.

La Ley 10/2014 de Valencia en su art. 43.9, se pronuncia en términos similares, indicando que la información debe ser suficiente para garantizar su reflexión y decisión libre, y al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, salvo urgencia y no se podrá realizar si el paciente esta adormecido o con sus facultades mentales mermadas, o si esta dentro de la sala o quirófano donde se vaya a practicar la intervención.

---

<sup>329</sup>REYNAL REILLO, E., (2017) *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p.98

<sup>330</sup>En este sentido, STS de 31 de marzo de 2004.

El Decreto 38/2012 de 13 de marzo, sobre la historia clínica, derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica del País Vasco, en su Art. 24.3 exige igualmente el plazo de 24 horas para garantizar una decisión libre y segura sobre la intervención.

La Ley 3/2009, de derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de Región de Murcia, exige en su art.43.1, que el consentimiento se otorgue con antelación suficiente y preferentemente fuera del lugar donde se vaya a realizar el procedimiento en cuestión salvo casos de urgencia.

El resto de legislación autonómica hace referencia a la necesidad de recabar el consentimiento con antelación suficiente sin concretar plazos.<sup>331</sup>

La LAPac., prevé en su artículo 8.5 que el paciente puede revocar por escrito su consentimiento en cualquier momento. La LGS no preveía la revocabilidad del consentimiento, sino en su derogado artículo 10.9 únicamente la negativa a un determinado tratamiento con la obligación de solicitar el alta voluntaria en dicho caso.

En el supuesto de las técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que los donantes sólo podrán revocar dicha donación si se dan dos requisitos: que precisase para sí los gametos donados y que en la fecha de revocación estos estuvieran disponibles. Por su parte, el artículo 3.5, prevé que la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento previo a la transferencia embrionaria.

---

<sup>331</sup>-La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía.

-La Ley de Salud de Aragón 6/2002, de 15 de abril.

-La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Canarias.

-La Ley 5/1997 de 6 de octubre de drogodependencia de Cantabria.

-La Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León.

-La Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Sanidad de Castilla la Mancha, y la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla la Mancha.

-La Ley 21/2000, de Cataluña sobre los derechos de información relativos a la salud, autonomía del paciente y documentación clínica.

-La Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia. Así mismo la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

-La Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de la Rioja, es la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

-La Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de Illes Balears.

-La Ley 12/2001, de 26 de diciembre de Ordenación sanitaria de Madrid.

-La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo de Navarra, sobre derechos a las voluntades anticipadas, a la información, y a la documentación clínica modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril.

También la Ley de Investigación Biomédica 14/2007, de 3 de julio, prevé en su artículo 4.4 la posibilidad de revocación del consentimiento al igual que el artículo 8.6 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que lo contempla en cualquier momento antes de la intervención *“sin sujeción a formalidad alguna”*.

En nuestra opinión, la antelación con la que debe facilitarse la información dependerá de las circunstancias del paciente y del caso concreto, de ahí que la existencia de un plazo por el que han optado algunas legislaciones autonómicas, si bien comporta mayor seguridad jurídica, nos parece poco operativo, dada la infinidad de supuestos que pueden presentarse, por lo que estimamos oportuno atender a cada caso concreto.

**6º.-** Como regla general según el artículo 8.2 LAPac será verbal, concretando supuestos en que deberá constar por escrito, como son las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, en procedimiento *“que suponga un riesgo o inconveniente de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

La LAPac ha modificado la regla que había establecido la Ley General de Sanidad de 1.986, respecto a la solemnidad en la plasmación del consentimiento informado, que exigía su formalización por escrito determinando a partir de ahora que, con carácter general, el consentimiento será verbal<sup>332</sup>.

Simultáneamente, la LAPac, consagra tres excepciones a la norma general del consentimiento verbal que este último habrá de prestarse por escrito, son las siguientes:

-Intervención quirúrgica.

-Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

-Aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En similares términos se pronuncia el Código de deontología médica (OMC de España, 2011), al establecer en su art. 16.2 *“el consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica, cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el*

---

<sup>332</sup>Art. 8.2 LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, (núm. 274), del 15 de noviembre de 2.002. *“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”*.



*consentimiento por escrito*". Dicha matización es coincidente con lo declarado por la jurisprudencia del TS, y el vigente art. 10.2 de la LAPac, corrigiendo la previsión del derogado art. 10.6 de la LGS.

La LAPac matiza que el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones que se acaban de referir y estará precedido de información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

Por tanto, la LAPac, consagra como máxima legal que cuanto más dudosa sea la efectividad de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, más necesario será desarrollar cuidadosos procesos de información sobre el procedimiento y consentimiento, y por tanto, el uso del soporte escrito.

En el ámbito autonómico, conviene resaltar la previsión del art. 33.3 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, que permite recabar el consentimiento de forma verbal, cuando no se pueda prestar de forma escrita ante al menos dos testigos independientes que deberán dejar constancia por escrito y bajo su responsabilidad.

Además existen supuestos en otras leyes especiales sobre técnicas de reproducción asistida, extracción y trasplante de órganos, ensayos clínicos, etc., que exigen consentimiento por escrito. Y en todo caso el artículo 10.2 LAPac 41/2002 señala que el médico deberá ponderar en cada caso la necesidad del consentimiento escrito teniendo en cuenta que *"cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."*

Así, la Ley 30/1979, de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos exige en su artículo 4 c) al donante vivo la prestación del consentimiento por escrito ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine. El Real Decreto 1723/2012 de desarrollo establece en los artículos 8.4 y 17.1 que dicho consentimiento se deberá presentar por escrito ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde ha de realizarse la extracción o el trasplante. El receptor (o sus representantes legales) por su parte también deben prestar el consentimiento por escrito previo a la intervención. Los artículos 6.3 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida exige prestar su consentimiento a las personas que se someten a dichos tratamientos por escrito en un formulario, así como el de su marido o del varón no casado. El artículo 4.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica exige que se preste por escrito el consentimiento por parte de los sujetos que participen en investigaciones biomédicas, aunque, si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad. Por último, el artículo 13. Tercero de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, exige a las mujeres que accedan a la interrupción voluntaria

del embarazo que presten el consentimiento por escrito y se remite de modo expreso a la regulación de la Ley 41/2002.

## 5.2. Requisitos jurisprudenciales

La Sala 1ª y 3ª del Tribunal Supremo, han concretado los requisitos del consentimiento informado, según se trate de medicina curativa o satisfactiva, y sus excepciones en relación con la autonomía personal del paciente.

La jurisprudencia ha ido perfilando los elementos necesarios de validez del consentimiento, entre otras en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de diciembre de 2003, que señala como elementos del consentimiento del paciente los siguientes (FJ 2):

- La capacidad del paciente que ha de prestar el consentimiento, ha de estar en pleno uso de sus facultades mentales. Si el sujeto no es capaz de comprender, difícilmente podrá prestar consentimiento válido alguno.

- El momento ha de ser previo al inicio de la intervención a realizar sobre la persona y puede ser revocado.

El Tribunal Supremo<sup>333</sup> ha señalado que el acto de información debe hacerse con tiempo y dedicación suficientes siendo garantes tanto su médico responsable como todos los profesionales que participan en el proceso asistencial, considerando ese acto informativo como uno más en los que se integra la asistencia sanitaria, buscando que adopte aquello que mejor resuelva su problema de salud.<sup>334</sup>

Del mismo modo, el TS en sentencia de 22 de julio de 2003, considero infringido el deber de información *“al no considerar acreditado que la misma se realizara con una inmediatez temporal razonable a la operación de senos lo que era carga probatoria del médico demandado”*

- El consentimiento ha de estar libre de vicios, ya sea error, violencia o intimidación de conformidad con lo previsto en el artículo 4.2 de la LAPac.

- El consentimiento ha de ser reconocible. La LGS en su artículo 10.6 exigía la forma escrita *“para la realización de cualquier intervención”*, mientras que la Ley

---

<sup>333</sup> STS 964/2011, de 27 de diciembre (Rec.2069/2008[RJ 2012,166]) (FJ2º)

<sup>334</sup> En igual sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 19/2007, de 17 de enero (sección 4ª) (JUR 2007, 159072)(FJ2º), señaló que el consentimiento prestado en la antesala del quirófano o en el propio quirófano cuando esta ya anestesiado, no puede considerarse válido ni eficaz, pues considera que el consentimiento informado independientemente de que sea escrito o verbal, precisa tener unas características como son la tranquilidad y reflexión, circunstancias incompatibles con el estrés propio del quirófano o antesala.

41/2002 prevé como regla general que el consentimiento se realice de forma verbal, aunque para las actuaciones de mayor alcance se requiere la forma escrita. Estos supuestos los recoge en su artículo 8.2 del siguiente tenor “*el consentimiento se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aquellos procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*”.

No obstante la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha suavizado este requisito del consentimiento por escrito<sup>335</sup> en algunas sentencias de la Sala 1ª de 14 de octubre de 2002, FJ 8; de 26 de octubre de 2000, FJ 1 y de 3 de octubre de 1997, FJ 2 y 10, donde ha señalado “*en cuanto a la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado, no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba*”.

La doctrina jurisprudencial que afirma que la forma escrita del consentimiento informado del paciente no es requisito para su validez “ad solemnitatem” sino “ad probationem” y puede ofrecerse en forma verbal, atendiendo a las circunstancias del caso, correspondiendo la carga de la prueba al médico.

En ocasiones no ha considerado válido el consentimiento del paciente aun cuando constara su firma por escrito<sup>336</sup>.

Así en ocasiones, en que el consentimiento se preste sobre documentos-tipo impresos en que no aparece particularizado el historial del enfermo, ni el proceso a que va a someterse<sup>337</sup>. Se ha considerado que habría omisión del consentimiento debido informado, pues se presta sobre un impreso en el que no se menciona el tratamiento a realizar, la situación médica del enfermo, ni los riesgos y complicaciones de aquél, cuando no exista urgencia y por tanto podía ser renunciado<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup>BELLO JANEIRO, D. (2010) «Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009. Responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado. Información adecuada y suficiente. Falta de consentimiento escrito. Prueba del consentimiento por otros medios. Carga de la prueba de la información médica. Incongruencia omisiva. Doctrina jurisprudencial a efectos de casación civil», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 83, mayo-agosto, pág. 1153.

<sup>336</sup>En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de la Sala 1ª, de 27 de abril de 2001, FJ 1 y 29 de mayo de 2003, FJ 1, donde afirmaba respectivamente, “la información practicada en el supuesto del pleito no reúne ni se aproxima a los presupuestos que se dejan estudiados para poder considerarlo como información correcta, ya que únicamente consta que la actora y su marido firmaron un documento impreso del Hospital, carente de todo rigor informativo, pues resulta ser un modelo general para todo tipo de intervenciones, sin especificación concreta de los riesgos y alternativas de la intervención”. “el consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rigor informativo, no conforma debida ni correcta información”.

<sup>337</sup>En este sentido la STS de 15 de noviembre de 2006

<sup>338</sup>En el mismo sentido SSTS 1367/2006, de 21 de diciembre (Rec. 19/2000 [RJ 2007, 396])

-Por último la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga considera necesario respecto a un consentimiento válido es que éste sea informado. En este sentido la STS, Sala 1ª del 2 de julio de 2002, FJ6º señala *“se infringió el deber de información médico de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado por lo que el paciente (cliente, usuario) no pudo ejercer con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene fundamento en la dignidad de la persona”*.

-Junto a estos requisitos el Tribunal Supremo ha señalado que el consentimiento debe ser personal<sup>339</sup>.

Por tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial, el consentimiento informado será *“un acto que se debe afrontar con tiempo y dedicación, que supone una obligación para todos los profesionales, que le atienden a lo largo de todo el proceso asistencial, pero también para el médico responsable del paciente, que constituye un acto más de los actos médicos o asistenciales y que debe conducir al paciente a asumir, la decisión que más le interese personalmente en lo que atañe a su cuerpo y a su salud. Requiere que se le transmita información comprensible y adecuada que le suponga una facilidad de valoración, de las consecuencias concretas en su persona y en su estado, para con todos los conocimientos adquiridos poder decidir, resistir o posponer, el tratamiento propuesto o cambiar de especialista y de centro sino lo considera oportuno”*.<sup>340</sup>

## **6.- SUPUESTOS ESPECIALES DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

### **6.1. Menores de edad**

Nuestra constitución establece en su art. 39 la obligación de los padres a asistir a sus hijos durante la minoría de edad y cuando legalmente proceda, fijando en su art. 12 al igual que el art. 315 del CC, la mayoría de edad a los 18 años, a partir de la cual se adquiere la capacidad de obrar para los actos civiles como norma general (art. 322 CC).

A nivel internacional la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, reconoce en su art. 12 la oportunidad de ser escuchados directamente cuando pueda formarse un juicio propio, por medio de un representante o de un órgano apropiado, reconociéndole la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia, libertad religiosa, libertad de asociación y respeto a la vida privada.

El CC, en su art. 154 regula la patria potestad en virtud de la cual los hijos no emancipados se encuentran bajo la guarda de los padres, quienes la ejercen en su beneficio, según su personalidad, debiendo escucharlos antes de decidir sobre cosas que

---

<sup>339</sup>En este sentido se ha pronunciado en sentencia de la Sala 1ª de 24 de mayo de 1995 donde señaló que *“el consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar, ni siquiera por el cónyuge”*.

<sup>340</sup>STS 1132/2006, de 15 de noviembre (Rec.771/2000 [RJ 2006, 8059])

les afecten. Como norma general se exige la autorización de los padres/tutores para la realización de determinados actos, salvo actos relativos a derechos de la personalidad, que podrán realizar en la medida de su madurez (art. 162 CC), no obstante, existen actos que pueden realizar antes de la mayoría de edad.

Tanto padres como tutores (designados judicialmente en defecto de los primeros), deben realizar sus actos en beneficio del menor y en el caso de los tutores, estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. La patria potestad o tutela se extinguen con la mayoría de edad, o emancipación y a partir de ahí puede regir su persona y bienes, salvo algunas excepciones.

Para algunos autores (tendencia actual en Francia)<sup>341</sup> la patria potestad no es genérica sino que debe funcionar en interés del niño, pensando más en el futuro que en el presente buscando su pleno desarrollo físico y mental, el desarrollo de su personalidad, dejándole participar en todas las decisiones que le atañen en función de su edad y madurez.

La Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para ajustar la legislación española a la Observación general nº 14 (2013) de la convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas. Donde se reclama la prioridad del interés superior del niño, el respeto a sus derechos y que prevalezcan para conseguir un desarrollo integral. La Observación general nº 14, dedica un epígrafe a la opinión del niño, (punto 53 y 54), en el que se reconoce su derecho a expresarla pese a ser pequeño o esta discapacitado. En los puntos 77 y 78 reconoce el derecho del niño a la salud, señalando que se le debe dar información para que participe en función de su edad y madurez en la elección de tratamiento más beneficioso tras ponderar beneficios y riesgos.

La LO 1/1996, en su art. 2 modificado por LO 8/2015, reconoce que todo menor tendrá derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial debiendo ponderarse elementos como la edad, la madurez y otros que se consideren pertinentes.

Por tanto, parece que la edad no es requisito determinante para consentir, sino que habrá que valorar además la madurez del menor y la gravedad del caso.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, estableció una serie de pautas a seguir en conflictos en los que estuvieran implicados menores ante

---

<sup>341</sup>ACEDO GARCIA, S. (2005), "Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario: ¿emergencia de la autonomía del menor?, un análisis del derecho francés", *Revista General de Derecho Canonico y Derecho Eclesiastico del Estado*, N°8, 2005  
[http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/Acedo\\_Minores.pdf](http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/Acedo_Minores.pdf) consultado el 11/10/2015

transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores en caso de grave riesgo. La Circular diferencia entre menores maduros y no maduros al igual que el convenio de Oviedo, señalando que lo determinante es evaluar la capacidad del menor, de modo personalizado, con mayor exhaustividad en relación con la mayor juventud y con mayor evaluación cuanto más riesgo comporte la intervención. Respecto a la situación del menor maduro, establece básicamente que cuando el menor maduro se niegue a una intervención médica grave y sus representantes legales estén a favor de la misma, prevalecerá su opinión sobre la del menor, aunque si no fuera una situación de urgencia sería preferible plantear esta cuestión ante el juez, y si, por el contrario, la decisión de los representantes legales coincide con la del menor, se recomienda plantear la situación ante el Juez, salvo en los casos de urgencia, en las que el médico puede actuar sin necesidad de tal consentimiento.

Tanto la LAPac 41/2002, en su art. 9.2.c) como la mayoría de las autonómicas sobre los derechos de los pacientes como ya hemos puesto de manifiesto, establecen que a partir de los dieciséis años el menor puede prestar el consentimiento por sí mismo, sin necesidad de acudir al consentimiento "por sustitución" de sus representantes legales. La normativa en materia de sanidad y atención socio-sanitaria, que reconoce la autonomía del menor vinculada a su madurez, es acorde con el artículo 6.2 del CEDHB de Oviedo, que no establece una línea divisoria en función de la edad sino de la capacidad natural<sup>342</sup>. Es cierto que también podemos encontrar algunas leyes autonómicas que no reconocen ningún margen de autonomía al menor en materia sanitaria, exigiendo la prestación del consentimiento por sus representantes legales<sup>343</sup>, pero mayoritariamente la autonomía sanitaria queda fijada en los dieciséis años.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, podemos distinguir los siguientes supuestos:

-El menor con madurez suficiente

El artículo 5.1 LAPac 41/2002 establece que *"el titular del derecho a la información es el paciente. 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."*

El menor puede decidir excluir a los padres de la información sanitaria; aunque parece evidente que cuando el adolescente va al médico acompañado de sus padres

---

<sup>342</sup>Art. 6.2 de la LAPac: *"Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. 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."*

<sup>343</sup>Así, Cantabria (art. 30.1 y 31.1.c) de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria) y las Islas Baleares (art. 12.6 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud).

existe un consentimiento tácito a que el médico revele, a los padres también, la información médica.

Pero si el menor se opone a que se informe a los padres el derecho a la intimidad está vinculado con la capacidad para consentir el tratamiento médico; debe prevalecer el derecho a la intimidad del menor, y lo contrario puede constituir delito de revelación de secreto profesional (art. 199 CP).

La LAPac 41/2002 añade una previsión que no suelen contemplar otras legislaciones autonómicas: "*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*" (artículo 9.3.c) *in fine*). En realidad, el único supuesto en el que la actuación del facultativo está legitimada sin autorización del menor y aún de los padres es el de urgencia vital, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la salud o la vida del menor<sup>344</sup>. Cabe justificar esta información en el interés del propio menor: los padres no pueden cumplir su deber de velar por sus hijos menores (art. 154 CC) y prestarle la asistencia necesaria. No hay que olvidar que el derecho a la Intimidad está protegido en la Constitución (art. 18), pero el deber de prestar asistencia a los hijos también tiene rango constitucional (art. 39).

-El menor sin madurez

Por debajo de los dieciséis años, habrá que atender al grado de madurez, intelectual y emocional, del propio menor. Si el menor no reúne los requisitos de capacidad suficiente, el consentimiento deberá ser prestado por los representantes legales del menor. La mayoría de las veces depende de la relevancia del acto en cuestión, y es graduable; es una cuestión de hecho que deberá ser apreciada caso por caso.

La referencia legal al "*consentimiento por sustitución*" traslada ideas de la representación legal que no se adecuan bien a esta materia, pues los padres no sustituyen al menor en actos personalísimos, sino que complementan o asisten al menor en ejercicio de su función de patria potestad. En este sentido, la LAPac 41/2002 señala que la prestación del consentimiento por representación, será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones médicas a lo largo del proceso sanitario (art. 9.7).

El médico deberá suministrar toda la información necesaria a los titulares de la patria potestad sobre el estado de salud del menor para que puedan emitir un consentimiento informado válido.

---

<sup>344</sup>Art. 9.2.b) de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, publicada en BOE, nº 274, del 15 de noviembre de 2.002.

En todo caso, a partir de los doce años el menor tendrá derecho a expresar su opinión al respecto, y el médico deberá tener en cuenta esa opinión en la medida de lo posible, dándole mayor relevancia cuanto mayor sea su edad y grado de madurez. Preceptivamente, cuando sea mayor de doce años, como lo imponen la ley estatal (art. 9.3.c), y las leyes de Cataluña, Galicia, Extremadura, Aragón, Navarra, Castilla y León, entre otras. La evaluación de esta madurez queda a criterio del médico responsable de la asistencia, como dice la propia ley.

Nuestra jurisprudencia no tiene un caso similar al conocido caso *Gillick v. West Norkolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security*, que estableció el criterio según el cual un menor, si tiene madurez suficiente, puede prestar el consentimiento personalmente, aunque no coincida con la opinión de sus padres. La sentencia estableció que si el menor tiene suficiente capacidad para entender el contenido e implicaciones de sus decisiones no es necesario solicitar el consentimiento o autorización de otras personas distintas al propio menor.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha conocido un caso de un menor de 13 años Testigo de Jehová que se negaba a recibir una transfusión sanguínea médicamente necesaria, en la STC 154/2002, de 18 de julio. Se trataba de un menor en situación de alto riesgo hemorrágico que necesitaba una transfusión sanguínea, a lo que el menor y sus padres se negaron. Los padres fueron condenados por el Tribunal Supremo por un delito de homicidio, en comisión por omisión, por entender que, como garantes del menor, debían haber evitado su muerte. Es importante destacar que, la actitud de los padres fue omisiva: no consintieron a la transfusión sanguínea, ni intentaron convencer a su hijo para que la aceptase. El Tribunal Constitucional concede el amparo por entender que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los padres impide exigirles otra conducta. Respecto a la validez del consentimiento del menor la sentencia no es concluyente señala que *"el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos (...) no es suficiente para (...) reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable."* Luego parece que el TC no da relevancia a la negativa del menor pero, a continuación, en el mismo fundamento jurídico (11.º), señala que *"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."* Luego a *sensu contrario* cabe entender que cuando el menor tenga suficiente madurez sí podrá decidir en este ámbito, pero deberá acreditarse esa madurez.

Hay que tener presente el artículo 2 de la LOPJM: *"Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva"*. Cabría, eso sí, distinguir varios bloques de edad, a modo de orientación: podemos establecer la presunción de que los menores de doce años no reúnen las condiciones de madurez suficiente para tener suficiente juicio, y que a partir de los dieciséis años esa capacidad



natural se presume; el período entre los doce y los dieciséis (edad conflictiva), deberá estarse a la madurez concreta del menor.

La jurisprudencia, sin fijar una edad concreta, sí parte de una presunción de madurez a partir de los catorce o dieciséis años.

En Aragón hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona que, siguiendo su derecho histórico, establece que a los catorce años termina la representación legal (art.2.3) y se presume el juicio suficiente (art. 31).

## **6.2. Actos para los que se exige mayoría de edad**

Para ciertos actos médicos especialmente trascendentes se adopta el criterio de la mayoría de edad, como pueden ser la extracción y trasplante de órganos<sup>345</sup>, la utilización de técnicas de reproducción asistida<sup>346</sup>, la cirugía transexual<sup>347</sup>, y el documento de voluntades anticipadas.

### **1º-Trasplantes.**

La Ley 30/1979 de 27 de octubre, fue la primera regulación nacional sobre extracción y trasplante de órganos, que se desarrolló por los derogados RD 426/1980 de 22 de febrero y RD 2017/1999 de 30 de diciembre.

En la actualidad está vigente el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regula la obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Buscando reducir la pérdida de órganos disponibles, aplicándose también en el intercambio de

---

<sup>345</sup>Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, art. 4.a), exigencia reiterada en el art. 9.1.a) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Se especifica además, letra d) que "tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores", aunque con alguna excepción.

<sup>346</sup>Art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>347</sup>Art. 156 CP. "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil."

órganos con otros países.<sup>348</sup> Señalando que es responsabilidad de la Organización Nacional de Trasplante la creación y aplicación de protocolos que verifiquen el consentimiento para la obtención de órganos.

Podemos distinguir dos supuestos según estemos ante un donante vivo o ante un donante fallecido.

En el caso de donante vivo el RD 1723/2012 requiere que se trate de un órgano o parte de un órgano que no sea vital y su organismo pueda compensar su ausencia. Requiere mayoría de edad, negado dicha posibilidad a menores aunque medie autorización de padres/tutores, deficientes psíquicos, enfermos mentales y aquellos que no puedan consentir.

Pero incluso estas limitaciones por razones de edad, que parecen infranqueables, pueden ser cuestionadas atendiendo a esa capacidad natural del menor. Y en este sentido, cabe hacer referencia al Auto JPI Sevilla de 18 de octubre de 2.007, que autorizó la donación de hígado de una menor de edad, a pesar de que el art. 4 Ley 30/1979, de extracción y trasplante de órganos lo prohíbe claramente. Se trataba de una joven madre de diecisiete años cuya hija padecía una enfermedad mortal del hígado que, en cualquier momento, podía entrar en fase aguda y morir por falta de un donante compatible. La madre de la joven, abuela de la niña enferma, solicitó autorización judicial para la donación de órganos. Parece que siendo la prohibición legal tan clara, nada se podía alegar, pero el auto estimó la petición. Si bien el fallo ha de ser aplaudido, pues atiende a la grave situación humana de una madre que quiere donar parte de su hígado a su hija a los pocos meses ya podrá emitir ese consentimiento por sí misma, pero puede que sea demasiado tarde, los argumentos son, cuanto menos, criticables. El mencionado auto, hace una aplicación analógica del artículo 156. 2 CP, que permite la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil. Sin embargo, aquí la analogía no es aplicable, por dos motivos. En primer lugar, no existe una laguna en la ley que justifique acudir a la analogía, pues la Ley 30/1979 resuelve o contempla el supuesto específico de la obtención de órganos de un donante vivo menor de edad, prohibiéndola expresamente. En segundo lugar, y como dispone el artículo 4.2 CC, no se pueden aplicar por analogía las normas excepcionales o penales, y el artículo 156, segundo párrafo del CP lo es.

Podrían haber manejado otros argumentos para llegar a la misma solución:

---

<sup>348</sup>Art. 8.2 del RD 1723/2012

Bien una interpretación finalista de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos. El artículo 4 de la misma, exige para las donaciones de órganos entre personas vivas que el donante sea mayor de edad, por un lado, para evitar la explotación de los padres que, como representantes de sus hijos, podrían consentir las extracciones de órganos de sus hijos en su propio beneficio y, por otro, para evitar causarles un perjuicio irreversible. En ese sentido la exigencia de mayoría de edad está plenamente justificada. Pero no pensó el legislador en la menor de edad que, a su vez, tiene una hija. Donación de órgano no para un mayor de edad, sino para otro menor de edad, hijo de éste.

Bien una interpretación finalista del antiguo Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre (actualmente Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio), que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos sobre donación de tejidos humanos. Esta normativa, después de reiterar la prohibición de obtención de células y tejidos de una persona viva menor de edad para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos, la admite en unos casos y con ciertos requisitos<sup>349</sup>; luego, a *sensu contrario*, permite la obtención de tejidos o células renovables de un donante menor de edad, cuando puedan ser de carácter vital para el receptor. En el supuesto que nos ocupa, el carácter vital para el receptor quedó demostrado en el proceso judicial; podría alegarse que, al ser el hígado un órgano renovable, se le podría aplicar esta normativa.

Por último el artículo 20.2 del CEDHB de Oviedo permite la extracción de tejidos regenerables de un menor cuando sea indispensable para salvar la vida de su hermano o hermana<sup>350</sup>. Si se autoriza la donación de tejidos renovables entre hermanos menores de edad, con mayor razón se debe autorizar entre padres e hijos cuando ambos son menores de edad.

Este caso pone de manifiesto, aparte de la necesidad de un debate sobre la oportunidad de reformar la ley de trasplantes para incorporar el supuesto del menor de edad que es, a su vez, progenitor, que las prohibiciones legales del menor de realizar ciertos actos como consentir una donación de órgano, no son absolutamente

---

<sup>349</sup>En el art. 7.1 dispone que "no podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad (...) salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal".

<sup>350</sup>El artículo 20.2 del Convenio de Oviedo dice: "De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes: i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento; ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante; iii) si la donación es para preservar la vida del receptor; iv) si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista (...); v) si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma."

inamovibles, y aconsejan introducir ciertas excepciones dando aún mayor peso al consentimiento del menor.

El RD 1723/2012 señala que es preciso que se facilite información previa al donante de forma comprensible, incluyendo consecuencias, riesgos tanto para él como para el receptor, contraindicaciones y como se procederá en caso de rechazo inicial, tras lo cual prestara su consentimiento redactado de modo comprensible adecuado, de modo expreso, libre y sin ningún interés económico; además como garantía se exige se aporte ante el Juzgado de primera instancia del lugar donde se practique la extracción o el trasplante de un certificado que acredite la salud física o psíquica del donante, su solicitud, o notificación realizada por el Director del hospital donde se relatan tanto las circunstancias del donante como el objeto de la donación, hospital donde se realiza la extracción, y médico responsable con el certificado señalado. Así mismo se precisa un informe del Comité de Ética para proceder a la obtención del órgano. Tras lo cual se tramitara un expediente de Jurisdicción voluntaria, en cuya comparecencia el médico encargado de extraer el órgano dará la información necesaria al donante con el médico que certifique el estado de salud del donante delante y el médico responsable del trasplante, debiendo el donante otorgar su consentimiento expreso delante del Juez, quien extenderá el documento de cesión del órgano firmado por todos los asistentes sobre todo el donante y el facultativo que va a realizar la extracción, debiendo oponerse los que sepan que la donación no es libre ni consciente ni desinteresada. Entre la emisión de dicho documento de cesión y la extracción debe mediar al menos 24 horas, pudiendo revocarse dicho consentimiento sin ninguna formalidad cuando lo desee. La extracción debe realizarse en un hospital autorizado y debe notificarse a la autoridad competente responsable con antelación debiendo dar cuidados posteriores al donante y seguirlo clínicamente.

En el caso de donante fallecido, el RD 1723/2012, requiere la comprobación de que no haya dejado constancia escrita de su negativa a donar determinados órganos, y si se trata de menores o incapaces se puede oponer aquel que en vida fue su representante. Así mismo el coordinador de trasplantes debe verificar si dejó documento a favor de la extracción o lo dejó dicho a sus familiares o facultativos y estos dejaron constancia en la historia clínica. Se debe informar a familiares o allegados del fallecido lo importante de la obtención necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención restauración, conservación o práctica de sanidad mortuoria.

El receptor deberá así mismo ser informado y prestar su consentimiento, conforme a lo dispuesto en la LAPac, y lo exigido en orden a la calidad requerida en la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup>REYNAL REILLO, E. (2017) *Consentimiento informado y responsabilidad .....*, Op. Cit, pags. 158-161.

## 2º-Reproducción humana asistida.

Se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, conforme a dicha regulación se admite la donación de semen y ovocitos, el tratamiento a mujeres solteras, el diagnóstico preimplantatorio, la adopción de embriones, la fecundación postmortem autorizada judicialmente, la selección del sexo cuando se pretenden evitar enfermedades ligadas al mismo, el anonimato del donante, prohibiendo expresamente la maternidad subrogada en el art. 10.

La ley establece en su art. 3, que estas técnicas se deben aplicar a personas con posibilidades de éxito sin que se ponga en riesgo la salud física o psíquica del paciente o de su descendencia, quienes deberán ser informadas de las técnicas, riesgos y posibilidades de éxito, debiendo contener información de aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos.

Las donaciones de gametos o preembriones serán anónimas y gratuitas, pudiendo revocarlas exclusivamente cuando los necesite para sí mismo, si están disponibles.

Requiriendo mayoría de edad, buen estado físico, genético y psíquico, con estudio previo donde se indicara posibilidad de enfermedades genéticas hereditarias, incluyendo en caso de donación de gametos sobrantes de la reproducción de la pareja para la reproducción de personas ajenas a ellas. Se exige consentimiento, en contrato previamente informado de modo comprensible y requiere capacidad de obrar. Estableciendo un límite de donación de seis hijos nacidos con gametos junto con la obligación de declararlo para el donante y la obligación de la clínica de buscar en el registro nacional de donantes de gametos y preembriones.

Para poder participar de estas técnicas se requiere mayoría de edad y plena capacidad de obrar. Se debe informar de las técnicas y riesgo, si está casada se requiere el consentimiento del marido y el hijo sería matrimonial, (salvo separación legal o de hecho), y también sería aplicable en caso de parejas de hecho aunque la ley no lo contempla expresamente<sup>352</sup>.

### 6.3. Ensayos clínicos con medicamentos

Los ensayos clínicos permiten desarrollar tratamientos que mejoren los existentes, a fin de mejorar o curar enfermedades o aumentar la calidad de vida de la población. Su regulación se contiene en el RD 223/2004, de 6 de febrero, y en su capítulo II regula la protección de los sujetos del ensayo, los ensayos clínicos con menores, e incapacitados, los ensayos sin beneficio directo para la salud de los sujetos, el consentimiento informado, el seguro o garantía financiera de los sujetos del ensayo.

---

<sup>352</sup> *Ibidem.* pags. 162-163.

El sujeto que quiera participar en un ensayo debe ser entrevistado por una de los investigadores que le informara de objetivos, riesgos inconvenientes, condiciones y posibilidad de retirarse en cualquier momento sin sufrir perjuicio. Tras lo cual se le dará documentación con información, que debe devolver firmada con su consentimiento.

En caso de menores requiere consentimiento informado de padres/tutores, si es menor de 12 años se contara con su presunta voluntad y si es mayor de 12 años se le informara con arreglo a su edad y podrá negarse a participar en cuyo caso habrá que respetar su voluntad. Debiendo notificarse al Ministerio Fiscal los casos en que intervengan menores. En caso de incapacitados por sentencia judicial, se les informara conforme a su capacidad de comprensión y se recabara su consentimiento aceptando su desistimiento. Si su incapacidad fuera total deberá prestar e consentimiento su representante legal tras recibir la información necesaria.

Esta regulación también se contempla en el RDL 1/2015, de 24 de julio que aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

El Reglamento 536/2014, del Parlamento Europeo y del consejo, de 16 de abril de 2014, sobre ensayos clínicos de medicamentos de uso humano deroga la Directiva 2001/20CE, y simplifica los trámites, procedimientos y costes de los ensayos clínicos, en sus arts. 28 a 35, recoge las garantías a los sujetos y el consentimiento informado con especial incidencia en menores, incapaces, embarazadas, lactantes y consentimiento informado por grupos. Introduce como garantía diferir la decisión de consentir un plazo de tiempo adecuado para que pueda decidir sobre su participación en el ensayo clínico, obligación de obtener copia del consentimiento con la información de posibles alternativas al tratamiento o de seguimiento si se retira el ensayo, información sobre posibles indemnizaciones por daños y perjuicios y mecanismos de aplicación, información sobre la identidad del ensayo y posibilidades de consultarlo.

Estableciendo en ensayos de bajo nivel de intervención normas menos rigurosas en su aprobación, monitorización y evaluación. Permitiendo en estos casos la posibilidad de prestar un consentimiento informado simplificado<sup>353</sup>.

#### **6.4. Cirugía Plástica, estética y reparadora**

La medicina estética se regula en el RD 1277/2003, de 10 de octubre y la cirugía plástica reparadora y estética se regula en el RD 139/20003 de 7 de febrero. Así mismo el Decreto 49/2009 de Andalucía, regula por primera vez la cirugía estética en menores de edad y la creación de un registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizada a menores, con la finalidad de garantizar su madurez y que ha recibido

---

<sup>353</sup> *Ibidem* pags.145-151

información suficiente acorde a su edad y capacidad comprensiva y garantizar que los beneficios esperados son superiores a los riesgos a los que se somete. Además se exige un informe de madurez que pretende estudiar si comprende los beneficios, riesgos y consecuencias de la intervención y descartar trastornos psicológicos o de personalidad que puedan ser constitutivos de contraindicación absoluta o relativa. Dicho informe se valorará por el médico que practique la intervención. Cuando proceda los jóvenes de más de 16 años o emancipados prestarán su consentimiento y en caso de grave riesgo los padres/tutores serán informados y su opinión será tenida en cuenta. Si se trata de menores de más de 12 años serán oídos en todo caso y su opinión se tendrá en cuenta. Si son menores de 12 años decidirán los padres/tutores<sup>354</sup>.

## 6.5. Interrupción voluntaria del embarazo

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, no es uno de los actos médicos para los que se exige mayoría de edad, el tenor del artículo 9.4 de la LAPac 41/2002 establece: *"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"*. Aunque para la práctica de ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida sí existen leyes que exigen mayoría de edad, para el aborto no.

La STC 53/1985, de 11 de abril, delimitó los parámetros jurídicos dentro de los que la despenalización del aborto no era contraria a la Constitución señalando la existencia de laguna legal en la normativa penal: *"Y en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o discapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada"* (FJ 14 in fine).

La remisión debe entenderse hecha a las reglas sobre capacidad, no sobre mayoría de edad, como parece indicar la ley 41/2002, el criterio vuelve a ser el de la madurez de la menor: cuando la menor tenga capacidad suficiente, sus representantes legales no están legitimados para adoptar esta decisión por sustitución, pues siendo un acto personalísimo no cabe aplicar la regla general del artículo 162 CC.

La ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su exposición de motivos, hace referencia al reconocimiento de la especial relación de los derechos de las mujeres con la protección de la salud sexual y reproductiva, que recogen diversos textos internacionales; así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, se establece en su artículo 12 que *"Los Estados*

---

<sup>354</sup> *Ibidem. pags.153-156*

*Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se refieren a la planificación familiar”.*

Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, ha reconocido que *“los derechos humanos de las mujeres incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”.*

En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contiene un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tiene como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar *“el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que «mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás”.*

En este contexto internacional la Ley pretendió adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva.

La Ley aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Introduce en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva, y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo. Establece, una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal.

La anterior regulación del Código Penal supuso un avance al posibilitar el acceso de las mujeres a un aborto legal y seguro cuando concurriera alguna de las



indicaciones legalmente previstas: grave peligro para la vida o la salud física y psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuera consecuencia de una violación o cuando se presumiera la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto.

A lo largo de estos años, sin embargo, la aplicación de la ley ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica. La necesidad de reforzar la seguridad jurídica en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido enfatizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 20 de marzo de 2007 en la que se afirma, por un lado, que *“en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada»* y, por otro lado, que *«una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo”*.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, ha invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

La doctrina constitucional derivada de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia, entre otras, la sentencia 53/1985, enunció algunos principios que han sido preservados por la jurisprudencia posterior y que son tomados como punto de partida en la Ley. Una de esas afirmaciones de principio es la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de *“ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”* (STC 53/1985). Pues si bien *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución”* esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. El legislador ha considerado razonable, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina *“autodeterminación*

*consciente*”, dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.

La tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

A diferencia de la regulación previa, se establece un límite temporal cierto en la aplicación de la llamada indicación terapéutica, de modo que en caso de existir riesgo para la vida o salud de la mujer más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, lo adecuado será la práctica de un parto inducido, con lo que el derecho a la vida e integridad física de la mujer y el interés en la protección de la vida en formación se armonizan plenamente.

Más allá de la vigésimo segunda semana, la ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo. El primero se refiere a aquellos casos en que «se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida», en que decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución (STC 212/1996). El segundo supuesto se circunscribe a los casos en que «*se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico*». Su comprobación se ha deferido al juicio experto de profesionales médicos conformado de acuerdo con la evidencia científica del momento.

Se da nueva redacción al artículo 145 del Código Penal con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley eliminando la previsión de pena privativa de libertad, por un lado y, por otro, para precisar la imposición de las penas en sus mitades superiores en determinados supuestos. Asimismo se introduce un nuevo artículo 145 bis, a fin de incorporar la penalidad correspondiente de las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos en ella<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> *Exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, publicado en BOE (nº 55) de 4 de marzo de 2010.*

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, que está establecido en el Código Civil. Ya que en su art. 13.4 otorgaba exclusividad para tomar decisión a las pacientes de 16 y 17 años requiriendo que se informara a uno de los representantes legales, que ejercieran la patria potestad o tutores, salvo que la menor alegara la producción de un conflicto grave como podía ser las posibles amenazas, coacciones, malos tratos, violencia, situaciones de desarraigo o desamparo.

Con el fin de superar la singularidad, que para las menores de edad implicó el tratamiento introducido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción del embarazo, la LO 11/2015 de 21 de septiembre, *“para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo”*, ha supuesto la necesaria modificación de la LAPac 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, rectificando el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo.

Considera la exposición de motivos de la ley Orgánica 11/2015 que el que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”*, como en el artículo 269, que dispone que *“el tutor está obligado a velar por el tutelado”*, y, en particular, *“a educar al menor y procurarle una formación integral”*.

La ley Orgánica 2/2010 impedía a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad.

Asimismo, esta ley afectó 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, en lo que se refiere a los límites del consentimiento informado.

Es, por ello, que la ley Orgánica 11/2015 de 21 de septiembre, suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

Además, se hace una remisión al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor<sup>356</sup>.

## **6.6. Supuestos de ausencia o revocación del Consentimiento informado**

Podemos distinguir en orden a la ausencia/revocación del consentimiento los siguientes supuestos;

-Actuación sin consentimiento médico (ausencia total/revocación de consentimiento) el paciente desconoce que se le va a practicar un acto médico o, sabiéndolo, se opone a éste.

-Actuación con consentimiento, pero viciado (generalmente, por falta de información), el paciente es conocedor, con carácter general, del acto médico, pero su voluntad no se ha formado adecuadamente, por no haber sido informado de forma correcta.

**1º.** Ausencia total de consentimiento: por revocación o negativa del paciente al acto médico

En el ejercicio de su derecho de autonomía el paciente puede aceptar o rechazar el tratamiento propuesto con anterioridad al acto médico o revocar el consentimiento dado en cualquier momento, salvo que la interrupción del acto médico en ese momento constituya un grave riesgo para la vida o salud del paciente. Es irrelevante su motivación, siempre que sea una decisión libre, voluntaria y previamente informada. Debe tratarse de una decisión tomada de forma racional, con capacidad para ello. El médico debe respetar esa negativa, que debe constar por escrito (eficacia ad provationem)<sup>357</sup>, y si el paciente está ingresado, deberá firmar el alta médica.

El problema se presenta cuando se trata de una negativa a un tratamiento que es vital para el paciente, cuya no aceptación pone al paciente en una situación de peligro para su vida o integridad física o moral.

---

<sup>356</sup>Exposición de motivos de la Ley 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo publicado en BOE (nº 227) de 22 de septiembre de 2015.

<sup>357</sup> En este sentido la STSJ de Castilla La Mancha de 18 de abril de 2009, JUR 2009/258310.

En este caso, el médico se enfrenta al dilema de tener que elegir entre imponer un tratamiento en contra de la voluntad de la persona (que pudiera constituir un delito de coacciones o de lesiones) o no actuar (que pudiera constituir un delito de homicidio/lesiones imprudentes/omisión del deber de socorro).

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma estatal que regule dicha cuestión, siendo la jurisprudencia quien ha ido estableciendo una doctrina en la materia, a tenor de los distintos asuntos que han sido sometidos a su consideración.

Podemos considerar que hasta los años noventa, del pasado siglo, la jurisprudencia consideraba la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico, no disponible por las personas. Como derecho fundamental informa al conjunto de la organización política y jurídica, debiendo el Estado contribuir positivamente a la eficacia del tal derecho y de los valores que representa aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano<sup>358</sup>.

Por tanto, en esta inicial etapa al paciente le estaba vedado rechazar /revocar un tratamiento de carácter vital, toda vez que el Estado debe garantizar la efectividad del derecho fundamental a la vida.

No obstante, no existe en la Constitución base alguna para establecer una prelación jerárquica entre derechos fundamentales ni valores que estos representen, más bien al contrario todos se encuentran en el mismo nivel, de tal modo que cuando se producen conflicto entre ellos, deberán de resolverse ponderando en cada caso las circunstancias concurrentes.

Por ello, a partir de los años noventa, la jurisprudencia ha reconocido el derecho del paciente a rechazar y revocar la actuación médica de carácter vital en determinados supuestos<sup>359</sup> y en consecuencia, toda intervención o tratamiento que se lleva a cabo sin contar con el previo consentimiento del paciente constituye una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral (salvo los casos en que quede debidamente justificada constitucionalmente, como sería el caso de presos en huelga de hambre). Pero el derecho a rechazar/revocar un tratamiento vital reconocido en el art. 15 de la constitución no supone el reconocimiento del derecho a morir, ya que dicho artículo tiene un contenido positivo.

Por lo tanto, podemos concluir que el derecho a la vida en la doctrina jurisprudencial, debe interpretarse y aplicarse en relación con otros valores y derechos como la integridad física, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad personal, ideológica o religiosa entre otros, sin prevalencia sobre estos.

---

<sup>358</sup> En este sentido la STC de 11 de abril de 1985, RTC 1985/53.

<sup>359</sup> En este sentido la STC de 27 de junio de 1990, RC 1990/120

Por ello, el médico que actúa sin el consentimiento del paciente, o incluso en contra de la voluntad del paciente, puede cometer un delito de lesiones (artículo 147 y ss. CP) o un delito de coacciones (artículo 172 CP), aunque generalmente estará amparado en el estado de necesidad, que exime de responsabilidad criminal (artículo 20.5 CP). Ante la duda, el médico puede solicitar autorización judicial para actuar, y así queda protegido frente a posibles reclamaciones. En todo caso, su actuación generalmente estará amparada precisamente en el estado de necesidad vital con la que se enfrenta.

No obstante, el Estado no puede imponer a los ciudadanos la obligación de vivir en contra de su voluntad. El deber de velar por la vida y la salud de las personas (se entiende, adultos autónomos) termina con la renuncia expresa de la persona a recibir protección y tratamiento. La intervención estatal sólo se justifica si existe riesgo para la salud y la vida de terceros, el paciente no es una persona que hay que curar a toda costa (incluso a su pesar), sino un ser autónomo, que puede ejercer su libertad (valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 1 CE) también en el contexto sanitario. Entran en colisión así el principio de beneficencia y no maleficencia con el principio de autonomía. El ejemplo por antonomasia es el del Testigo de Jehová que se niega a recibir una transfusión sanguínea vital. Para que la negativa sea respetada (siempre que sea producto de una decisión informada y autónoma) no es necesario que esté fundamentada en la libertad religiosa (como en el caso de los Testigos de Jehová), sino que es la libertad individual la que ampara esa negativa, esté basada o no en motivos religiosos.

En el Reino Unido, el *Supreme Court* ha reiterado que el derecho del paciente a consentir o no consentir un determinado tratamiento, debe ser respetado "*con independencia de que las razones para tomar esa decisión sean racionales, irracionales, desconocidas o inexistentes*". Si el paciente está en situación de rechazar el tratamiento, se deberá respetar esa negativa.

No lo está el paciente que sufre una enfermedad mental que afecte a esa capacidad necesaria, pues precisamente su enfermedad le lleva a distorsionar la percepción de la realidad y, por tanto, en caso de urgencia vital, debe procederse al tratamiento.

Así, el médico que realiza una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente vulnera la autonomía del paciente, que podrá denunciarle por coacciones; pero si el tratamiento le ha salvado la vida y no hay, por tanto, lesiones corporales, ¿debe indemnizar por el atentado contra la autonomía de la voluntad? No se puede olvidar que la responsabilidad civil deriva del daño, no de la vulneración de derechos, por lo que la ausencia de daño puede suponer ausencia de indemnización, aunque pudieran corresponderle sanciones disciplinarias. Pero sin daño no hay indemnización.

## 2º. Falta de información adecuada

La falta de información suficiente puede llegar a viciar el consentimiento en aquellos casos en los que el daño producido es la materialización de un riesgo que no ha sido objeto de información. La necesidad de informar sobre los riesgos previsibles permite al paciente asumirlos, pero si no los ha conocido de forma previa, difícilmente asume el daño que finalmente se produce. La actuación médica sin consentimiento o con conocimiento viciado puede generar consecuencias penales pero cabe plantear si también civiles.

Para que surja la obligación de indemnizar deben concurrir los requisitos o presupuestos propios de todo supuesto de responsabilidad civil: negligencia, relación de causalidad y daño.

La relación de causalidad exige que entre la falta de información y el daño corporal exista una conexión causal, de tal forma que se pueda concluir que, de haber sido debidamente informado, el paciente no se hubiese sometido a la intervención médica y, por tanto, el daño no se hubiese producido. Ahora bien, no cabe presumir que el paciente debidamente informado hubiera rechazado la intervención médica.

Por otra parte, los daños o secuelas no se podrán imputar al médico cuando la intervención quirúrgica sea necesaria y no existan alternativas. Pero junto a los daños corporales o secuelas, aún cabría plantear si, la falta de información es, “*per se*”, un daño indemnizable.

En principio, la falta de información, sin más, no es una causa de resarcimiento pecuniario, pues la responsabilidad civil tiene como función esencial la de compensar el daño, y no la de declarar la vulneración de un derecho (en este caso, el de autonomía), y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup><sup>360</sup>. Pero en algunos casos puede serlo, cuando la falta de información impide tomar una decisión. La reclamación en estos casos genera una indemnización por pérdida de una oportunidad y, aunque el Tribunal Supremo ha condenado al médico en algunos casos, la categoría por la que concede una indemnización (cuando se especifica), sea de daño moral o de daño patrimonial, no siempre responde a esa categoría de pérdida de oportunidad que parece, sin embargo, la más adecuada.

## **7. EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La Ley General de Sanidad venia contemplando tres excepciones a la obligación de obtener el consentimiento informado por escrito: el caso en que la intervención supusiera un riesgo para la salud pública, cuando el paciente no estuviera capacitado para tomar decisiones y los supuestos de urgencia que no permitieran demoras por

---

<sup>360</sup>En sentido contrario la STS de 10 de mayo de 2006, condena al médico no por los daños corporales, que no son imputables a la falta de información, sino por la falta de información misma, aunque reduce la indemnización solicitada.

poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento<sup>361</sup>. En realidad, estas tres excepciones son dos, puesto que en el caso de falta de capacidad del paciente, se preveía el otorgamiento del consentimiento por sus familiares o allegados.

En la LAPac 41/2002 se mantienen las excepciones referidas, pero formulándose de forma más restringida, haciendo hincapié en que las mismas operan solo respecto de las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente. Así se establece que los facultativos podrían llevar a cabo dichas intervenciones, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos:

a).- Riesgo para la salud pública.

La salud pública es<sup>362</sup> aquella rama de la medicina que se encarga de la salud de la colectividad con acciones dirigidas a: la protección de la salud con la prevención de los posibles efectos nocivos en la sanidad ambiental, salud laboral, la seguridad alimentaria o la salud exterior; la promoción de la salud con la concienciación ciudadana de las decisiones que hagan crecer su salud; la prevención de la enfermedad, promoviendo “campañas de vacunaciones” o de “screening poblacional”<sup>363</sup>.

Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley, que habrá que entender referidas al control de enfermedades transmisibles<sup>364</sup>. Se trata aquí de una restricción al derecho que asiste al paciente de que se recabe su consentimiento informado antes de intervenirle, justificada por el peligro para la comunidad.

Conviene recordar que el CEDHB de Oviedo admite la posibilidad de otro tipo de restricciones a algunos de los derechos que proclama no directamente apoyadas en razones sanitarias, sino en motivos de seguridad pública, prevención de las infracciones penales y protección de los derechos y libertades de las demás personas.

La propia Ley 33/2011 de 4 de octubre General de Salud pública, autoriza a adoptar todas las medidas necesarias, para que se pueda cumplir la ley para adoptar medidas de asepsia, prevención o terapéuticas necesarias, durante el tiempo imprescindible necesario para controlar la situación de riesgo.

---

<sup>361</sup>Art. 10.6 Ley General de Sanidad, cuya derogación se prevé en la LAPac 41/2002.

<sup>362</sup>REYNAL REILLO, E. (2017) *Consentimiento informado y responsabilidad... ..*, Op. Cit, p.136

<sup>363</sup>Como la del cáncer de mama, el cáncer de cérvix o el cáncer colorrectal

<sup>364</sup>El precepto se refiere a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, cuyo art. 3 habla del control de enfermedades y riesgos de carácter transmisible.



b).- Urgencia.

Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Para JEAN MICHAUD, esta posibilidad se limita exclusivamente a las intervenciones médicas necesarias que no pueden ser retrasadas, con exclusión de las intervenciones cuyo aplazamiento es razonable. Sin que ello implique que esta excepción quede solo reservada para las intervenciones vitales<sup>365</sup>.

Se trataría de casos en que no es posible obtener el consentimiento del paciente, sin duda porque se estima preponderante su derecho a la vida e integridad física e inaplazable la asistencia médica. Se realizaría la actuación médica necesaria para salvar al paciente y después se daría cumplimiento a la obligación de informar al paciente.<sup>366</sup>

Por Tanto, en estos supuestos la jurisprudencia reclama para validar la inexistencia de consentimiento es la urgencia de la intervención, en este sentido la STC de 28 de marzo de 2011, (RTC 2011/37) señala que no se trata de cualquier situación de riesgo sino aquella grave e inmediata. En estos casos se debe informar a las personas vinculadas al enfermo en la medida de lo posible, y al propio paciente en cuanto haya superado la situación de riesgo.

De lo anterior se deduce que el médico, frente a una hipotética reclamación por intervenir sin autorización, siempre estaría amparado por la eximente de estado de necesidad, ya que el paciente no habría podido ejercitar su libertad de elección.

No obstante, la doctrina jurisprudencial en algunos supuestos como las transfusiones de sangre y huelgas de hambre ha considerado que “desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en este no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida”<sup>367</sup>

En términos parecido se ha pronunciado el TEDH, cuando en el caso *Pretty versus Reino Unido* respecto del artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, señaló “*el artículo protege el derecho a la vida y evita que se tome deliberadamente la vida de otro, salvo en muy determinadas circunstancias. Un artículo con ese efecto no puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho a morir o de solicitar la colaboración de otro para obtener la propia muerte*”.

---

<sup>365</sup>JEAN MICHAUD, *Informe explicativo del Convenio....., Op. Cit., (apartado 58)*

<sup>366</sup>En este sentido STSJ Social de Navarra 250/1999 de 9 de junio (Rec. 403/1998 [AS 1999, 2074]) y STS 488/2006, de 10 de mayo (Rec. 3476/1999, [RJ 2006, 2399])

<sup>367</sup>En este sentido SSTC 120/1990 y 137/1990,

c).- Presos.

Otro supuesto de excepción al consentimiento informado, no contemplado en la LAPac 41/2002, lo encontramos en la ley general penitenciaria, donde se establece que la Administración velara por la vida, integridad y salud de los internos.

La LAPac reconoce como supuestos exceptuados de la prestación del consentimiento informado, los casos de menores e incapacitados, a los que habría de añadir los supuestos de renuncia al paciente y necesidad terapéutica que ya han sido analizados con anterioridad.

## CAPITULO IV. CONSENTIMIENTO INFORMADO AL TRATAMIENTO MEDICO EN EL AMBITO PENAL

### 1.- EL CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL

#### 1.1. Introducción

El Derecho penal encuentra su razón de ser en la protección de los intereses socialmente relevantes, los llamados bienes jurídicos, pero no todos los bienes jurídicos dignos de protección entran en el ámbito del Derecho Penal, es necesario que sean esenciales para la sociedad, en la medida que están destinado a proteger aquellos intereses cuya violación suponga un perjuicio serio para el correcto funcionamiento del sistema social (la vida, la integridad física, la salud pública, etc.) y el libre desarrollo (autorrealización) de las personas, es la razón de ser de la imputación penal. En este sentido los bienes jurídicos se configuran como límite y garantía de los fines del Estado en el marco de una política criminal concreta, que legitima la injerencia del Derecho penal en la libertad de las persona y que tienen como referencia la Constitución.

En este sentido ROXIN<sup>368</sup> entiende por Bienes jurídicos “(...) *circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”.

Los bienes jurídicos tienen un carácter variable en función del contexto social e histórico, pero siempre permanece su fundamento y legitimación; el constituir una garantía de la autorrealización del individuo mediante una vida digna conforme a su ética personal y del correcto funcionamiento del sistema social donde éste se desarrolla.

La dignidad aparece por tanto, como un presupuesto para la autorrealización del individuo, constituye el fundamento de todo derecho y libertad humana, supone un límite positivo para el legislador.

Por ello, la dignidad no es solo un atributo de la persona, por el simple hecho de serlo, sino que está íntimamente vinculada a la libertad de elección del individuo, a su autorrealización.

La pena, junto a su carácter retributivo, tiene la función de prevención, de defensa de bienes jurídicos; “*el derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos*”<sup>369</sup>. Para imponer una pena por una

---

<sup>368</sup> ROXIN, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid. p. 56*

<sup>369</sup>MIR. PUIG, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. Bosch. Barcelona., p. 107*

conducta ilícita (acción u omisión) que afecta a un bien jurídico concreto es preciso, determinar si el titular del derecho pudiera consentir dicha conducta y, en caso afirmativo, las consecuencias que en el orden penal tendría, eximiendo su responsabilidad, atenuándola o resultando irrelevante.

El Derecho penal, a lo largo de su historia ha otorgado relevancia al consentimiento del titular del derecho, como elemento del delito; ya en la época del derecho romano, con Ulpiano, se afirmaba “nulla iniuria est, quae in volentem fiat”, o sea, “no existe injuria para el que ha consentido”<sup>370</sup>, debiéndose entender por “iniuria” “tanto la que lo es en sentido estricto como cualquier lesión de los derechos de la personalidad, incluidas la libertad y la vida”<sup>371</sup>.

La relevancia del consentimiento en Derecho penal varía según los países, en nuestro ordenamiento jurídico el vigente Código Penal no lo regula con carácter general en la enumeración de eximentes del art. 20, ni en otro precepto de la parte general, sino que lo prevé en concretos delitos de la parte especial, donde presenta cierta relevancia, cuando concurren requisitos legalmente establecidos, en función de que se trate de bienes jurídicos individuales o supraindividuales y de que sean o no disponibles para su titular.

La doctrina mayoritaria considera que, en delitos contra bienes jurídicos individuales o personales disponibles, el consentimiento de su titular suele ser eficaz como eximente; si bien, cuando se trata de los bienes jurídicos más básicos y esenciales (vitales) de la persona y además irreparables, como la vida, o de muy difícil reparación como la integridad física y psíquica y la salud, en los que el consentimiento en la destrucción de los mismos determinaría la imposibilidad de cambiar luego la decisión y sus efectos, y que probablemente serían anómalos por ser contrarios al instinto de conservación (donde cabe temer o sospechar anomalías graves en tales decisiones o incluso la posibilidad de abusos para obtener tal consentimiento), no sería eximente el consentimiento (así en el homicidio del art.143.3 CP<sup>372</sup>, en las lesiones constitutivas de delito, salvo en los trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual: arts.

---

<sup>370</sup>COSTA, C. A. C. (2015). *Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial.*; ULPIANO, *Digesto, Libro XLVII, tit. X, 1. Ulpianus*

<sup>371</sup>ROXIN, C. (1997). *Derecho penal: parte general...Op Cit. p. 511.*

<sup>372</sup>Artículo 143. “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria 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, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

155<sup>373</sup> y 156, donde tiene eficacia atenuatoria en el CP: art. 143.3 y 155, 1º). Tampoco en bienes jurídicos individuales menos esenciales el consentimiento del titular eximiría de responsabilidad cuando el ataque a los mismos afecta simultáneamente a intereses o bienes jurídicos supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer (en la usurpación de estado civil ajeno del art. 401o en la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del art. 289<sup>374</sup>).

Por otro lado, en bienes jurídicos que afectan a intereses colectivos o supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer, en que el afectado no es solo el sujeto pasivo sino también la comunidad, no es relevante el consentimiento, porque toda la comunidad, como tal no puede consentir; el hecho de que el Estado actúe como representante de la comunidad y pueda permitir que se realice la conducta en principio típica, estamos no ante el consentimiento, sino ante la figura paralela de la autorización oficial.

Frente a estos criterios mayoritarios, hay un sector doctrinal <sup>375</sup>, que considera que los bienes jurídicos individuales no solo protegen el sustrato material que los conforma sino también la posibilidad de disposición por parte de su titular, ósea, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación como presupuesto de la dignidad; en base a ello, conciben todos los bienes jurídicos individuales como disponibles, pudiendo renunciar su titular a su protección, cuando está impida su autorrealización conforme a su ética personal.

Esta visión liberal y personalista del bien jurídico penal concibe al individuo el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>376</sup>. Estimando no justificada la intervención del Derecho penal y del Estado de forma paternalista salvo que las medidas paternalistas sean necesarias, idóneas y proporcionales y pretendan garantizar, que el consentimiento emitido por el titular, cumpla con los requisitos de validez, o evitar un perjuicio a la autorrealización de terceros ajenos.

## 1.2. Concepto y fundamento del consentimiento

El consentimiento constituye una clara voluntad de autorización o admisión, de aprobación o aquiescencia relativa a bienes jurídicos, que de conformidad con el

---

<sup>373</sup>Artículo 155. “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea 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”.

<sup>374</sup>Artículo 289. “El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.

<sup>375</sup>Entre otros, IGNACIO BERNARDO GOMEZ de la TORRE.

<sup>376</sup>BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, PPU, Barcelona. p.113

ordenamiento jurídico produce una serie de efectos jurídicos, como sucede, por ejemplo, en el ámbito civil<sup>377</sup>.

En el ámbito penal, para MORILLAS CUEVA<sup>378</sup>, el consentimiento es, “*una manifestación de extrema afirmación humana con tutela legítimamente constitucional, parte de un atributo de la persona que es la libertad para autodeterminarse y de conformidad a la administración de bienes jurídicos disponibles dentro de una determinada esfera de dominio*”.

CUELLO CONTRERAS<sup>379</sup>, lo concibe como el acto de disposición por parte del titular del bien jurídico protegido en el tipo delictivo, en virtud del cual aquel renuncia a su protección, y como consecuencia de ello decae también el interés del Estado en su persecución penal.

Para MIR PUIG, el consentimiento concurre cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento<sup>380</sup>.

Desde el punto de vista del titular del bien jurídico, el consentimiento supone “*un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho*” “*la aceptación o permiso por parte del titular del bien jurídico para que otro realice una conducta típica*”<sup>381</sup>.

Comportando como consecuencia en relación a la acción típica que “*El consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal.*”<sup>382</sup>, ya que “*Obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica con el consentimiento, expreso o tácito del titular del interés protegido por la norma, en los casos en que dicho interés es susceptible de disposición*”<sup>383</sup>.

El fundamento de la relevancia del consentimiento estará en función de la disponibilidad o no del bien jurídico protegido penalmente. La doctrina distingue en

---

<sup>377</sup>Art. 1445 CC: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ... que consienta en dicho acto o declaración de voluntad...*”

Art. 1545 CC: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo ...*”.

<sup>378</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia Penal del Consentimiento del Paciente.....*, Op Cit. p.110.

<sup>379</sup>CUELLO CONTRERAS, J, (2002), *El Derecho Penal Español, Parte General. Nociones Introductorias. Teoría Jurídica del Delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, p.723.

<sup>380</sup>MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal, Parte General, 10ª ed...* Editorial Reppertor. Barcelona. p.522.

<sup>381</sup>WELZEL, H. (1995).*Derecho Penal. Parte General, traducido del alemán por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, p. 99.*

<sup>382</sup>MIR PUIG, S. (2015), *Derecho Penal Parte General. 10ª ed.....*, Op. Cit, p. 503.

<sup>383</sup>URZUA, E. C. (1992). *Derecho penal: parte general. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 370*

función de su titularidad entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales,<sup>384</sup> los primeros afectan a la persona individual (vida, salud, integridad física y mental, honor etc...) los segundos afectan a la sociedad y por tanto afectaran a un conjunto de individuos (administración pública, administración de justicia, medio ambiente, etc...) <sup>385</sup>.

Los partidarios de las teorías dualistas, diferencian dos titularidades, el individuo en los bienes jurídicos individuales y el Estado en los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, no pudiendo establecerse una relación de jerarquía ni dependencia entre ambos, en este sentido BAJO FERNANDEZ<sup>386</sup>, señala en relación con los delitos económicos “... *el orden económico en sentido estricto aparece como bien jurídico protegido, de manera directa en sentido técnico...*” Entendiendo por tal la participación estatal en la economía del país.

Los partidarios de las teorías monistas consideran la titularidad de los bienes jurídico penales excluyentes, ya que o bien se considera como único titular de los bienes penales al ser humano (monismo personalista) o bien se considera como único titular al estado (monismo colectivista)<sup>387</sup>, propio de los regímenes autoritarios, donde legitiman su actuación en base a bienes jurídicos penales colectivos.

La doctrina mayoritaria es partidario del monismo personalista, así, MIR PUIG<sup>388</sup> señala “*se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema*”, (...) *la valoración de la importancia de un interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración*”.

En la misma línea, MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, afirman, “*La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorealizarse*”<sup>389</sup>.

---

<sup>384</sup>MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. (2010). *Derecho Penal. Derecho Penal. Parte General*, octava edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. p.261.

<sup>385</sup>CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia. pags. 203-204.

<sup>386</sup>BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ (1993), *Capítulo XVI. Derecho penal económico: concepto, contenido y cuestiones comunes*. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, segunda edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pags. 563-565

<sup>387</sup>SANTANA VEGA, Dulce María (2000). *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid. p. 85

<sup>388</sup>MIR PUIG, Santiago.(1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona. p.165

<sup>389</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN (2010). *Derecho Penal. Parte General*, octava edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. p. 60

Para BUSTOS RAMIREZ<sup>390</sup>, “...sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (...)”. “(...) a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”.

Una postura intermedia del bien jurídico entre posiciones dualistas y monistas, sería la defendida por autores como SOTO NAVARRO<sup>391</sup>, quien afirma “(...) los bienes jurídicos se estructuran en dos grandes grupos, con sus propias características, en base a su distinta función o utilidad, que en el caso de los bienes jurídicos colectivos reside básicamente en la posibilidad de aprovechamiento por el conjunto social; pero unos y otros bienes jurídicos mantienen un vínculo, porque la protección de todos ellos obedece a un mismo fin, que reside en la remoción de los obstáculos más graves al libre desarrollo del individuo en la sociedad”.

Como consecuencia de la crisis del Estado liberal y de la evolución del modelo de Estado hacia un modelo social y democrático de derecho, aparece la necesidad de intervención del Estado en procesos sociales y económicos, mediante la protección de bienes jurídicos colectivos, como complemento de la protección de bienes jurídicos individuales, con el fin de lograr la autorrealización del individuo conforme a su dignidad dentro de un entorno social. De ahí, la indisponibilidad de forma individual de los bienes colectivos y la imposibilidad de consentir sobre los mismos, al ser la titularidad del interés o derecho protegido compartida<sup>392</sup>.

La doctrina mayoritaria considera ineficaz el consentimiento en los bienes jurídicos colectivos por ser indisponibles, salvo que el poder público autorice el mismo y en consecuencia determine la ausencia de antijuridicidad de la conducta. Por lo que las principales diferencias doctrinales se encuentran en la relevancia de determinadas autorizaciones administrativas, de naturaleza jurídica distinta del consentimiento y que también son relevantes penalmente.

Así como afirma SEGURA GARCÍA<sup>393</sup>, la autorización administrativa excluirá el tipo cuando: a) el actuar en contra de la Administración sea presupuesto del tipo penal, b), cuando el comportamiento sea socialmente aceptado y el deber de

---

<sup>390</sup>BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1986). *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987. pags.196-197; *Los bienes jurídicos colectivos*. En: *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, monográfico 11, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, junio 1986, p.159.

<sup>391</sup>SOTO NAVARRO, Susana (2003) *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada. p. 244

<sup>392</sup>CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales...* op. cit., p.204.

<sup>393</sup>SEGURA GARCÍA. (2000) *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia. p.127.



autorización de la administración constituya un control preventivo en atención a posibles puestas en peligro. Constituyendo una causa de justificación, en los casos en que se autoriza una conducta que como norma general este desaprobada.

No obstante, sea una causa de atipicidad o de justificación, no puede ser equiparada a un acto de consentimiento o disposición del bien jurídico, pues la autorización administrativa obedece al acatamiento de reglas creadas “ex ante” para prevenir su lesión o puesta en peligro.

Por otro lado, en casos en que junto a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos se afectan bienes jurídicos individuales; en dichos supuestos, aun cuando la persona individual consintiera, no sería válida la disposición respecto del bien jurídico colectivo.

Otro supuesto sería, el caso de los delitos pluriofensivos, donde se protegen bienes jurídicos colectivos e individuales. En estos supuestos, la doctrina plantea distintas soluciones.

MAIWALD<sup>394</sup>, considera que se estaría ante un delito atenuado y afirma “(...) precisamente porque los presupuestos de una causa de justificación sólo se cumplen parcialmente, como ocurre, por ejemplo, en los casos del exceso en el ejercicio de la legítima defensa. También es ostensible el paralelismo con los casos de atenuación de lo ilícito en los que el legislador ha regulado una causa de exclusión de culpabilidad”.

Por su parte, ROXIN<sup>395</sup> diferencia tres teorías: a) la teoría de la alternatividad, en virtud de la cual si se da una relación de alternatividad entre el interés público y privado en juego bastara la lesión a cualquiera de ellos para configurar el tipo siendo en consecuencia irrelevante el consentimiento del sujeto. b) la teoría de la acumulación, según la cual, cuando ambos bienes se encuentran protegido de forma cumulativa, el consentimiento del sujeto excluiría el tipo penal, al exigir que se lesiones ambos bienes jurídicos. c) la teoría del bien individual que considera que el único bien jurídico a proteger es el privado o individual debiendo el público supeditarse a este, por tanto el consentimiento del sujeto sería relevante.

Caso distinto es el de los bienes colectivos en los que el bien jurídico pertenece a un colectivo determinado. En estos casos un sector doctrinal,<sup>396</sup> considera que el

---

<sup>394</sup>MAIWALD, Manfred.(1995). *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*, traducido por Mariano Bacigalupo. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). *Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid, pags. 125-137.

<sup>395</sup>ROXIN. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., pags. 527-528.*

<sup>396</sup>CASAS BARQUERO, Enrique.(1987). *El consentimiento en el derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba. p. 81.

consentimiento de todos los miembros de dicho colectivo determinado sería relevante. Para otros,<sup>397</sup> sería ineficaz por confundir titularidad compartida con intereses en juego.

Por lo que respecta a los bienes jurídicos individuales, tampoco existe acuerdo en la doctrina, así, para unos autores,<sup>398</sup> los bienes jurídicos penales individuales tienen como fin la autorrealización del individuo y por tanto éste puede disponer de ellos, de tal modo que los bienes jurídicos penales no solo protegen el sustrato material de los mismos, sino también la posibilidad de disposición sobre estos, conforme a sus valores para lograr su autorrealización (dignidad). Pudiendo ocurrir que lo que la sociedad considere digno no sea lo mismo que lo que considere el individuo.

Frente a esta posición, se encuentran otros sectores doctrinales<sup>399</sup> denominados paternalismo o perfeccionismo estatal, que consideran que la sociedad debe prohibir conductas ofensivas a la dignidad de los sujetos, aun cuando cuente con el beneplácito de estos, justificando dicha intervención en el caso del paternalismo,<sup>400</sup> en la búsqueda del bienestar, intereses del sujeto, y en el caso del perfeccionismo,<sup>401</sup> en base a una visión idealista de virtud personal, que pretende que los sujetos sean mejores. Lo que comporta que en caso de conflicto entre la dignidad y la autonomía de la voluntad deba prevalecer aquella sobre esta<sup>402</sup>.

No obstante, dentro del paternalismo existen graduaciones así, ROXIN<sup>403</sup> señala “*El paternalismo estatal, en la medida en que deba articularse a través del Derecho Penal, sólo puede justificarse en situaciones de déficit de autonomía del implicado (minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcanzan a comprender los riesgos para sí mismas)*”. Por tanto, estará justificada la intervención del Estado con medidas que restrinjan derechos, cuando el individuo no se encuentre con capacidad de

---

<sup>397</sup>SOTO NAVARRO, Susana (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada. p.197

<sup>398</sup>En esta línea BERLIN, señala “(...) nada hay peor que tratarle como si no lo fueran, como si fueran objetos naturales manipulados por influencias causales, y criaturas que están a merced de estímulos externos, cuyas decisiones pueden ser manejadas por sus gobernantes por medio de amenazas de fuerza o de ofrecimientos de recompensas. (...)” BERLIN, Isaiah.(1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid. p.207

<sup>399</sup>En esta línea DWORKIN, quien considera que las medidas paternalistas estarían justificadas en los casos en que el sujeto toma decisiones que pueden producir cambios irreversibles; casos en que el sujeto decide bajo extremas presiones psicológicas o sociales, o que supongan peligros insuficientemente comprendidos o apreciados por el sujeto. DWORKIN, Gerald. (1990). *El paternalismo*. Traducido por Jorge F. Malem Seña. En: BETEGÓN, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO (dir.). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, pags.159-161.

<sup>400</sup> *Ibidem.*, p.148.

<sup>401</sup> NINO, Carlos Santiago (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.p.413.

<sup>402</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1986). *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. (2007) ¿ *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*. In *La Teoría del bien jurídico:¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Ediciones Jurídicas y Sociales. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. HEFENDEHL (ed.). pags.450-451.

consentir por existir un vicio de invalidez y siempre conforme al principio de proporcionalidad.

Otro supuesto en que estaría legitimada la intervención del Estado, sería la adopción de medidas paternalistas respecto de personas plenamente capaces, a partir de un análisis de riesgos y daños que evidencien un peligro inminente para el bien jurídico colectivo, del cual depende la realización de todos los miembros de la sociedad. La autorrealización se produce en el seno de la sociedad y tiene como límite la autorrealización de terceros.

Respecto de los sujetos que carecen de plena capacidad, para emitir un consentimiento válido; hemos de tener en cuenta que el concepto de capacidad en el ámbito penal, difiere del establecido en el ámbito civil, sin perjuicio, de que en ambos ámbitos se presume la capacidad del sujeto. Así, la falta de capacidad civil<sup>404</sup> deberá ser declarada en virtud de sentencia judicial en los casos establecidos en la ley y deberá determinar el grado de afectación del sujeto. En tanto que en el ámbito penal, no se requiere que la falta de capacidad sea declarada en virtud de sentencia firme, bastando que se acredite, con la prueba practicada en el juicio oral, que el sujeto carece de la misma, lo que determinara la imposibilidad de exigirle responsabilidad penal.

Ello sin perjuicio, de que la autoridad judicial penal, una vez acreditado dicho extremo pueda comunicar dicha circunstancia al Ministerio Fiscal, para que promueva la eventual declaración civil de incapacidad del sujeto.

En principio la capacidad se presume, y en consecuencia el consentimiento sería válido, salvo que existan circunstancias que evidencien la falta de capacidad del sujeto, en este sentido si la incapacidad del sujeto que consiente es notoria, los terceros que interactúan con él, responderán penalmente al ser dicho consentimiento manifiestamente inválido; no obstante cuando la falta de capacidad no es visible o notoria, los terceros podrían beneficiarse de las consecuencias establecidas para los supuestos de error contemplados en el art. 14 del código penal. Dicho error, es considerado error de tipo por un sector doctrinal y error de prohibición por otros autores<sup>405</sup>.

Por tanto, cuando el sujeto carece de capacidad el consentimiento emitido por él será inválido y estará justificado un paternalismo del Estado que pretenda garantizar la autorrealización de dichos sujetos; así lo han reconocido numerosas normas internacionales como la Declaración Universal sobre Genoma Humano y los derechos

---

<sup>404</sup>Regulado en los arts. 199 y ss., del CC y 757 y ss., de la LEC

<sup>405</sup>Entre los que se encuentra LUZÓN PEÑA, que señala "(...) la creencia errónea de estar amparado por una causa de atipicidad o de exclusión de la tipicidad penal no admitida por el ordenamiento (p.ej. creer que el consentimiento del afectado en el homicidio hace la conducta ya atípica por carecer de toda relevancia jurídica o que al menos excluye su tipicidad penal), (...) sería (...) un error de prohibición (...). LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2012). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia. pags.287-288.*

humanos de 11 de noviembre de 1997<sup>406</sup> y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 19 de octubre de 2005<sup>407</sup>.

Dentro de estos supuestos estarían: los sujetos que consienten existiendo vicios en su voluntad; quienes padezcan alguna deficiencia o minusvalía física o psíquica temporal o definitiva que le impida dar su consentimiento válido; los que tengan restringidos algunos derechos y se encuentren bajo la tutela de un tercero que este obligado a velar por su bienestar; los menores de edad que no ostenten capacidad para emitir consentimiento válido.

En dichos supuestos el consentimiento se podrá emitir por terceros por subrogación, efectuada, bien por quienes ostentan su representación legal; bien por decisión del legislador mediante una norma que regule la situación, bien mediante un pronunciamiento judicial en un proceso concreto.

En nuestra opinión, esta última opción sería la más acertada por las mayores garantías que comporta, y así ha sido establecida por el legislador, en el supuesto de esterilizaciones de personas incapaces, previsto en el art. 156 del vigente CP.

### **1.3. Naturaleza jurídica del consentimiento**

El consentimiento en el ámbito penal posee presupuestos distintos de la voluntad negocial jurídico-civil, no supone la existencia de un Derecho subjetivo en sentido estricto, ni tampoco requiere la licitud de la conducta que exige el ejercicio de un derecho, por ello, la actuación de un curandero o persona sin título, técnicamente correcta que opera con consentimiento del paciente, sería subsumible en un delito de lesiones o coacciones sin que pudiera ampararse en la circunstancia del art. 20.7 CP, lo cual no parece justo<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup>En su artículo 5 “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrá de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”

<sup>407</sup>En su artículo 5 “( b ) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrá de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado. ( ... ) ( e ) Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que represente un beneficio directo para su salud, y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. (...)”

<sup>408</sup>MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General....., Op. Cit. p.526.

La naturaleza jurídica del consentimiento en el ámbito penal es una cuestión muy discutida por la doctrina científica<sup>409</sup>. Inicialmente el consentimiento, dentro de la concepción del Derecho penal de carácter público, era aplicable a algunos delitos que protegían bienes jurídicos individuales, fundamentalmente las injurias<sup>410</sup>; posteriormente, se ha ido otorgando al consentimiento una doble función; como causa de atipicidad o justificación, distinguiéndose tanto en la doctrina española como alemana los conceptos de acuerdo y consentimiento para diferencias ambos supuestos<sup>411</sup>.

En primer lugar, el llamado acuerdo/conformidad/asentimiento, hace referencia al consentimiento relativo a un grupo de delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio; por lo que faltando la oposición del sujeto pasivo desaparece la lesividad de la conducta, así, en delitos contra la propiedad en que el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la acción<sup>412</sup>.

En segundo lugar, se llama consentimiento en sentido estricto, a un grupo de delitos en los que el consentimiento de la víctima se da en conductas que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular pero cuya lesión no desaparece con dicho consentimiento<sup>413</sup>.

Para la doctrina científica de forma prácticamente unánime, en el primer caso estaríamos ante una causa de exclusión de la tipicidad, mientras que en el segundo existe división en la doctrina, entre los que consideran que estaríamos ante una causa de exclusión de la tipicidad (teoría unitaria/monista) y los que entienden que nos encontramos ante una causa de exclusión de la antijuridicidad (teoría diferenciadora/dualista), siendo esta última posición la tradicional<sup>414</sup>.

LUZON PEÑA<sup>415</sup>, distingue en orden a la configuración jurídica del consentimiento en la Teoría jurídica del delito, entre las teorías monistas o unitarias

---

<sup>409</sup> FALCONI, R. J. G. (2014). *Acuerdo y consentimiento en derecho penal: fundamentos dogmáticos y consecuencias jurídicas (Doctoral dissertation, Universidad de Sevilla)*. Tesis dirigida por MIGUEL POLAINO NAVARRETE.

<sup>410</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1952). *Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires. p.574.*

<sup>411</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General, 10ª ed....., Op. Cit. pags.522-523.*

<sup>412</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1950). *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. pags.321-344.*

<sup>413</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Comares, Granada, p.400*

<sup>414</sup> MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica....., Op. Cit. pags.88-89.*

<sup>415</sup> LUZON PEÑA, D.M. (2012). *El Consentimiento en Derecho Penal: Causas de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal. Revista General de Derecho Penal, (18),5. pags.8-19.*

excluyentes de la tipicidad; teorías dualistas o diferenciadoras excluyentes de la antijuridicidad y teorías tripartitas que sostienen uno u otro efecto en función del caso.

Las principales diferencias entre las distintas teorías radican en la relevancia jurídica que se otorga al consentimiento en la teoría jurídica del delito, excluyendo la tipicidad<sup>416</sup>, la antijuridicidad o una u otra según los casos, en función de los bienes jurídicos que se tutelan, en su titularidad y de la posibilidad de disposición de los mismos por su titular. La cuestión no es menor, toda vez que en el caso de excluir la tipicidad, ello determinara para el autor del hecho su no imputación “ab initio”, en tanto que los partidarios de considerar el consentimiento una causa de justificación, ubicándolo en la antijuridicidad no evitarían la imputación del autor, con todas las implicaciones que comporta el proceso penal.

Podemos por tanto, distinguir las siguientes posturas doctrinales:

### **1.3.1. Posiciones doctrinales unitarias o monistas.**

Las teorías monistas,<sup>417</sup> están vinculadas con la teoría liberal del bien jurídico, al que conciben; bien desde el punto de vista del individuo o bien del Estado, cuya protección solo está legitimada si sirve al desarrollo personal del individuo, reconociendo la disponibilidad del bien jurídico, junto al contenido o sustrato material del mismo, a los efectos de determinar si estamos ante una causa de atipicidad o exclusión de la antijuridicidad<sup>418</sup>.

Por tanto, conciben el consentimiento en general, como causa de exclusión de la tipicidad, sostiene que el consentimiento es *siempre causa de atipicidad o de exclusión de la tipicidad*<sup>419</sup>. La razón es que el bien jurídico protegido es realmente la libertad de disposición del particular sobre el objeto, y no el objeto de disposición; el hecho de considerar al consentimiento como un instituto jurídico cuya eficacia siempre se despliegue en el nivel de la atipicidad, se deduce de la concepción que se tenga respecto de los bienes jurídicos individuales tanto disponibles como indisponibles, en este sentido se entiende que el verdadero objeto de protección penal es el dominio autónomo

---

<sup>416</sup> POLAINO ORTS, M. (2004). *Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. Cuadernos de política criminal*, (82), 163-204.

<sup>417</sup> *Partidarios de esta teoría en la doctrina alemana esta ROXIN y en España tendríamos entre otros a MORILLAS CUEVA, BUSTOS HORMAZABAL, GOMEZ BENITEZ y SEGURO GARCIA.*

<sup>418</sup> *En este sentido ROXIN señala “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (...), no puede existir lesión alguna del bien jurídico 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 expresión. ROXIN, Claus. (1997). Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid.p.517*

<sup>419</sup> *BACIGALUPO ZAPATER, E. (1990). El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física. Poder Judicial, (12), pags.147 y ss.*

del titular sobre un campo o escenario de organización que le corresponde y no la integridad “*per se*” de ese campo. Estiman que la protección penal de los bienes jurídicos individuales, sirve primordialmente para garantizar el libre desarrollo de su titular<sup>420</sup>.

Por consiguiente para los partidarios de las teorías monistas y en contra de lo que mantienen los dualistas “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, si el afectado ejerce su libertad de disposición y consiente en la lesión o menoscabo del objeto, realmente no hay lesión alguna del bien jurídico, de modo que la conducta es atípica<sup>421</sup>.

Como señala ROXIN, “(...) con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor de resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo”<sup>422</sup>.

En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA afirma, si se asume que determinados bienes jurídicos consolidan el libre desarrollo del individuo, no sería coherente estimar lesionado un bien jurídico cuando la conducta que le afecta está fundamentada en una disposición del titular, que le permite el propio ordenamiento, de aquel que no perjudica su desarrollo, sino que constituye su expresión material<sup>423</sup>.

Igualmente, De La GANDARA VALLEJO, asevera “(...) un comportamiento que no lesiona el bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuridicidad ya que consta la no realización del injusto típico y, por tanto, su no punibilidad deberá ser determinada ya en el nivel de la tipicidad”<sup>424</sup>.

Para GOMEZ BENITEZ, hay que diferenciar entre bienes jurídicos individuales disponibles e indisponibles, en los primeros considera que el consentimiento excluye la tipicidad y en los segundos, podría conllevar una atenuación de la pena o ser irrelevante, según el caso.<sup>425</sup>

Partiendo de la distinción entre bienes jurídicos individuales (vida, la salud y la libertad) y bienes jurídicos supraindividuales (la administración de justicia, la seguridad del estado); los partidarios de las teorías monistas, consideran que los bienes jurídicos supraindividuales solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo y en consecuencia dan mayor disponibilidad al titular sobre el bien jurídico. Por tanto,

---

<sup>420</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*....., Op. Cit. p.524.

<sup>421</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente* ....., Op. Cit. pags. 87 y 88.

<sup>422</sup>ROXIN. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I.. op. cit.*, p.517.

<sup>423</sup>*Ibidem*, p.89.

<sup>424</sup>DE LA GANDARA. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva. Colex, Madrid, 1995.*, p171.

<sup>425</sup>GÓMEZ BENITEZ, José Manuel (1984). *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid. p. 422ss.

no aceptan la distinción de la doctrina alemana entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto. *“La acción solo realiza el tipo en la medida en que comporte una lesión del ámbito del dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico”*<sup>426</sup>

Los partidarios de esta teoría sustentan la misma en el art. 10.1 de la propia Constitución Española<sup>427</sup> que consagra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y la paz social. Estos autores parten de la disponibilidad del sujeto sobre los bienes jurídicos contenidos en los artículos 15 a 19 de la Constitución Española, como derechos fundamentales inherentes a la persona<sup>428</sup>.

En este sentido, ROXIN señaló que en las normas penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no consiste en la integridad de los sujetos, sino en el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados. *“(…) no considero al consentimiento como una causa de justificación. Pues donde alguien presta su consentimiento relevante a que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico protegido, sino sólo una protección de la realización de su libertad de acción constitucionalmente garantizada (art. 2 de la Ley Fundamental), que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de que es titular. Un tal comportamiento, pues, realiza tan poco el tipo de delito como la propia disposición del portador del respectivo bien jurídico, por lo que aquél ya desde un principio es un comportamiento atípico (…)”*<sup>429</sup>

Por tanto, para los partidarios de las teorías monistas, todo consentimiento eficaz excluye el tipo conforme a la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo, como consecuencia de la libertad de acción garantizada en nuestra Constitución cuyo ejercicio por quien consiente, impide el quebranto del bien jurídico del que es titular. El bien jurídico y el poder de disposición sobre el mismo forman una unidad y constituyen el bien jurídico protegido por el tipo.

Cuando la acción efectuada con el consentimiento del titular del bien jurídico le beneficia y es socialmente adecuada, al no realizar un desvalor del resultado típico

---

<sup>426</sup> *Ibidem.* pags. 88 y 89.

<sup>427</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p.525.

<sup>428</sup> En este sentido López Barja de Quiroga señala *“Adoptar esta última posición, más acorde a nuestro juicio con los principios constitucionales, implica 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”*. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. (1999). *El consentimiento en el derecho penal* Dykinson, Madrid. p.10.

<sup>429</sup> ROXIN, Claus (1992). *Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Traducido por Miguel Polaino-Navarrete. En: Cuadernos de Política Criminal N° 46, Edersa, Madrid. p.173.*



legitimado por el consentimiento no existiría según la mayoría de los autores desvalor del resultado; pero en ocasiones pese al consentimiento el resultado puede ser contrario al beneficio real del titular del bien jurídico, en estos casos para los partidarios de la teoría monista, solo el que consiente puede decidir que constituye un beneficio para sí.

Los partidarios de estas teorías consideran que el consentimiento no constituye una causa de justificación toda vez que estas se basan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad, que no concurren en el consentimiento, si bien hay quien considera que si que existe una ponderación de intereses entre el derecho a la libertad individual y el interés de la sociedad en la conservación del bien jurídico.

Por tanto, el fundamento de la inclusión del consentimiento como causa de justificación obedecería según estos autores, bien a la necesidad de controlar la capacidad del sujeto para ejercer su libertad cuando consiente la lesión de sus bienes jurídicos; bien a una concepción paternalista del Estado al que correspondería determinar cuando los ciudadanos hacen un uso de su libertad en detrimento del propio sistema<sup>430</sup>.

### **1.3.2. Posiciones doctrinales diferenciadoras o dualistas**

Las posiciones dualistas<sup>431</sup> se defienden desde dos perspectivas diferentes: la distinción entre consentimiento y simple acuerdo y la distinción partiendo de otros parámetros. Consideran que en el asentimiento o acuerdo el consentimiento excluye la tipicidad y en los supuestos de consentimiento en sentido estricto, el consentimiento es causa de justificación en función del caso concreto y de la disponibilidad del bien jurídico protegido.

En la dogmática alemana está muy desarrollada, es dominante la bipartición que distingue entre consentimiento, como una causa de justificación, y acuerdo, conformidad o asentimiento, que es causa de atipicidad o exclusión de la tipicidad.

El acuerdo se utiliza en tipos que describen una actuación contra la voluntad del afectado, el acuerdo excluye ya la tipicidad, bien porque no hay lesión del bien jurídico, bien porque la acción es un proceso socialmente adecuado.

Serían todos los tipos penales cuyo bien jurídico protegido sea la libertad, existiendo una coincidencia entre la libertad de disposición sobre el bien jurídico y su

---

<sup>430</sup>En este sentido SEGURA GARCIA afirma " (...) la pretensión fundamental de mantener el control de la discrecionalidad individual sobre determinados objetos cuya conservación se estima como un «bien» para la propia persona, aún por encima de su genuina voluntad ( ... ). Esta consideración paternalista del Estado debe considerarse hoy superada. SEGURA GARCÍA (2000). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia. p.105.

<sup>431</sup>Entre sus partidarios encontramos en Alemania a JESCHECK-WEIGEND y en España entre otros a ROMEO CASABONA, CEREZO MIR, COBO del ROSAL, y VIVES ANTON.

sustrato material (por ejemplo, las coacciones, detenciones ilegales etc...) <sup>432</sup>. Y supuestos en los que el bien jurídico protegido es además de la libertad, otro valor que no se ve lesionado o puesto en peligro en función del acuerdo o disposición sobre el mismo <sup>433</sup> (por ejemplo, el hurto).

En cambio, los tipos contra bienes jurídicos personales distintos de la libertad opera el consentimiento como causa de justificación, de un ataque al bien jurídico, que sí es en principio jurídicamente relevante.

Los partidarios de las teorías diferenciadoras clásicas han fundamentado el consentimiento en sentido estricto en los principios de: “ausencia de interés” y “del interés preponderante”.

-El principio de ausencia de interés.

Sus partidarios otorgan al titular del bien jurídico la capacidad de exceptuar del ámbito de lo penalmente relevante las lesiones consentidas, eliminando o disminuyendo la necesidad de protección penal. <sup>434</sup> Estas teorías han supuesto un reconocimiento de efectos al consentimiento que en ocasiones, choca frontalmente con las finalidades del Derecho Penal como Derecho esencialmente público, olvidando que el Derecho Penal y el Derecho Civil persiguen fines distintos, y la lesión de bienes jurídicos protegidos penalmente no puede justificarse con arreglo a criterios de Derecho Civil. Por ello, la fuerza justificante del consentimiento por el abandono del interés jurídico por su titular, es relevante jurídico-penalmente desde el momento en que el ordenamiento le concede, en determinados casos (bienes jurídicos disponibles), la facultad de renunciar a ellos, o a su protección penal.

Para STRATENWERTH <sup>435</sup>, la exclusión o disminución del objeto de protección con el consentimiento derivaría de un entendimiento más normativo de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, que toma en cuenta, las relaciones entre el individuo y la comunidad en la definición de los bienes jurídicos, para el juicio de antijuridicidad. Esta concepción ‘social’ o comunicativa del bien jurídico, tiene en cuenta, la percepción subjetiva del sujeto y la influencia de ésta en la valoración social. Por ello, algunos bienes jurídicos se protegen solo sí constituye el fundamento de un mínimo de libertad. La lesión del sustrato material del bien jurídico no puede por ello

---

<sup>432</sup>CASAS BARQUERO, Enrique (1987). *El consentimiento en el derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba. pags. 31-32.

<sup>433</sup>ROMEÓ CASABONA, C.M.(1981) *El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona. pags.300-301

<sup>434</sup>MEZGER, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. pags. 336 y ss.

<sup>435</sup>STRATENWERTH, Günter(2007). *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona. pags.365-372.

ser antijurídica si está amparada por la libertad del afectado, si constituye expresión de su libre autodeterminación.

Sin embargo, no explica el fundamento objetivo del consentimiento como causa de justificación, salvo en los casos en los que el ordenamiento reconoce el poder de disposición sobre el bien jurídico.

No obstante, algunos autores<sup>436</sup>, señalan que si con el Derecho Penal se protege el orden de la comunidad, y no se reparan daños a bienes individuales, sino la lesión a los principios fundamentales del orden social (los bienes más valiosos para la sociedad), ello dificulta la relevancia del consentimiento como causa de justificación.

-Principio del interés preponderante.

Dentro de estas estarían las teorías que han explicado la fuerza justificante del consentimiento como el resultado de una ponderación de intereses, de modo que el consentimiento no eliminaría el valor del bien jurídico sobre cuya lesión se consiente, pero sería un interés relevante socialmente, de acuerdo con los principios constitucionales de libertad personal y el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad que podría, en determinadas circunstancias atendiendo a la lesión producida y a su significación social, llegar a constituir una causa de justificación de la acción lesiva en base a una ponderación de intereses.

En este sentido, la determinación de la preferencia de la libertad de disposición, para la relevancia del consentimiento con eficacia justificante, exigiría valorar todos los elementos que influyen en la valoración social del hecho, en cada supuesto de colisión de los intereses.

En nuestra doctrina jurídico-penal, el interés preponderante es defendido por QUINTANO RIPOLLÉS<sup>437</sup>, para quien el consentimiento *“es un factor con el que hay ya que contar y que exige una valoración en uno u otro sentido, bien excluyendo la tipicidad, bien destruyendo la antijuridicidad de la acción, o simplemente atenuando la responsabilidad”*. Por ello, como señala el autor el propio legislador, *“no pueden por menos de reconocer cierto porcentaje, aunque mínimo, de eficiencia a la insoslayable presencia al fenómeno consensual”*<sup>438</sup>.

En relación con la eficacia justificante del consentimiento se han planteado doctrinalmente distintas teorías en orden a su defensa: a) la teoría del negocio jurídico de ZITELMANN, se consideraba al consentimiento un negocio jurídico que otorgaba al autor el derecho revocable a realizar la conducta típica excluyendo la antijuridicidad. Entre sus partidarios JESCHECK-WEIGEND, considera que cuando el interesado

---

<sup>436</sup>CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español.....*, Op. Cit., p. 334.

<sup>437</sup>QUINTANO RIPOLLÉS (1950). *“Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”*, ADPCP, TIII, pags. 323-325

<sup>438</sup>*Ibidem* 324

abandona un bien jurídico disponible a la intervención de un tercero, el suceso es penalmente relevante desde un primer momento, aunque luego pueda estar justificado y excluya la antijuridicidad<sup>439</sup>; b) la teoría de la renuncia al interés, el consentimiento se justifica en tanto el ordenamiento abandona en el titular del bien jurídico la decisión de la conservación de sus bienes<sup>440</sup>; c) la teoría de la renuncia a la protección jurídica, según la cual en bienes jurídicos disponibles, el ordenamiento jurídico concede a su titular la posibilidad de ejercer su autodeterminación renunciando a sus bienes. Esta teoría es hoy día la mayoritaria, entre sus partidarios encontramos a WESSELS<sup>441</sup>; d) Por último la teoría de la ponderación de bienes, según la cual el valor de la libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos, debe en ciertas circunstancias, ser considerado lo suficientemente importante, como para doblegar el desvalor del hecho cometido con consentimiento, sus partidarios reconocen la existencia de sustrato material y libertad de disposición en el bien jurídico, pero consideran imposible disolver el sustrato material en el dominio autónomo del autorizado, al existir intereses comunes afectados por dicha disposición<sup>442</sup>.

Partidario de la posición dualista, CEREZO MIR afirma “*El consentimiento no excluye la tipicidad, pero sí la antijuridicidad de la conducta en aquellos tipos en que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo (una persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible*”<sup>443</sup>.

En el mismo sentido, ROMEO CASABONA señala que en los supuestos en los que la voluntad del sujeto pasivo no se incluye en el bien jurídico protegido (lesiones, daños), el consentimiento no constituye un elemento del tipo, sino una causa de justificación.<sup>444</sup> Fundamenta su posición dualista aduciendo, que en ciertos delitos contra bienes personales distintos de la libertad existe un bien jurídico afectado distinto de la propia libertad de disposición, pero el tipo, junto al bien jurídico, protege siempre la libertad de disposición del mismo, caso de la propiedad en el hurto o el domicilio y su intimidad en el allanamiento de morada, por lo que el consentimiento excluye la tipicidad; en otros delitos en cambio el tipo protege el bien jurídico, pero no la libertad

---

<sup>439</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009). *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit. p. 86.

<sup>440</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Comares, Granada. p.404

<sup>441</sup>WESSELS, Johannes. (1976). *Derecho Penal. Parte General*, traducido de la sexta edición alemana por Conrado A. Finzi, sexta edición alemana (1976), Depalma, Buenos Aires, 1980, pags.100-101

<sup>442</sup>STRATENWERTH, Günter. (1976). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Traducido de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.p. 126

<sup>443</sup>CEREZO MIR, José. (1998). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1998.p.331

<sup>444</sup>ROMEO CASABONA, C.M. (2002). *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: En: Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas prácticos del consentimiento informado. Fundació Víctor Grífols i Lucas. Barcelona. pags.63-133.*

de disposición sobre el mismo, y en ellos el consentimiento es causa de justificación, no de atipicidad<sup>445</sup>.

SAINZ CANTERO, concibe el consentimiento eficaz del afectado siempre como causa de justificación<sup>446</sup> de una conducta típica por lesionar el bien jurídico, justificación basada en el interés preponderante, en la ausencia de interés, o en la prevalencia de la libertad de sujeto pasivo frente al interés en la protección del bien jurídico del que es titular<sup>447</sup>, se produce una ponderación de intereses entre el reproche penal de la lesión del bien jurídico, por el interés de la comunidad en su protección y la libertad personal de disposición del titular. Sólo se exceptúan casos en que la tipicidad legal requiere conceptualmente la ausencia de consentimiento, en esos casos el consentimiento es causa de atipicidad<sup>448</sup>.

No obstante, el vigente Código Penal no contempla en el artículo 20 como causa de justificación el consentimiento, sino que se contempla en los artículos 145 y 155 del C.P., en la Parte Especial, y como circunstancia atenuante en el artículo 143.4 del C.P.

Para JESCHECK Y WEIGEND, *“Lo correcto es concebir al consentimiento como causa de justificación. 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. (...) Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento”*<sup>449</sup>.

Hay autores como MIR PUIG, que justifican la eficacia del consentimiento en el artículo 10 de la Constitución Española, cuando garantiza el libre desarrollo de la personalidad. El autor partiendo de la división del consentimiento en acuerdo y consentimiento en sentido estricto, señala que en este último se deben considerar justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente, en ocasiones este principio constitucional ha de determinar la imputación del hecho al que consiente, y negar en consecuencia la imputación objetiva del hecho al que actúa con su consentimiento.<sup>450</sup>

---

<sup>445</sup>ROMEO CASABONA, C. M., (1986). *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico: Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Servicio de publicaciones, Madrid. pags.300 y ss.*

<sup>446</sup>SAINZ CANTERO, J. A. (1990). *Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3, Editorial Bosch. Barcelona. pags.571-576.*

<sup>447</sup>CASTAÑÓN, J. M. P. (1990). *Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 43(2), pags. 633-656.*

<sup>448</sup> *Ibidem.* p. 534.

<sup>449</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, ...Op cit.p. 403*

<sup>450</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General....., Op. Cit. p.525.*

Para este autor el consentimiento excluirá el tipo cuando falte la lesión imputable, es decir cuando el consentimiento haga desaparecer la tipicidad de la conducta y en cambio será causa de justificación cuando el consentimiento no haga desaparecer el tipo penal sino que únicamente lo permita.<sup>451</sup>

Para COBO/VIVES el consentimiento en sentido estricto vendría justificado por el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.7 del Código Penal), donde se produciría un conflicto de intereses resuelto a favor de la autorización del titular al autor de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, considerando que la conducta es típica al producirse la lesión al bien jurídico aunque concurre la causa de justificación<sup>452</sup>.

JAKOBS afirma que <sup>453</sup> “(...) *la sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadirse además un empleo racional de tales bienes*”.

MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN, señalan que “(...) *sin perjuicio de reconocer que efectivamente el consentimiento pueda tener (...) el efecto de excluir ya la tipicidad del comportamiento 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 antijuricidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica*”<sup>454</sup>.

### 1.3.3. Posiciones doctrinales tripartitas o intermedias

Hoy la doctrina mayoritaria es partidaria de la tripartición, uno de sus máximos exponentes es LUZON PEÑA<sup>455</sup>, quien desde una concepción del tipo como tipo global (teoría de los elementos negativos del tipo<sup>456</sup>), diferencia entre causas de atipicidad en sentido estricto y en sentido amplio; dentro de las primeras engloba dos supuestos: las causas que excluyen el tipo legal por ser la conducta jurídicamente irrelevante, y conductas jurídicamente relevantes pero que son permitidas o justificadas; dentro de las segundas estarían las causas de justificación<sup>457</sup>.

---

<sup>451</sup> *Ibidem*. P.524

<sup>452</sup> COBO del ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S.,(1999), *Derecho Penal, Parte General, 5ª ed, Tirant lo Blanch. Valencia. p.492.*

<sup>453</sup> JAKOBS, Günther. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid.p. 294.*

<sup>454</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General... op. cit., p344.*

<sup>455</sup> LUZON PEÑA, D.M. (2012) *El Consentimiento en Derecho Penal: Causas de atipicidad....., Op. Cit. pags 14-19.*

<sup>456</sup> *Dicha teoría considera que el tipo debe extenderse no solo a los elementos típicos de la infracción sino además a las circunstancias referidas a la antijuricidad, conformando el tipo global. ROXIN. Derecho Penal, Parte General, Tomo I...op. cit. p. 284.*

<sup>457</sup> LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal... op. cit., p.558.*

LUZON PEÑA, diferencia dos supuestos:

A)-Cuando el consentimiento es jurídicamente válido, emitido por el titular del bien jurídico con plena capacidad y sin vicios de la voluntad.

Podemos diferenciar dos casos:

-Que estemos ab initio ante un caso de atipicidad bien por falta de toda relevancia jurídica, (por ausencia de cualquier tipo indiciario de ilícito por falta de lesión al bien jurídico), o bien por adecuación social.

Cuando el consentimiento válido del titular implica que no hay realmente menoscabo del bien jurídico, o aunque sí se vea afectado el bien jurídico, falta el tipo indiciario por ausencia de injusto por haber adecuación social y jurídica si la conducta es válidamente consentida, (como son las operaciones quirúrgicas de amputación o extracción médicamente indicadas de órganos o miembros, con resultado curativo positivo y válidamente consentidas por el operado o su representante legal); tales actuaciones consentidas son absolutamente normales, cotidianas, habituales, social y jurídicamente adecuadas<sup>458</sup>.

-Que el consentimiento jurídicamente válido es eficaz y permite la conducta, pero ésta es en principio típica, ya que hay afectación, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no hay adecuación social por no ser una conducta considerada socialmente como normal y cotidiana, de modo que la permisón o autorización por el consentimiento supone una causa de justificación debida a la ponderación de intereses<sup>459</sup>.

En los casos que constituyen causa de justificación, autores como MEZGER defiende, que esta causa de justificación excepcionalmente no se basa en la ponderación de intereses en conflicto, sino en la ausencia de interés jurídico, por la ausencia de interés o renuncia al interés del afectado, otorgando más valor, en ciertas circunstancias y con determinadas garantías, a la libertad de disposición del sujeto pasivo, que a la integridad de su bien jurídico y por eso se justifica y permite la lesión.

Pero, ello no se produce en bienes jurídicos muy importantes, como la salud e integridad física/psíquica y la vida, bienes jurídicos cuya conservación prevalece a la libertad de disposición del sujeto.

Incluso en el caso de la vida aunque concurren factores contrarios a la conservación de la misma, como son el sufrimiento extremo y deterioro en una enfermedad terminal.

---

<sup>458</sup> *Ibidem*. p.16.

<sup>459</sup> *Ibidem*. p.17.

La mayoría de los ordenamientos penales siguen considerando que en estos casos no hay intereses preponderantes frente a la conservación de la vida y por ello no se autoriza la eutanasia consentida, disponiendo a lo sumo, como es el caso de nuestro vigente Código penal en el art. 143.4<sup>460</sup> CP una atenuación cualificada de la responsabilidad penal.

Señalando respecto de la integridad corporal y la salud física y psíquica, en su art. 155 CP<sup>461</sup>, que en los delitos de lesiones el consentimiento, aunque no esté viciado, no exime, sino que sólo atenúa la responsabilidad penal, imponiéndose la pena inferior en uno o dos grados<sup>462</sup>.

No obstante, el propio art. 156 C.P<sup>463</sup>, prevé una segunda excepción al considerar eximente el consentimiento válido, expreso y sin precio o recompensa en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, por conceder prevalencia a las necesidades médicas o a la libertad y equilibrio psíquico de quien cambia de sexo.

#### B)-Cuando el consentimiento es de fácto:

En ocasiones, el consentimiento de facto aunque jurídicamente no sea plenamente válido y no excluya la antijuridicidad del acto, sí es suficiente para excluir la ilicitud penal de la conducta consentida. El consentimiento fáctico excluirá sólo la tipicidad penal, siempre que tenga un mínimo de condiciones del que consiente (de comprensión, edad, ausencia de vicios) que varían según cada figura delictiva.

---

<sup>460</sup>Artículo 143. “4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria 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, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

<sup>461</sup>Artículo 155. “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea 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”.

<sup>462</sup>SUAREZ LOPEZ, J.M. (2009) *La Responsabilidad Penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje*. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid. pags.363-364.

<sup>463</sup>Artículo 156. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.



En los consentimientos de hecho, la conducta consentida no está permitida, pero por razones propias de cada tipo no se considera lo bastante grave como para que sea penalmente relevante<sup>464</sup>.

#### **1.4. Clases de consentimiento**

Dentro del consentimiento relevante jurídicamente como eximente, cabe hacer la siguiente clasificación, siguiendo a LUZON PEÑA<sup>465</sup>:

-Por su naturaleza y ubicación sistemática; Consentimiento y asentimiento/conformidad/acuerdo.

-Por su constancia; Consentimiento real (expreso o tácito), y consentimiento presunto;

-Por la afectación al bien jurídico; Consentimiento en la lesión y consentimiento en el riesgo.

##### **1.4.1. Por su naturaleza y ubicación sistemática: Consentimiento y acuerdo.**

La doctrina mayoritaria<sup>466</sup> distingue entre consentimiento, que exige en algunos tipos en determinadas condiciones, pese a resultar quebrantado el bien jurídico y asentimiento, conformidad o acuerdo del afectado, que comporta ataque contra la voluntad y su libre ejercicio o contra la propiedad, pese a no ser completamente jurídico, puede ser eximente.

Existe diferencias entre ambos concepto, entre las que podemos señalar las siguientes:

-El acuerdo se corresponde con la voluntad interna de quien asiente, aunque no se haya exteriorizado, mientras que el consentimiento requiere, como mínimo, que la voluntad se manifieste en el mundo exterior a través de palabras o acciones.

-El acuerdo presupone solo la voluntad natural del afectado, incluso cuando éste no posea capacidad de comprensión, para ser eficaz y el consentimiento exige que la víctima goce de juicio mental necesario para comprender el alcance de su aceptación. En este sentido, los vicios de la voluntad (coacción, error y engaño) son irrelevantes para el acuerdo pero hacen ineficaz el consentimiento.

---

<sup>464</sup>LUZON PEÑA, D.M. (2012). *El Consentimiento en Derecho Penal.....*, Op. Cit. p.18.

<sup>465</sup>*Ibidem.* pags. 5-7.

<sup>466</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p. 522.

-Los efectos son diferentes en el acuerdo y en el consentimiento, el primero en la tipicidad penal y el segundo en la antijuridicidad; comportan soluciones desiguales para un mismo hecho cuando el autor desconozca la aprobación del titular del bien jurídico. En el acuerdo existiría tentativa inidónea porque no se realiza el tipo objetivo ya que el dolo delictivo se dirige contra un objeto inidóneo, y, en el consentimiento, si el autor ignora el permiso del titular del derecho, se llega a la aceptación de un delito consumado toda vez que se ha dado el resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización<sup>467</sup>.

El consentimiento excluye la tipicidad (bien excluye el tipo indiciario de toda antijuridicidad penal o solo la tipicidad) o bien es causa de justificación:

Si el consentimiento recae sobre una conducta ilícita que se dirige contra la voluntad del titular del derecho o bien prescinde de ella, (caso en el cual la doctrina alemana habla de acuerdo)<sup>468</sup>, desaparece el tipo penal y no hay responsabilidad penal alguna, por no ser el hecho típico (por ejemplo los arts. 202 CP<sup>469</sup> y 234 CP<sup>470</sup>); se ciñe básicamente a delitos contra bienes patrimoniales, integridad moral, y libertad individual.

Al ser el consentimiento una renuncia a la protección que otorga el ordenamiento jurídico, pierde sentido la protección penal de bienes jurídicos que tienen como fundamento proporcionar a su titular un mínimo de libertad frente a terceros, su vulneración no puede constituir ilícito ya que el mismo está amparado por la voluntad del afectado en el ejercicio de su libre autodeterminación<sup>471</sup>.

Si la conducta ilícita que es consentida ataca a un bien jurídico susceptible de disposición, cuya lesión no desaparece (caso en el cual la doctrina alemana habla de consentimiento en sentido estricto) y donde el titular del derecho a ser protegido jurídicamente carece de interés, el menoscabo no conlleva penalidad pues la aceptación

---

<sup>467</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op.Cit, p. 515.

<sup>468</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p. 522

<sup>469</sup>Artículo 202. 1. “El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.

<sup>470</sup>Artículo 234.”1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros.

2. Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235. 3. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas”.

<sup>471</sup>STRATENWERTH, Günter. (2005). *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible, tradução da Manuel Cancio Melía e Marcelo A. Sancinetti, Civitas. Madrid. pags. 209-210*

del sujeto pasivo, hace que el comportamiento no sea antijurídico y que esté conforme a derecho, por consiguiente, el consentimiento constituye causa de justificación<sup>472</sup>.

El consentimiento como causa de justificación debiera producir la ausencia de responsabilidad penal, por dejar de ser el hecho antijurídico, pero no siempre ocurre así; de hecho en nuestro ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias puede comportar irresponsabilidad penal (por ejemplo el art. 156<sup>473</sup> CP) o bien atenuación de ésta (por ejemplo el art. 155<sup>474</sup> CP).

Por ello, el consentimiento, más que una causa de justificación, sería una excusa absolutoria, que *“afectan a la existencia de delito: un hecho típico, antijurídico, y culpable”*, un hecho en el cual el consentimiento del titular del bien jurídico no está presente sólo, sino que *“la propia ley punitiva dispone la inaplicabilidad de la amenaza penal respecto de determinadas personas”*.

Las excusas absolutorias son causas personales de impunidad que impiden imponer pena al sujeto activo del delito pese a haber realizado un hecho descrito como tal en la norma por razones de utilidad pública, siendo la causa de la impunidad preexistente a la comisión del ilícito<sup>475</sup>.

No cabría apreciar en el consentimiento una causa de inculpabilidad, ya que el consentimiento despoja de relevancia la motivación del ejecutor, y el sujeto activo normalmente obra con ánimo de afectar el bien jurídico.

La aceptación del interesado constituye un obrar que contraría una prohibición legal y que causa daño social, al no desaparece la lesión. El bien jurídico afectado limita la eficacia del consentimiento, principalmente a los delitos de lesiones y el efecto atenuador del consentimiento se explica porque por medio de él se sacrifican bienes jurídicos no disponibles para su titular.

---

<sup>472</sup>HEINRICH, J. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, editorial Comares, Granada. p. 335.

<sup>473</sup>Artículo 156. *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”*.

<sup>474</sup>Artículo 155. *“En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea 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”*.

<sup>475</sup>COUSIÑO, M. L., (1979). *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II*. Editorial jurídica de Chile. Santiago. pags. 631-634.

En delitos contra la vida, o contra la integridad corporal o la salud el consentimiento sería irrelevante conforme al criterio de la ponderación, en virtud del cual, un bien jurídico es sacrificable únicamente en cuanto no exista un interés general de conservación.

No obstante, se aceptan como lesiones consentidas, las intervenciones médicas con fines curativos, para solucionar alteraciones de funciones corporales como la esterilización y cirugía transexual (por ejemplo el art.156 CP), o con fines estéticos o de trasplantes; asimismo, las que se producen con ocasión del desarrollo de actividades deportivas<sup>476477</sup>, siempre y cuando estemos ante un consentimiento protegido de coacción, engaño o error, en el sacrificio del bien jurídico, es decir no viciado.

#### **1.4.2. Por su constancia: Consentimiento real (expreso o tácito), y consentimiento presunto**

El real es prestado por el sujeto pasivo, en el momento de la intervención del tercero o previamente a que se produzca; si es posterior, estamos ante una mera ratificación. Esa prestación de consentimiento se puede producir mediante una declaración expresa, clara y no condicionada (consentimiento expreso); o de forma tácita pero con hechos o silencios concluyentes e inequívocos (consentimiento tácito). Éste puede plantear mayores problemas de interpretación y de prueba. Para algunos delitos la ley requiere el consentimiento expreso (por ejemplo el art. 156 C.P.).

En el consentimiento presunto se presume que el afectado prestaría su consentimiento si estuviera en condiciones de hacerlo<sup>478</sup>. Este consentimiento se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, pero es en sí autónomo de ambos, es una construcción normativa que demanda los mismos presupuestos que el real; debe referirse al momento del hecho, el titular del bien jurídico ha de tener capacidad para consentir, ha de ser posible un consentimiento eficaz respecto del objeto de tutela jurídica.

Como afirma ROXIN<sup>479</sup>, *“En efecto, mientras que el consentimiento es una expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro,(...) el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad”*.

---

<sup>476</sup>MORILLAS CUEVA, L. & SUAREZ LOPEZ, J. M. (2006). Régimen penal de la violencia en el deporte. In Régimen jurídico de la violencia en el deporte. Editorial Bosch. Barcelona. pags. 305-326.

<sup>477</sup>RIOS CORBACHO, J. M. (2008). La problemática de las lesiones deportivas en el derecho penal. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, (22), 147-163.

<sup>478</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica....., Op. Cit, p.117-119.

<sup>479</sup>ROXIN, C. Derecho Penal, Parte General. Tomo I....., Op.Cit, pags.765

El consentimiento presunto se plantea en dos casos: conflicto interno de bienes e intereses en la esfera vital del afectado y renuncia de intereses propios en beneficio del agente o un tercero; requiriéndose para que sea justificante combinar la ponderación de intereses, desde el punto de vista del titular del derecho, con la suposición objetiva acerca de cuál habría sido su voluntad de haber conocido la situación y teniendo en consideración la idea del riesgo permitido. Si la colisión interna de bienes e intereses del afectado se corresponde con la salvación de un bien jurídico no disponible, como la vida, más que un consentimiento presunto como causa de justificación, siempre que la intervención médica sea acorde con la “*lex artis*”, podemos hablar de un auxilio necesario, estado de necesidad, o bien de una actuación fuera de los límites del tipo por su adecuación social o que ni siquiera satisface los requisitos del tipo cuando fracasa<sup>480</sup>.

Para MORILLAS CUEVA<sup>481</sup>, los parámetros que sustentan al consentimiento presunto son: hay que admitirlo en supuestos en que el titular del bien jurídico disponible no puede manifestar expresamente su consentimiento a la conducta típica, pero resulta presumible que lo prestaría en las mismas circunstancias del supuesto a tratar; por tanto no cabe en supuestos en que se conozca la decisión real del sujeto pasivo o pueda esperarse a que la misma se emita; por ello es un juicio hipotético, objetivo respecto de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho en tal situación; constituyendo un complemento del consentimiento expreso que por lo dicho representa un consentimiento real y prácticamente otorgado que se vincula con él en el marco de la capacidad de disposición y del conocimiento de la voluntad del titular del bien jurídico protegido.

La figura del consentimiento presunto se utiliza en situaciones de urgencia, en que el paciente se encuentra separado entre la vida y la muerte por la actuación o no del médico y en el que se encuentra en un estado de inconsciencia en el cual obviamente, le es imposible expresar su voluntad, ni se puede contactar con quien pueda legitimarla. La conducta realizada por el médico sería 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.

La doctrina mayoritaria<sup>482</sup>, considera que el consentimiento presunto no constituiría una causa de exclusión de la tipicidad, pues no supone una disposición que elimine, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido sino una causa de justificación.

---

<sup>480</sup>CURY URSUA, E. (2004). *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed. Universidad católica de Chile, pags.371-372.

<sup>481</sup>MORILLAS CUEVA, L., (2013). *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, en concreto “Consentimiento y Consentimiento Presunto ¿Dos formas de un mismo todo?, ed Tirach lo Blanch, Valencia, p. 155*

<sup>482</sup>Entre otros JESCHECK Y WEIGEND, ROXIN, CEREZO Y MEZGER.

Otros autores como De la MATA BARRANCO señalan que,<sup>483</sup> estamos ante una causa de atipicidad en bienes jurídicos disponibles, al considerar equiparable el consentimiento presunto y el real.

COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, en cambio<sup>484</sup>, lo consideran como una causa de inculpabilidad cuando la presunción no se corresponde con la voluntad del titular del bien jurídico.

No faltando autores que señalan que, el consentimiento sería una causa de justificación, no autónoma, sino subsumible en el estado de necesidad. Así MIR PUIG,<sup>485</sup> considera que *“Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (auxilio necesario). En cambio, si el bien en peligro es disponible por su titular, sólo es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla”*

En igual sentido, ROMEO CASABONA señala, *“Las ventajas del estado de necesidad, una vez comprobada la imposibilidad de contar el agente con el consentimiento del interesado, es que sus requisitos aparecen claramente delimitados en el Código Penal ( ... ) , y por lo que se refiere al tratamiento curativo , si se da la imposibilidad de obtención del consentimiento, el facultativo podrá acudir al estado de necesidad siempre que exista un peligro grave e inmediato para la salud - o la vida - del paciente; y que el facultativo no intervenga más que en lo imprescindible o necesario hasta que pueda obtener el consentimiento correspondiente”*

No obstante como afirma, MORILLAS CUEVA, en todo caso la difícil elaboración teórica del consentimiento presunto, al que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad como causa de justificación y la necesidad de acudir a un juicio hipotético del paciente de que consentiría, ha sido cuestionado por la doctrina española

---

<sup>483</sup>Es el caso de De la MATA BARRANCO, quien afirma *“Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica pero justificada, sino de una conducta atípica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal”*. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J (1997). *El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (editor). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch*, Barcelona. p.402

<sup>484</sup>Como COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON quienes afirma *“(...) si a la presunción no correspondiera la realidad, entonces serían de aplicación las reglas del error: el consentimiento presunto no aparecería, por consiguiente, como causa de justificación, sino como una causa de inculpabilidad”*. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN (1996). *Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia. p.500

<sup>485</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. pags. 533-534.

que acude a la circunstancia eximente de estado de necesidad justificante del artículo 20.5 en el que se produce una ponderación de bienes jurídicos afectados<sup>486</sup>.

#### **1.4.3. Por la afectación al bien jurídico: Consentimiento en la lesión y consentimiento en el riesgo**

En los de delitos de lesión un consentimiento del sujeto pasivo que pueda ser eficaz como eximente requiere que abarque la lesión, no solamente el riesgo de lesión.

En los delitos de peligro el tipo no requiere la lesión, sino que basta con un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico, será también suficiente el consentimiento en ese peligro o riesgo. Pero en la mayoría de delitos de peligro, como afectan a bienes jurídicos colectivos o a una pluralidad indeterminada de personas, no puede haber un sujeto pasivo concreto que consienta eficazmente en el riesgo.

Por último, un sector mantiene que, el consentimiento en el riesgo en delitos imprudentes de lesión es suficiente para que se excluya la tipicidad o antijuridicidad de la conducta imprudente<sup>487</sup>; pero al respecto no hay en absoluto acuerdo en la doctrina<sup>488</sup>.

#### **1.5. Requisitos del consentimiento en Derecho penal**

Partiendo de la clasificación de la doctrina alemana, el consentimiento en sentido estricto supone por parte del interesado una aceptación de una conducta punible que ataca un bien jurídico cuya lesión no desaparece y, en cambio, el acuerdo implica que la conducta se dirige contra la voluntad del titular del derecho y el libre ejercicio de la misma<sup>489</sup>.

El consentimiento en sentido estricto, determina el "acuerdo de dos voluntades", presume la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente y simultánea o sucesivamente. Es un acto jurídico que requiere unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para que pueda originar los efectos legalmente previstos.

La doctrina ha concretado distintas teorías para determinar la validez jurídica del consentimiento en el ámbito penal, podemos distinguir las siguientes:

-Teoría del negocio jurídico o de la declaración de voluntad; sus partidarios<sup>490</sup> desde una concepción civilista, considera al consentimiento como un negocio jurídico.

---

<sup>486</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit, p.119.

<sup>487</sup>CEREZO MIR, J. (2002). *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho penal y criminología, UNED (10), pags. 47-72.

<sup>488</sup>LUZON PEÑA, D.M. (2012) *El Consentimiento en Derecho Penal.....*, Op. Cit. p.7

<sup>489</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op.Cit, pags. 511-515

<sup>490</sup> Partidario de esta teoría sería, Bueno Arus, que considera que, el consentimiento en sede penal debe reunir los mínimos requisitos del ordenamiento civil: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y

En el ámbito civil, el artículo 1261 del Código Civil<sup>491</sup>, establece los requisitos esenciales del consentimiento: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa y forma suficiente. Las principales objeciones a estas teorías, parten de la afirmación de que el Derecho Penal, no constituye una obligación.

-Teoría de la dirección de voluntad; desde un punto de vista autonomista, sus partidarios,<sup>492</sup> consideran que para la eficacia del consentimiento solo es preciso la aprobación interna aun cuando no se haya manifestado externamente, las principales crítica a dicha posición, obedecen a su dificultad probatoria.

-Teoría intermedia o ecléctica; desde un método exegético-experimental, sus partidarios,<sup>493</sup> que son mayoría en la doctrina, exigen para la validez del consentimiento que sea exteriorizado, pero no necesariamente de forma expresa bastando que lo sea con una acción concluyente.

Como requisitos<sup>494</sup> del consentimiento (y acuerdo) en el ámbito penal podemos señalar los siguientes: Titularidad del bien jurídico; Capacidad; ausencia de vicios y Exteriorización.

### **1.5.1. Titularidad del bien jurídico**

Sólo puede consentir el titular del bien jurídico llamado a ser afectado por la conducta punible, cuando nos encontramos con bienes jurídicos de titularidad plural, su eficacia depende del consentimiento otorgado por la totalidad de los titulares. Ello

---

*de la causa, y de la forma suficiente; para este autor “Tales criterios son también de aplicación al consentimiento eficaz en el ámbito jurídico - penal, con base en la unidad fundamental del ordenamiento jurídico; la dependencia lógica, técnica y metodológica de las demás ramas del ordenamiento respecto del Derecho Civil, que asume el papel de Teoría General del Derecho; el carácter supletorio del Código civil «en las materias regidas por otras leyes» (...), y la concepción de la antijuricidad como oposición de una conducta al ordenamiento en general, lo que determina que una conducta justificada lo sea también desde la perspectiva de todo el ordenamiento”. BUENO ARÚS, Francisco (1986). II. El consentimiento del paciente. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen I, Tecnos, Madrid. p.274.*

<sup>491</sup>Artículo 1261. “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”.

<sup>492</sup>Partidarios de esta teoría serían, Cobo del Rosal y Vives Antón, para quienes es suficiente para un consentimiento eficaz “(...) éste se halle expresado por la realización de cualquier acción que pueda estimarse como manifestación de la voluntad de renuncia, siendo irrelevante que el agente la conozca o no”. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. p498.

<sup>493</sup>Partidarios de esta teoría serían entre otros LUZON PEÑA, ROMEO CASABONA y MIR PUIG, quien afirma “En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia que exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil”. MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p531.

<sup>494</sup>GARRIDO, M. (2005). Derecho Penal Parte General, tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pags. 124-127,



supone diferenciar entre supuestos en que el sujeto pasivo es el verdadero titular del bien jurídico vulnerado por el sujeto activo, y aquéllos en que, bajo una falsa apariencia de tal, el verdadero titular del bien jurídico protegido es la colectividad<sup>495</sup>.

Así mismo, si la titularidad de un bien corresponde a una persona jurídica, solamente es efectivo el consentimiento que se da a través del órgano competente adecuadamente autorizado, sin que quepa confundir actos de concesión y autorización administrativos con el consentimiento del titular del derecho disponible, en el caso de personas jurídicas de naturaleza pública.<sup>496</sup>

Por tanto, la regla general será, la validez del consentimiento respecto de bienes jurídicos individuales disponibles por su titular.

En general, se debe prestar personalmente y excepcionalmente se puede otorgar por un representante legal dependiendo de la naturaleza jurídica del objeto de la tutela penal. Además se exige que el titular tenga la posibilidad de disposición del objeto protegido penalmente.

En los casos de consentimiento válido jurídicamente, quien consiente ha de tener la plena titularidad del bien jurídico en cuya lesión o afectación consiente. En cambio, basta el consentimiento fáctico, en algunos tipos que no precisan la plena titularidad jurídica del bien jurídico como requisito de la capacidad de obrar o negociar de quien consiente; bastando una titularidad parcial de alguno de los aspectos del bien jurídico.

### **1.5.2. Capacidad**

Para consentir se requiere que el titular del derecho, goce de capacidad suficiente para comprender el alcance de su aceptación y determinar los beneficios y perjuicios que el acto le puede acarrear<sup>497</sup>, es la aptitud de las personas para realizar actos con trascendencia jurídica.

La capacidad para excluir la responsabilidad penal del hecho de otro, no está expresamente regulada en el C.P. y por ello debe establecerse de acuerdo con puntos de vista generales.

El Código civil establece con carácter general la capacidad a los 18 años, si bien en los actos relativos a derechos de la personalidad, el menor puede actuar por sí mismo de acuerdo con su condiciones de madurez (art. 162. 1 del C.C.)<sup>498</sup>. En los casos de

---

<sup>495</sup>LUZON PEÑA, D.M. (2012) *El Consentimiento en Derecho Penal.....*, Op. Cit. p.23.

<sup>496</sup>ARENALDI RIOS, J. (2006). *El consentimiento en materia penal. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (1), pags. 6-37.

<sup>497</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op.Cit, pags. 513-514.

<sup>498</sup>Artículo 162. 1 "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el

incapacidad para prestar un consentimiento con conocimiento y voluntad suficientes, debe considerarse válido el consentimiento prestado por el representante legal del menor o incapaz, de conformidad y en los casos que la ley prevé. Debe presumirse iuris tantum la capacidad en los mayores de dieciocho años y en todo caso la capacidad termina con la vida.

Podemos distinguir en el ámbito penal los siguientes supuestos:

-Consentimiento jurídicamente válido.

En el consentimiento jurídicamente válido, se requiere plena capacidad de comprensión y de voluntad (imputabilidad), lo que en Derecho civil se denomina plena capacidad de obrar.

Con carácter general se exige la plena capacidad de obrar, de desarrollar actos jurídicamente válidos.

En nuestro Derecho se establece a los 18 años, en ausencia de anomalías o deficiencias psíquicas que provoquen la discapacidad o incapacitación, incluso en casos en que no exista declaración civil de incapacidad, pero no concurra plena capacidad de comprensión sobre el significado y consecuencias del acto, determinaría la invalidez jurídica del consentimiento.

Excepcionalmente, la capacidad de obrar en algunos casos la otorga la ley antes de los 18 años. En este sentido el CC en los arts. 314 a 321<sup>499</sup> regula la emancipación

---

*hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.*

*<sup>499</sup>Artículo 314. “La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial”.*

*Artículo 315. “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.*

*Artículo 317. “Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro”.*

*Artículo 318. “La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros. Concedida la emancipación no podrá ser revocada”.*

*Artículo 319. “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”.*

*Artículo 320. “El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2.º Cuando los padres vivieren separados. 3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”.*

*Artículo 321. “También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare”.*

que se puede obtener por concesión paterna o judicial desde los 16 años o por matrimonio; según el art. 48 CC<sup>500</sup> se puede contraer con dispensa judicial desde los 14 años. La emancipación determina la capacidad de obrar, y por ello la validez jurídica general del consentimiento, con los límites del art. 323, 1.º CC: “*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador*”.

El CC regula los supuestos de *representación legal* de menores de edad o incapaces, en que los representantes pueden dar su consentimiento supliendo la falta de capacidad de los mismos; así los arts. 162 y ss.<sup>501</sup> CC, prevén la representación legal y la administración de sus bienes; los arts. 175 y ss.<sup>502</sup>.CC, los supuestos de adopción y los arts. 215 y ss.<sup>503</sup>. CC la tutela de menores<sup>504</sup>.

---

<sup>500</sup>Artículo 48. “*El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes*”.

<sup>501</sup>Artículo 162. “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158*”.

Artículo 163. “*Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad*”.

<sup>502</sup>Artículo 175. “*1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior. No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código. 2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año... ”.*

Artículo 176. “*1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. 2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la*

LOPEZ FRIAS<sup>505</sup>, ha señalado que en los supuestos de incapacidad permanente, si bien la regla general será la subrogación de un tercero para consentir, distingue tres supuestos:

-Derechos puramente patrimoniales, para cuyo ejercicio cabría cualquier tipo de sustitución personal.

-Derechos de contenido personal, en los que solo cabría sustitución de un tercero, cuando el titular carece totalmente de capacidad natural de juicio y la actuación de aquel, es objetivamente beneficiosa o la inacción claramente desaconsejable.

-Derechos personalísimos, que no admiten sustitución, aun cuando falte totalmente la capacidad natural de su titular.

En nuestra opinión, como regla general, en caso de personas con discapacidad permanente, podrá dar el consentimiento su representante legal; salvo que se trate de derechos personalísimos, en cuyo caso, consideramos debería tomarse la decisión por el juez, en el seno de un proceso, donde se evalué en el caso concreto, si es beneficioso o no, para el titular del bien jurídico.

En el caso de menores, entendemos que como regla general la subrogación procederá cuando se trate de consentir sobre bienes patrimoniales o personales, en beneficio del menor; mientras que si se trata de bienes personalísimos, consideramos adecuado que el consentimiento se otorgue por el juez, en el seno de un procedimiento que tome en consideración las circunstancias del caso, la afectación reversible o

---

*patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. 3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. 4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado...”.*

<sup>503</sup> Artículo 215. “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial”.

Artículo 216. “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos. Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas de oficio, o a instancia de ésta, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La Entidad Pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a la Entidad Pública, la cual dará traslado de dicha comunicación al Director del centro residencial o a la familia acogedora”.

<sup>504</sup> PUPPE, I. (2006). *División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*. InDret, 4, p.13.

<sup>505</sup> LÓPEZ FRÍAS, María Jesús (1999). *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos*. En: *Revista de Derecho Privado*, abril, 1999, p. 299.

irreversible del bien jurídico protegido, la futura autorrealización del menor, y su beneficio.

Así mismo, el CC., prevé supuestos que suponen una capacidad parcial o limitada de obrar, que debe ser completada; así en el art. 323 CC<sup>506</sup> la necesidad de asistencia o consentimiento complementario de los padres o en su defecto los curadores para los actos de los menores emancipados o con beneficio de mayor edad consistentes en tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, y los arts. 286-297<sup>507</sup> CC, regulan la asistencia del curador para determinados actos de los menores emancipados o con beneficio de mayor edad y de los pródigos.

Cabe así mismo, la representación voluntaria, en ella quien consiente tiene capacidad para consentir, y es en principio admisible, para el consentimiento sobre intereses patrimoniales, pero no parece admisible en intereses que afectan al núcleo de la personalidad como puede ser la salud e integridad corporal<sup>508</sup>.

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico proclama, como principio general, el principio de la capacidad del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad

---

<sup>506</sup>Artículo 323. "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

<sup>507</sup>Artículo 286. "Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad. 3. Los declarados pródigos".

Artículo 287. "Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento".

Artículo 288. "En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos".

Artículo 289. "La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido".

Artículo 290. "Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial".

Artículo 291. "Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados".

Artículo 292. "Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa".

Artículo 293. "Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código".

Artículo 297. "Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa".

<sup>508</sup>ROXIN, C. Derecho Penal, Parte General....., Op.Cit, pags.84 y ss.

de acuerdo con sus condiciones de madurez. No obstante, cuando se trata del ejercicio de derechos de la personalidad, debe tenerse también en cuenta que el ordenamiento puede modular o someter a ciertas restricciones el reconocimiento de la capacidad del menor de edad para consentir válidamente intervenciones en la esfera de sus bienes jurídicos personales, en atención a la protección del mismo y para garantizar la evolución adecuada de su personalidad.

La LAPac: 41/2002, en el art. 9.3<sup>509</sup>, al regular el consentimiento por representación, establece los casos en que es válido el consentimiento de un paciente menor o con alguna deficiencia sin necesidad de representación.

En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor...<sup>510</sup>, estableciendo

---

<sup>509</sup>El art. 9.3 dispone: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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 hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

<sup>510</sup>Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.”1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

*2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.*

la letra c) cuándo cabe representación si el menor no tiene esa capacidad de comprensión.

Por tanto, en el ámbito de los tratamientos médico-quirúrgicos, la LAPac 41/2002, se conforma con una capacidad de entendimiento suficiente, aunque el sujeto sea menor<sup>511</sup>, o pueda tener alguna anomalía psíquica no grave y ello a pesar de la trascendencia del consentimiento, que puede afectar a la integridad física o incluso al riesgo vital.

El titular del Consentimiento informado es el paciente<sup>512</sup>, para GALAN CORTES, la capacidad exigible al mismo no es capacidad legal sino la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, ósea la actitud cognitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses<sup>513</sup>.

El Art. 9.3 LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, regula la representación o asistencia para supuestos específicos, el consentimiento para intervenciones médicas cuando el paciente de hecho no sea capaz de tomar decisiones o de hacerse cargo de la situación o no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; y en el mismo sentido, el derogado art. 10.6 b de la LGS de 26-4-1986 preveía que se podía prescindir del consentimiento del paciente “*Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas*”.

Para ROMEO CASABONA<sup>514</sup>, “*lo único importante en Derecho Penal es si ese consentimiento constituye o no la expresión libre de una persona*”.

No es necesario por tanto el requisito de la mayoría de edad, más estricto y propio del Derecho Civil<sup>515</sup>, salvo en supuestos específicos, como en el artículo 155

---

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

<sup>511</sup>Artículo 5.LAPac 41/2002 “Titular del derecho a la información asistencial. 1. El titular del derecho a la información es el paciente. 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. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

<sup>512</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit.p. 91.

<sup>513</sup>GALAN CORTES, J. C. (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento.....*. Op. Cit. p.73.

<sup>514</sup>ROMEO CASABONA, C.M. (1981). *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (ilicitud y responsabilidad penal)*, Editorial Bosch, Barcelona. p. 317

<sup>515</sup>JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1976) *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, Ed. Losada, tercera edición, Buenos Aires, (propuso, como criterio general y subsidiario, atender al límite de la imputabilidad penal, que se fijaba entonces en los 16 años)*, p. 631.

para las lesiones consentidas, y para los supuestos previstos en el artículo 156, de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y operaciones de cambio de sexo y cirugía transexual realizadas por facultativo<sup>516</sup>.

El Código Penal en el art. 156 regula tres supuestos excepcionales de consentimiento válido en las lesiones<sup>517</sup>.

En el art. 156, 1º CP<sup>518</sup>, no sólo se establece supuestos de no validez del consentimiento del menor o incapaz, sino tampoco el de sus representantes legales, exigiendo además la total espontaneidad de la decisión, sin que exista precio o recompensa. Sobre el antiguo art. 428 CP actualmente 156 CP, se planteo una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta en STC de 14 de julio de 1994 que lo declara no contrario a la CE, por su finalidad, de mejorar las condiciones de vida del incapaz, por venir justificada por la ausencia de sometimiento a vigilancia constante que podría ser contraria a su dignidad e integridad moral derivada de la imposibilidad del ejercicio de una sexualidad sin riesgo de procreación, cuya consecuencia no pueden prever ni asumir, la sustitución del consentimiento del afectado por la autorización judicial no vulnera el Art. 15 CE, pues establece el precepto unas garantías para velar por el interés del incapaz<sup>519</sup>.

En este sentido, JORGE BARREIRO, señala que el criterio de la mayoría de edad, pasa en la actualidad a ocupar un papel secundario, a los efectos de determinar si el paciente es capaz de consentir un determinado tratamiento médico-quirúrgico<sup>520</sup>.

No obstante, para algunos actos médicos de especialmente trascendencia o gravedad en sus repercusiones, la ley requiere la mayoría de edad para prestar el

---

<sup>516</sup>Favorable al requisito de la mayoría de edad para los supuestos de trasplantes de órganos, ROMEO CASABONA, C.M. (1979) *Los trasplantes de órganos, Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*. Bosch. Barcelona, p. 316.

<sup>517</sup>CEREZO MIR, J. (1998). *Curso de Derecho penal Español. Parte General II*, 6ªed.Tecnos. Madrid. pags. 656 s.

<sup>518</sup>Artículo 156. "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil".

<sup>519</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit. p. 95.

<sup>520</sup>JORGE BARREIRO, A. (1982). "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", *Cuadernos de Política Criminal* (16), p. 23.



consentimiento. Así el art. 9.4 LAPac 41/2002, de 14 de noviembre<sup>521</sup>: Tras la reforma operada por la LO 11/2015 de 21 de septiembre, 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; y para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Con anterioridad a la citada reforma respecto del aborto la regulación establecida en la LO 2/2010, de 3-3 (BOE 4-3) de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificaba los casos de impunidad en el aborto, y preveía que las jóvenes con 16 años podían decidir abortar sin el consentimiento de sus padres: según el art. 13, 4.º podían dar su consentimiento para la práctica del aborto, en los plazos marcados las mujeres a partir de los 16 años, con obligación de informar solo a uno de los padres mientras sean menores, de lo que incluso en ciertos casos se podía prescindir.

Se ha planteado así mismo, el problema de cuando quien consiente, es persona mayor y capaz, que ha sido suficientemente informado de razones que desaconsejan su consentimiento, y sin embargo, se empeña en tomar una decisión.

En estos casos, esa equivocación en la decisión podría invalidar el consentimiento, porque revelaría que la persona realmente no tiene capacidad de comprensión, no obstante, la doctrina mayoritaria, considera que lo irrazonable de la motivación no anula la capacidad de comprensión y el derecho también protege la libertad de los capaces para tomar decisiones irrazonables.

En una concepción personalista de la sociedad, no pueden concebirse bienes jurídico-penales que se protegen por el derecho penal en interés del individuo, con independencia de su voluntad,<sup>522</sup> salvo que el consentimiento este viciado por existir algún vicio de la voluntad y ello sin perjuicio que el legislador en relación a bienes jurídicos esenciales como la vida e integridad personal, sancione conductas que los lesionen, aun cuando exista consentimiento del afectado, al tratarse de actos socialmente inadmisibles.

---

<sup>521</sup> Artículo 9.4. “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

<sup>522</sup> SEGURA GARCIA, M. J. (2000). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, pags. 114 y ss.

*-Consentimiento de fácto.*

En el consentimiento de hecho, excluyente sólo de la tipicidad penal, no hace falta plena capacidad de obrar y varía según los tipos, el grado de madurez y la capacidad de comprensión requeridos en el sujeto que consiente. Así en los tipos que presuponen actuar contra la voluntad de otra persona, como las coacciones, la detención, el allanamiento de morada o el hurto, basta la voluntad de este, aunque sea menor o incapaz para la exclusión de la tipicidad penal, siempre que el que consiente tenga suficiente capacidad de comprensión o discernimiento sobre el significado y repercusiones del hecho, incluso, bastaría con la voluntad natural en su realización (ROXIN<sup>523</sup>).

En determinados delitos como los delitos sexuales es la propia ley la que marca el límite de edad en que el sujeto pasivo puede consentir con efecto excluyente de la tipicidad penal: en el art. 183.1<sup>524</sup> CP, se considera que no hay consentimiento en el menor de 16 años y por tanto en la actividad sexual con el mismo hay abuso sexual no consentido; pero a partir de los 16 años cumplidos se entiende que hay capacidad de comprensión suficiente y el consentimiento del menor es eficaz para que la conducta sea penalmente atípica.

### **1.5.3. Ausencia de vicios**

En relación con los vicios de la voluntad, la doctrina jurídico-penal ha señalado criterios para conceder más o menos relevancia a estos vicios, de acuerdo con el fundamento penal del consentimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal. No es aplicable para su eficacia en este ámbito enteramente, la teoría jurídico-civil sobre los vicios de la voluntad.

El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño, y con verdadera voluntad del acto del que consiente y, es inoperante si emana de quien, aún con libertad, no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite<sup>525</sup>.

Las exigencias de conocimiento y voluntad en el consentimiento excluyente de la antijuridicidad son mayores que en el consentimiento fáctico meramente excluyente de la tipicidad penal.

Para que el consentimiento excluya la antijuridicidad de la conducta, el afectado ha de tener pleno conocimiento del contenido y alcance de la vulneración de su bien

---

<sup>523</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General*....., *Op.Cit*, pags.84 y ss.

<sup>524</sup>Artículo 183."1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años".

<sup>525</sup>ARENALDI, J. R., (2006). *El consentimiento en materia penal. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (1), pags.6-37.

jurídico y de todos los elementos típicos. En cambio, para la exclusión de la tipicidad penal, dependiendo de cada tipo, puede bastar con un conocimiento de lo sustancial de los elementos típicos, que no sea totalmente exacto.

### **1.5.3.1. Error**

Un vicio del consentimiento que afecta al conocimiento, es el error relevante en el sujeto que consiente, que cree conocer bien el objeto y circunstancias de aquello en que consiente. Para que el consentimiento excluya la antijuridicidad el afectado ha de conocer la totalidad del significado de los elementos típicos, por lo que un error sobre una parte de ese significado, del alcance y extensión de la afectación del bien jurídico, elimina un consentimiento excluyente de la antijuridicidad. Por ello, es importante determinar cuál es el objeto sobre el que debe recaer el error.

Según la doctrina tradicional, en general el engaño o error sobre los elementos del hecho es relevante y excluye la eficacia del consentimiento, salvo algunos errores sobre la motivación del que consiente, a los que se niega relevancia.

No obstante, existen otros elementos del tipo, además del bien jurídico y de la afectación, lesión o peligro del bien jurídico; elementos típicos que en su conjunto determinan el alcance y la concreta forma de afectación del bien jurídico, y también algunos errores que en principio afectan sólo a la motivación del que consiente pero realmente hacen que éste se equivoque sobre la concurrencia de un elemento típico y la concreta entidad y forma de afectación del bien jurídico; en estos casos si el afectado al consentir se equivoca sobre esos elementos típicos, el error también será relevante y hará ineficaz su consentimiento.

### **1.5.3.2. Amenaza, violencia, coacción o intimidación.**

Por lo que respecta a la amenaza, la violencia y la coacción, o en general toda actuación que quita libertad a la voluntad del que consiente vician el consentimiento haciéndolo inválido e ineficaz.

Se discute doctrinalmente el grado o intensidad que debe revestir la violencia, coacción, intimidación o amenaza, para invalidar el consentimiento.

ROXIN<sup>526</sup> considera, que “(...) *Habrà que partir por norma general de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. Este límite se encuentra en el punto donde la amenaza sea punible como coacciones (...); pues de la circunstancia de que el legislador protege a la víctima contra el que amenaza, se desprende que considera*

---

<sup>526</sup>ROXIN. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p551.*

*menoscabada de forma jurídico penalmente relevante la libertad de decisión de aquella”.*

En el mismo sentido, LUZON PEÑA<sup>527</sup> señala “*Pero para que tales vicios de la voluntad impidan que la anuencia prestada por el sujeto pasivo excluya la tipicidad penal y hagan ineficaz como eximente el consentimiento, el grado e intensidad de los vicios depende de la configuración de cada tipo y la interpretación de su sentido (...)”.*

La coacción y el miedo grave serán relevantes, si afectan directamente a la formación normal de la voluntad libre para consentir una intromisión en la esfera de los bienes jurídicos, que excluya la antijuridicidad de la conducta<sup>528</sup>. Sin embargo, hay autores que considera que la amenaza o la coacción sólo harán ineficaz el consentimiento si excluyen total o prácticamente la libertad de la decisión.

Por tanto, para que el consentimiento excluya plenamente la antijuridicidad, el consentimiento ha de ser plenamente libre y no puede estar viciado por ningún tipo de violencia, coacción, amenaza o presión; en otro caso, tal consentimiento no es plenamente válido jurídicamente y subsistirá en su caso la responsabilidad civil. Pero para que tales vicios de la voluntad impidan la exclusión de la tipicidad penal y hagan ineficaz como eximente el consentimiento, el grado e intensidad de los vicios dependerá de la configuración de cada tipo e interpretación de su sentido.

No obstante lo anterior, en los tipos penales en que el consentimiento tiene eficacia eximente, no supone un vicio invalidante del consentimiento, el que éste no haya sido prestado espontáneamente por el sujeto pasivo, sino que haya sido inducido o estimulado a ello, siempre que no exista una presión o coacción sobre la libertad del sujeto pasivo, que invalidaría su consentimiento.

En el caso de ofrecimiento de precio o recompense podría pensarse que se llega a menoscabar la libertad del sujeto pasivo cuando éste se encuentra en una situación de necesidad o angustia económica.

Excepcionalmente, para el caso de lesiones (corporales) especialmente trascendentes y que se autorizan en algunas intervenciones médicas no necesariamente curativas, como son los trasplantes de órganos, la esterilización o las operaciones de cambio de sexo, la ley requiere expresamente la ausencia de precio o recompensa, con el fin de evitar el comercio de órganos, el cobayismo o similares prácticas que comportan un consentimiento por lo general viciado.

Así, el art. 155, 1.º CP, considera que en los delitos de lesiones el consentimiento no es eximente, sino sólo atenuante, para tal efecto limitado requiere, espontaneidad del consentimiento y ausencia de precio o recompensa: “*En los delitos*

---

<sup>527</sup>LUZÓN PEÑA. *El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p38.*

<sup>528</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General.....Op. Cit, 19/nm. 39.*

*de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”.*

Pero en las tres excepciones citadas en que, aparte de la eximente más general del ejercicio legítimo de la profesión médica, se otorga eficacia eximente al consentimiento en las lesiones, se requiere la ausencia de precio o recompensa de conformidad con el art. 156, 1.º CP: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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, ...”.*

#### **1.5.4. Información**

En el caso de tratamientos médicos, el consentimiento además de ser libre y voluntario debe ser informado; los supuestos de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas, en que se ven afectados con finalidad curativa, menoscabos posibles o seguros de la integridad física o riesgos para la vida o salud del paciente, al estar en juego bienes jurídicos esenciales, se exige para su validez no un simple consentimiento con conocimiento mínimo, sino un *“consentimiento “informado”*, como presupuesto indispensable para que el consentimiento opere a través de la eximente (causa de justificación o incluso ya de atipicidad) del art. 20, 7.º: *“ejercicio legítimo de la profesión médica y sanitaria”*.

El médico responsable ha de dar al paciente toda la información precisa, exacta y lo más completa posible al alcance de su comprensión, en función de sus concretas circunstancias personales de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1<sup>529</sup> de la LAPac 41/2002 de 14 de Noviembre<sup>530</sup>.

La información recibida debe permitir al paciente valorar las opciones propias del caso sin limitaciones externas o internas. La LAPac señala que la información ha de ser veraz, y que se comunicara al paciente de modo comprensible y adecuado a sus necesidades que le ayude a tomar decisiones conforme a su libre voluntad, en este sentido la STS de 29-5-2003 señaló que debía ser puntual, correcta, veraz, leal continuada, precisa, exhaustiva y suficiente.

---

<sup>529</sup>Artículo 10. “Condiciones de la información y consentimiento por escrito. 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones”.

<sup>530</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (1986). *El médico ante el derecho.....*, Op. Cit. pags. 329 y ss.

Por su parte, la doctrina señala caracteres objetivos y subjetivos de la información, entre los primeros estaría el nivel cultural, edad, situación personal, familiar, social, profesional, y entre los segundos, la urgencia del caso, la necesidad y peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y renuncia del paciente a recibir información, la existencia de una necesidad terapéutica de no información. Además la información debe ser progresiva y no exclusivamente relativa a intervenciones quirúrgicas sino también terapéuticas o con fines investigadores o docentes<sup>531</sup>.

La necesidad del consentimiento informado puede sufrir *excepciones*: como son los supuestos de negativa del paciente a recibir información o cuando en evitación de males mayores por indicación terapéutica, el médico consideran razonablemente que no deben darle toda la información, ante las consecuencias que dicha información pueda producir en el propio estado de salud del paciente.

Los efectos de la no existencia de un auténtico consentimiento informado del paciente. Podría según un sector doctrinal determinar que, al no ser válido dicho consentimiento, ya no opera la eximente y los autores responderán de las lesiones causadas mediante el tratamiento médico o quirúrgico<sup>532</sup>.

Sin embargo, otro sector sostiene que, aunque tales lesiones no hayan sido válidamente consentidas por el paciente indebidamente informado, no se responde de delito de lesiones, bien porque se argumenta que pese al no consentimiento se dan los requisitos del estado de necesidad (algo discutible, por la necesidad de riesgo<sup>533</sup>) bien porque se niega la tipicidad de las lesiones por sostener que el tipo, para unos el tipo objetivo para otros el subjetivo, es incompatible con el carácter objetivamente curativo y no lesivo para la salud de la intervención global<sup>534</sup> o, sobre todo cuando el resultado es desfavorable, con la finalidad curativa de la actuación médica<sup>535</sup>.

Por ello, parte de la doctrina ha defendido que lo que hay es más bien un ataque a la libertad de disposición del paciente, que a lo sumo sería constitutivo de un delito leve de coacciones.

---

<sup>531</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit.p. 97-98.

<sup>532</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op.Cit, pags.84 y ss.

<sup>533</sup>LUZON PEÑA, D. M. (1988). *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, (1)*, pags. 992-1003.

<sup>534</sup>RODRIGUEZ MACHADO, C. I. (2012). *Consentimiento en Materia Penal, El. Derecho Penal y Criminología, 33*, p.29.

<sup>535</sup>JORGE BARREIRO, A. (1982). *La relevancia jurídico-penal del consentimiento.....*,Op. Cit, pags.5-34.

No obstante, hay un sector doctrinal que mantiene que no solo estaríamos ante una vulneración del bien jurídico libertad, sino ante una vulneración del bien jurídico integridad personal, por infracción de la “lex artis”.

### 1.5.5. Exteriorización

El consentimiento, ha de exteriorizarse de alguna forma, ya que si ello no ocurre no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas.

El consentimiento no requiere de manifestación expresa y basta tan sólo una acción cualquiera concluyente<sup>536</sup> y tampoco requiere ser conocido por el agente. Existe una posición doctrinal, la teoría de la “*dirección de la voluntad*”, para la que basta con la conformidad o aprobación interna del sujeto pasivo aunque no se manifieste al exterior<sup>537</sup> en el momento de la actuación del sujeto activo.

La posición mayoritaria, considera que esa mera actitud interna no manifestada, carece de relevancia jurídica, y que se debe exigir que el consentimiento se manifieste de algún modo al exterior en el momento de la actuación, de modo que sea reconocible<sup>538</sup> Dicha manifestación puede ser expresa o tácito, con una actitud clara de no oposición con actos concluyentes.

Sin embargo, en algunos tipos la ley no se conforma con el consentimiento tácito, sino que, para mayor garantía, lo exige expreso: así el art. 156 en ciertas lesiones o el art. 13, 3.º LO 2/2010 (como antes el 417 bis del CP para los casos autorizados de aborto); e incluso en algún caso puede exigir la declaración escrita, el consentimiento por escrito, para algunas intervenciones médicas especialmente graves, en la LAPac 41/2002 de 14 de noviembre o para el aborto autorizado en la LO 2/2010<sup>539</sup>.

Puede otorgarse verbal o por escrito, en determinados supuestos se establece de forma concreta, así tras la LAPac se concreta que será como norma general verbal exceptuando los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general aplicación de procedimientos que supongan riesgos

---

<sup>536</sup>ARENALDI RIOS, J. (2006). *El consentimiento en materia penal.....*, Op. Cit. pags. 6-37.

<sup>537</sup>COBO/VIVES, (1999) *Derecho Penal.....*, Op. Cit. p.498, invocando a Mezger.

<sup>538</sup>ARAN, M. C. G., & CONDE, F. M., (2010). *Derecho penal. Parte general. 8ª ed. Tirant lo Blach, Valencia. p.344.*

<sup>539</sup>El art. 8 LAPac, sobre consentimiento informado, dispone en su ap. 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.” (En el derogado art. 10.6 de la LGS de 1986 se exigía consentimiento escrito para cualquier intervención médica).Y para los abortos autorizados el art. 13,3.º LO 2/2010 exige ahora que la interrupción del embarazo se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la embarazada o en su caso del representante legal de conformidad con la LAPac.

e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, que deberán constar por escrito.

No obstante, existen excepciones a la obligación de informar derivadas bien de la propia renuncia del paciente a recibir información, a su vez limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad, de exigencias terapéuticas del caso, bien de la existencia de un riesgo grave para la salud pública, o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible obtener su autorización, se consultara a sus familiares o personas vinculadas de hecho y el facultativo actuara con el denominado consentimiento presunto<sup>540</sup>.

### 1.5.6. Momento de emisión y revocación del consentimiento

El consentimiento ha de ser anterior a la realización del hecho o también producirse durante la ejecución pero antes de la consumación<sup>541</sup>, aunque en este caso no siempre eximirá totalmente.

La ratificación o consentimiento posterior del sujeto pasivo, es irrelevante, porque equivale al perdón<sup>542</sup>, salvo en los delitos privados (perseguidos sólo mediante querrela: injurias y calumnias) o algunos semiprivados (perseguidos sólo mediante denuncia del ofendido); en los que el perdón no es una eximente que haga desaparecer el delito, sino una causa de extinción a posteriori de la responsabilidad criminal<sup>543</sup>.

El consentimiento del sujeto pasivo puede ser libremente revocado por éste antes de la realización completa del hecho, en cuyo caso desaparece el consentimiento y por tanto la eximente<sup>544</sup>, salvo que concurra un error de tipo en el agente, creyendo que persiste el consentimiento, o error de prohibición si creyera que la revocación no es válida<sup>545</sup>.

---

<sup>540</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit.p. 96.

<sup>541</sup>SAINZ CANTERO, J.A. (1990), *Lecciones de Derecho penal Parte General.....*, Op. Cit, p.578.

<sup>542</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit.p. 99..

<sup>543</sup>Artículo 130. "1. La responsabilidad criminal se extingue: ...5.º Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. En los delitos contra menores o personas con discapacidad, necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección".

<sup>544</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (1986). *El médico ante el derecho.....*, Op. Cit, p.356.

<sup>545</sup>LUZON PEÑA, D.M. (2012) *El Consentimiento en Derecho Penal.....*, Op. Cit. pags. 23-51.



## 2.- TRATAMIENTO MEDICO EN EL AMBITO PENAL

### 2.1. Introducción

El tratamiento médico, por su finalidad curativa y actuación en beneficio de la salud del paciente, a través de la prevención, curación, alivio de síntomas, observación y seguimiento de sus condiciones de vida, ha sido objeto de análisis en la dogmática jurídico-penal, que a través de diversas construcciones doctrinales, ha excluido la actividad médico curativa del ámbito típico de los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud.

ROMEO CASABONA, define el tratamiento médico-quirúrgico como “*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*”<sup>546</sup> y el tratamiento médico curativo (o terapéutico) como “*aquella modalidad del tratamiento médico-quirúrgico dirigida a eliminar, aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad, es decir, los efectos nocivos para la salud de una persona que se deriven de aquélla*”.<sup>547</sup>

Por tratamiento médico curativo, podemos entender el conjunto de operaciones realizadas fundamentalmente por un médico en el ejercicio de su actividad técnica, en interés de la salud física o psíquica del paciente, objetivamente indicadas y ejecutadas de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, “*lex Artis*”.

La “*lex artis*” sería el conjunto de reglas técnicas comúnmente aceptadas por la comunidad científica como válidas para realizar determinadas intervenciones y para cuyo establecimiento en el supuesto específico deben tenerse también en cuenta las circunstancias del caso concreto. Por ello, para que el tratamiento médico-quirúrgico curativo sea irrelevante penalmente precisa de dos aspectos distintos, la indicación terapéutica y la “*lex artis*”, que se hallan en relación de dependencia<sup>548</sup>

Junto al tratamiento médico curativo, existen tratamientos médicos no curativos, como serían los tratamientos médicos estéticos y experimentales.

Para ROMEO CASABONA, “*la cirugía plástica*” sería aquella cirugía encaminada a conseguir una armonía en la configuración corporal, distinguiendo entre cirugía reparadora y cirugía estética<sup>549</sup>. Por su parte la cirugía reparadora el carácter curativo, persigue la “*normalización*” del aspecto exterior de una persona que se encuentra deforme, sería asimilable a los tratamientos curativos, en cuanto aquí se trata

---

<sup>546</sup>ROMEO CASABONA, C.M., (1981) *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit, p. 12.

<sup>547</sup>*Ibidem*, p.12

<sup>548</sup>*Ibidem*, pags. 153 y ss.

<sup>549</sup>*Ibidem*, pags. 174-175.

de conseguir una recuperación funcional, o mejorar el equilibrio psíquico del paciente.<sup>550</sup>

JORGE BARREIRO, define “*la cirugía estética*”<sup>551</sup>, como aquella que persigue el mero embellecimiento de una persona de por sí sana con el único fin de tener un semblante diverso, sin que aquella presente ninguna deformidad que supere el umbral de la normalidad, de manera que fuera considerada como patológica de acuerdo con los estándares comúnmente aceptados por la ciencia médica.

El Derecho Penal, por su finalidad de protección de los bienes jurídicos más importantes para la vida de la comunidad, otorga relevancia al acto médico. La medicina constituye una de las actividades en las que mayor riesgo existe de afectar bienes jurídicos individuales fundamentales, como la vida, la salud, la integridad física y psíquica, o la libertad; puestos en peligro por los profesionales sanitarios en el desarrollo de intervenciones sobre el cuerpo y la mente de los pacientes, en múltiples ocasiones, con grave riesgo para su salud.<sup>552</sup>

Respecto de los tratamientos médicos experimentales ROMEO CASABONA, los define como aquellos tratamientos que se realizan con técnicas y procedimientos que aun no han sido sobradamente comprobados, por tanto, al estar en fase de experimentación, su eficacia e idoneidad para la finalidad curativa no es aceptada ampliamente por la comunidad científica médica<sup>553</sup>.

En el presente estudio, nos centraremos esencialmente, en el análisis de los tratamientos médicos curativos o terapéuticos.

Desde finales del siglo XIX, la licitud jurídico-penal del tratamiento médico ha estado vinculada a la consideración social de la actividad médica. El Derecho penal, no prohíbe cualquier ofensiva a bienes jurídicos, sino solamente aquellos ataques que se infringen contra los órdenes histórico-sociales establecidos.

Por ello, son conductas lícitas aquellas acciones que resultan socialmente adecuadas. La exclusión de la actividad médica del ámbito típico de los delitos contra la integridad corporal, a nivel de la tipicidad se ha basado en criterios valorativos-normativos fundados en la permisión, el significado o la relevancia social de la conducta del médico.

---

<sup>550</sup>*Ibidem*, pags. 174-175. JORGE BARREIRO, A. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Editorial Tecnos. Madrid, pags. 22-23

<sup>551</sup>JORGE BARREIRO, A. *La imprudencia.....*, *Op Cit.*, p. 22.

<sup>552</sup>*Ibidem*, p. 27. JORGE BARREIRO, A. (1990) *La imprudencia.....*, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>553</sup>ROMEO CASABONA, C.M. *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa.....*, *Op. Cit.*, p. 162.

Von BAR<sup>554</sup>, examina la relevancia jurídico-penal del tratamiento médico a través de la teoría “de la regla de la vida”; en cuya virtud, no sólo las acciones inadecuadas que a priori no entrañan peligro o entrañan un peligro muy escaso de producción del resultado, quedan excluidas de la “regla de la vida”<sup>555</sup>, sino también las acciones a priori, objetivamente muy peligrosas, pero que no resultan contrarias a Derecho por llevarse a cabo con la diligencia debida.

En la misma línea, MEZGER, con su teoría de “la relevancia típica”<sup>556</sup> considera que la sola relación de causalidad no puede ser suficiente para basar la responsabilidad por el resultado. La imputación del resultado a la conducta exige constatar previamente el nexo de causalidad entre ambos, de acuerdo con “el sentido de los tipos penales y en la interpretación de los mismos conforme a sentido”.

Por ello, el acto médico, aun cuando suponga causalmente lesiones, no es subsumible en el tipo penal de lesiones, al no quebrantar el cuidado debido, conforme con la “lex artis”. Incluso, si ocasiona un resultado lesivo e infringiera el cuidado objetivamente debido, pero el resultado se hubiera producido de cualquier modo con independencia de la conducta adecuada del facultativo, para MEZGER, ésta conducta sería irrelevante penalmente.

Otros autores<sup>557</sup>, consideran que aunque objetivamente el médico realice el tipo de lesiones, no concurriría el elemento subjetivo del tipo (intención de lesionar), por lo que estaríamos ante una conducta atípica, si el tratamiento médico se realizó con intención de curar, con la diligencia debida y conforme a la “lex artis”.

Nuestra doctrina penal fluctúa, entre los que postulan la atipicidad del tratamiento médico curativo en consideración a su adecuación social<sup>558</sup>, y la doctrina mayoritaria que excluye la responsabilidad del médico, en base a las causas tradicionales de exclusión de la antijuridicidad, del ejercicio de una profesión, oficio o

---

<sup>554</sup>CEREZO MIR, (1998). *Curso de Derecho penal español.....*, Op. Cit, pags. 64-65, y GIMBERNAT, (1990) (1ª ed. en la Ed. Reus, Barcelona, 1966). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pags. 44-45.

<sup>555</sup>Ibidem, p. 22

<sup>556</sup>Ibidem, pags. 73-79. RODRÍGUEZ MOURULLO, (1979) *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, pags. 299-301. MARTÍNEZ ESCAMILLA, (1992) *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, Madrid, pags. 11 ss.

<sup>557</sup>BACIGALUPO, E., (1981) “Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho penal”, en *Rev. Derecho Públ.*, núm. 84, pags. 667-669. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op Cit., pags. 115-117. MUÑOZ CONDE, (2010) *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 136.

<sup>558</sup>Ibidem., BACIGALUPO, E., (1981) “Acerca de la .....Op Cit, pags. 668 y ss.

cargo, del ejercicio legítimo de un derecho o del consentimiento, con elementos de valoración social<sup>559</sup>.

Desde la moderna concepción de la Imputación objetiva, para imputar objetivamente el resultado no basta con que la conducta sea la causa del resultado producido (relación de causalidad), sino que es preciso verificar una específica relación normativa entre la acción y el resultado (que la conducta del autor haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado de los que la norma que prohíbe la causación del resultado típico pretendía evitar y que ese riesgo se haya concretado en el resultado).

En este sentido, GÓMEZ RIVERO<sup>560</sup>, considera que para imputar objetivamente, la conducta al médico, será exigible que la acción cubierta por el riesgo permitido incremente de forma relevante el riesgo de producción del resultado, con la realización del peligro contenido en la acción, dentro del ámbito de protección de la norma.

Por su parte JORGE BARREIRO<sup>561</sup>, señala que en el tratamiento médico, la imputación del resultado producido requiere: una relación de causalidad de la conducta del médico para la producción del resultado (causalidad natural); una relación de adecuación entre el resultado producido y la conducta del médico (que el resultado sea previsible como una consecuencia típica de su conducta); y una relación de riesgo, dentro del fin de protección de la norma (en los delitos imprudentes se concreta en la necesidad de que el resultado sea consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, y que en aquél se concrete el tipo de riesgo que la norma quería evitar), lo que se determinará conforme a criterios normativos (conducta alternativa conforme a Derecho, incremento del riesgo o el criterio del fin de protección de la norma).

Para determinar el carácter contrario a la norma del riesgo, en el ámbito médico es esencial el concepto del riesgo permitido, que sería el riesgo jurídicamente irrelevante que impide fundamentar la imputación del resultado producido. Este riesgo viene definido en el ámbito médico por el respeto y observación de la “*lex artis*”, parámetro de delimitación de lo permitido en dicha actividad y en el delito imprudente, el riesgo permitido se ha configurado como un criterio de determinación del deber objetivo de cuidado.

Por ello, a quien en su actuación observa la “*Lex artis*”, y actúa en el marco del riesgo permitido, no le serían objetivamente imputables los resultados causalmente producidos en el curso de su actividad.

---

<sup>559</sup> DEL ROSAL, J. (1978) *Tratado de Derecho Penal Español (Parte General)*, Vol. I, edición corregida por COBO DEL ROSAL, M. p. 849. MUÑOZ CONDE. (2010) *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 133.

<sup>560</sup> GOMEZ RIVERO, M.D.C. (2007), (1ª ed. en la misma editorial, 2003), “*La responsabilidad penal del médico.....*”, *Op. Cit.* pags. 358-360.

<sup>561</sup> JORGE BARREIRO, A. *La imprudencia punible.....*, *Op Cit.*, pags. 64-69.

No obstante, la Medicina pertenece al ámbito de aquellas actividades peligrosas cuyo ejercicio se configura conforme al estándar técnico de la profesión, “*lex artis*”, y no por normas jurídicas<sup>562</sup>. Comprende multitud de casos y circunstancias, y se encuentra en una continua evolución, donde no es posible determinar legalmente, lo correcto para cada caso.

Por ello, el riesgo permitido en la actividad médica vendría dado por “*la lex artis ad hoc*”, que constituye una concreción individualizada, del estándar médico aplicable a un determinado tipo de situaciones, frente a las cuales es necesaria la intervención médica, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.<sup>563</sup>

En este sentido se ha pronunciado el TS<sup>564</sup> que señaló “(...) *la actuación de los médicos*” debe regirse “*por la denominada «lex artis ad hoc», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional*”.

No obstante, el Tribunal Supremo admite que apartándose del estándar médico medio reconocido por la comunidad científica para la realización de intervenciones de un determinado tipo, se basan en las circunstancias concretas del caso, si éstas aconsejan una intervención coherente y razonable ante un riesgo determinado, como consecuencia de la necesaria concreción de la “*lex artis*”.<sup>565</sup>

En estos supuestos, como señala ROMEO CASABONA<sup>566</sup> el cuidado debido, debe ser mayor cuando se aplique una técnica minoritaria, cuyo grado de eficacia es considerado inferior por el estándar médico para el tratamiento de la generalidad de los casos.

Por ello, el papel del consentimiento en relación a la relevancia jurídico-penal del tratamiento médico, pierde trascendencia bien como causa de justificación (en las lesiones), bien en relación con las causas de justificación genéricas de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, o de una profesión, oficio o cargo.

---

<sup>562</sup>JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Op Cit., p. 51, FEIJOO SÁNCHEZ, (2001) *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, p. 308. GÓMEZ RIVERO, “*La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*”, Op Cit, Valencia, pags. 329 y ss.

<sup>563</sup>FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Op...cit., pags. 309 ss. VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario: atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*. Thomson-Aranzadi. p. 97.

<sup>564</sup>En este sentido la STS (Sala de lo Civil) de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209)

<sup>565</sup>En este sentido STS 144/2008 (Sala de lo Civil) de 12 de febrero (RJ 2008\2925)

<sup>566</sup>ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., pags. 238 y ss.

Sin perjuicio, de que la actuación del profesional médico que actúa sin consentimiento del paciente, pueda dar origen, en su caso, a un delito contra la libertad personal y no contra la salud<sup>567</sup>.

## 2.2. Dogmática penal sobre el tratamiento médico curativo

Doctrinalmente podemos diferenciar las siguientes posiciones:

### 2.2.1. Posiciones Causalistas.

Partiendo de la distinción entre tratamiento médico con resultado exitoso y tratamiento médico con resultado negativo. El primero no cumplía el tipo de lesiones, pues el médico, no solo no produce un menoscabo en la salud del paciente, sino que le produce un beneficio, por lo que no existía afectación del bien jurídico salud. Por el contrario, en el tratamiento médico con resultado negativo sí se producía un menoscabo de la salud del paciente y, por lo tanto, se podía afirmar el tipo objetivo de las lesiones<sup>568</sup>.

Para la concepción causalista del delito, la exclusión del injusto en tratamientos médicos realizados correctamente, pero con resultado negativo, solamente podía producirse en el nivel de la antijuridicidad, la justificación de las lesiones producidas en el tratamiento médico se produciría mediante el juego de las causas de justificación general (el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de una profesión, el consentimiento o una combinación de ellas)<sup>569</sup>.

Para ANTON ONECA<sup>570</sup>, en el tratamiento médico no deben contemplarse como lesión las perturbaciones o alteraciones momentáneas de la salud, sí pueden enmarcarse en un proceso global que es practicado para la curación del paciente, ni los atentados a la integridad corporal que resulten instrumentales para los fines del tratamiento, es decir, para lograr la curación o beneficio en la salud del paciente.

Así mismo, para RODRÍGUEZ DEVESA<sup>571</sup> no concurre en el tratamiento médico de un atentado a la integridad corporal, en base a un entendimiento objetivo del bien jurídico salud, conforme al cual toda intervención realmente curativa excluye de

---

<sup>567</sup>JORGE BARREIRO, A. (1982) "La relevancia jurídico-penal del consentimiento.....", *Op. Cit.* pags. 5 y ss. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, *Op Cit.*, p. 402.

<sup>568</sup>MEZGER. (1935). *Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 2ª edición alemana (1933) y notas de Derecho español de RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, pags. 450 y ss*

<sup>569</sup>ROMEO CASABONA. *El médico y el Derecho penal.....*, *Op. Cit.*, pags. 96 y ss.

<sup>570</sup>ANTÓN ONECA. (1965), "Notas críticas al Código penal. Las lesiones", *Libro Homenaje al Padre Pereda. Universidad de Deusto, Bilbao, p. 791.*

<sup>571</sup>RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal. Parte General.....*, *Op. Cit.*, p. 495.

por sí el concepto de ‘lesión’, incluso cuando aquél no se ajusta a la *lex artis*, siempre y cuando se cause un resultado positivo para la salud.

En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS<sup>572</sup>, afirma que en el tratamiento médico, “tratándose de los curativos, la mutilación o lesión no merece siquiera tales nombres, pasando a constituir meras incidencias de las intervenciones clínicas, en que el mal momentáneamente ocasionado tiene por objeto evitar otro mayor, y aun la misma muerte”.

En la doctrina alemana se fundamenta la licitud del tratamiento médico, conforme al principio del interés preponderante, o del fin reconocido por el Estado<sup>573</sup>, o por conformidad con la norma de cultura.

En este sentido, para VON LISZT<sup>574</sup>, la justificación del tratamiento médico, tanto si tiene éxito como si fracasa, se deriva de su teoría del “*fin reconocido por el Estado*”. La licitud del tratamiento médico, no se deriva ni de un hipotético “*derecho profesional*” del médico, ni del Derecho consuetudinario, sino que al constituir un acto que persigue un fin curativo, se justifica por ser un medio apropiado para la consecución de un fin públicamente reconocido.

En la doctrina italiana, GRISPIGNI, considera la licitud del tratamiento médico no se deriva ni de elementos subjetivos, (falta de dolo por su finalidad curativa), ni del ejercicio profesional, (pues ello significaría otorgar al profesional un derecho a la lesión por el solo hecho de ostentar una determinada cualificación, no estando justificada la actividad curativa que no fuera realizada por médicos). Tampoco se derivaría la licitud del tratamiento médico por el fin reconocido por el Estado, ni del Derecho consuetudinario. El tratamiento médico constituiría un supuesto de licitud jurídico penal que derivaría de su propia naturaleza, y de la tendencia normalmente opuesta en todo tratamiento médico a la lesión del bien jurídico. En el tratamiento médico exitoso, faltaría para este autor el elemento objetivo de la lesión, pues el tratamiento no produciría un daño o menoscabo del bien jurídico protegido de los tipos de lesiones, sino un beneficio. Faltaría también el elemento subjetivo, en cuanto faltaría la voluntad de atentar a la salud y, por lo tanto, el dolo de lesionar. Pero también en el tratamiento médico fracasado, en el que se produce un resultado negativo para la salud, faltaría el elemento subjetivo, pues el contenido de la voluntad del médico no es una representación de lesión, sino de salvaguarda de la salud. El tratamiento médico constituye así uno de los supuestos, en opinión de este autor, de licitud jurídico-penal normal.

---

<sup>572</sup> QUINTANO RIPOLLÉS. (1962), *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal: Infracciones contra las personas* (Vol. 59). Editorial revista de Derecho privado, p. 676.

<sup>573</sup> VON LISZT, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Volumen II. Traducción de la 20ª edición alemana de JIMÉNEZ DE ASÚA, L.* (1999) Ed. REUS, 4ª ed., Madrid, pags. 361-362.

<sup>574</sup> *Ibidem.* pags. 361-362.

En la doctrina española, la posición tradicional considera las lesiones producidas en el tratamiento médico fracasado como lesiones típicas, y acoge la justificación por la vía del ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión, oficio o cargo<sup>575</sup>, o apelando directamente al consentimiento como causa de justificación, especialmente con anterioridad a la reforma de 1963.

En este último sentido, ANTÓN ONECA<sup>576</sup> y QUINTANO RIPOLLÉS<sup>577</sup> situaron el fundamento de las lesiones producidas en el tratamiento médico, incluido el fracasado, esencialmente en el consentimiento del paciente, al entender que una justificación basada en el solo ejercicio de la profesión médica podía conducir a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias, derivadas de la concesión al médico de un “derecho a la lesión o al tratamiento” prácticamente ilimitado.

Otros autores<sup>578</sup>, partiendo de la irrelevancia del consentimiento como causa de justificación en las lesiones, fundamentan las lesiones producidas en la actividad médica en el ejercicio legítimo de la profesión por parte del médico, quien actuaba además, con la finalidad de curar al paciente y conforme a las reglas técnicas de su profesión.

### 2.2.2. Posiciones finalistas

A partir de mediados del siglo XX, aparecen las posiciones basadas en la negación del desvalor de acción a priori, conforme a la concepción del delito aportada por el finalismo, abarcando desvalor de acción y desvalor de resultado. En este sentido, la aportación fundamental del sistema finalista reside en la consolidación de un marco teórico sólido para la superación de las posiciones causalistas, excluyendo el injusto de las lesiones producidas en el tratamiento médico fracasado, en el nivel de la tipicidad, siempre que el tratamiento se ejecutase correctamente, conforme a la “*lex artis*”. El traslado del dolo al tipo subjetivo y la reformulación de la imprudencia determina la atipicidad de la conducta para los tratamientos médicos fracasados al excluir el tipo subjetivo (por la finalidad curativa), en los supuestos de actuación dolosa y por la actuación conforme a la *lex artis*, que excluiría el deber objetivo de cuidado para los supuestos de actuación impudentes.<sup>579</sup>

Por tanto, la valoración jurídico-penal del tratamiento médico no puede depender únicamente del éxito o fracaso del tratamiento, sino que a priori es posible excluir la

---

<sup>575</sup>ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., p. 96.

<sup>576</sup>ANTÓN ONECA, (1949). *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, pags. 257-258.

<sup>577</sup>QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial.....*, Op. Cit., p. 670.

<sup>578</sup>SUÁREZ MONTES, (1959). *El consentimiento en las lesiones*. Pamplona: EUNSA (Ediciones Universidad de Navarra). COBO DEL ROSAL, M. “Revisión del problema del consentimiento...”, Op. Cit, pags. 263-267.

<sup>579</sup>BACIGALUPO ZAPATER, “Acerca de la responsabilidad del médico.....”, Op. Cit, pags. 667-669. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., pags. 115-117. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 129 ss.



imputación del resultado producido a la conducta del médico cuando éste ha observado las normas de cuidado prescritas por la “*lex artis*”, en cuyo caso, no es posible determinar un desvalor de acción que fundamente el posterior desvalor del resultado.

La concepción personal del injusto introducida por el finalismo imposibilitaba considerar un desvalor de resultado que no pudiera conectarse con un desvalor de acción. La negación del tipo subjetivo, en los delitos lesiones, era posible tanto para los tipos dolosos como para los imprudentes. En los delitos dolosos, la finalidad curativa era incompatible con el dolo de lesionar, desde el convencimiento de que el médico persigue producir un beneficio al paciente; y, por lo que se refiere a los delitos imprudentes, los requisitos propios del deber de cuidado, harían imposible la imputación de un eventual resultado lesivo al tratamiento médico curativo correctamente realizado, se habría respetado el deber de cuidado, por lo que faltaría el tipo subjetivo de la imprudencia y no sería posible vincular los resultados lesivos con la conducta ejecutada.

No obstante, estos argumentos presentan objeciones, así la pretendida incompatibilidad entre el dolo de lesionar y la finalidad curativa, no sería válida para supuestos en que el médico, actúa con el fin de salvar al paciente, pero con conciencia de una alta probabilidad (dolo de consecuencias necesarias) o conocimiento de un riesgo típico (dolo eventual) que puede derivarse de su intervención.

Además, la exclusión del tipo subjetivo plantea también problemas en relación con los delitos imprudentes, a la hora de precisar cómo debe configurarse el deber de cuidado o el riesgo permitido del tratamiento médico curativo. Y en todo caso, las propias nociones de éxito o fracaso en ocasiones, pueden venir definidas por las preferencias subjetivas del paciente, por lo que el consentimiento sería relevante.

Los defensores de la atipicidad del tratamiento médico curativo, equiparan la finalidad curativa con la ausencia de dolo, en tratamientos médicos arbitrarios, realizados correctamente.

### **2.2.3. Posiciones fundadas en el carácter socialmente valioso de la actividad médica.**

Entre sus partidarios encontramos a VON BAR, con su teoría de la regla de la vida, que considera que falta la relación causal entre la conducta del médico, que lleva a cabo de manera diligente una intervención médica y quirúrgica y el eventual resultado lesivo producido, siempre que su actuación no se aparta de la regularidad con la que cabe contar a priori, a la hora de valorar una intervención médica típica. La corrección de la intervención médica ha de entenderse referida al respeto de las reglas técnicas, de la *lex artis*.

SCHMIDT, dentro del concepto social de acción, considera la finalidad curativa, con tendencia objetiva a la curación, y ejecutado conforme a la *lex artis*, el fundamento de la irrelevancia penal del tratamiento médico curativo, dada la finalidad no de producir un daño a la salud, sino el de prevenirlo o curarlo.

En nuestra doctrina penal, partidarios de esta posición estaría entre otros autores ANTÓN ONECA y QUINTANO RIPOLLES, que basan la irrelevancia penal del tratamiento médico curativo correctamente realizado en la costumbre social.

Con el surgimiento y la evolución de la moderna teoría de la imputación objetiva, los criterios clásicos de determinación de la “*lex artis*” y del deber de cuidado, en la moderna dogmática se incluirían dentro de los criterios de determinación del carácter típico de la conducta, delimitando el ámbito de lo permitido en la actividad médica; actividad regidas fundamentalmente por instrumentos estandarizados de autorregulación que delimitan el ámbito de lo permitido en la actividad médica<sup>580</sup>.

Para la doctrina mayoritaria<sup>581</sup>, los eventuales resultados negativos para la salud, derivados de intervenciones médicas curativas, no darían lugar a tipos penales de lesiones, si el tratamiento médico fue realizado con finalidad curativa, estaba médicamente indicado y se ajustó en su ejecución a la “*lex artis*”.

ROMEO CASABONA,<sup>582</sup> en relación a los criterios que deben servir para determinar el deber de cuidado del médico, afirma, que el consentimiento, “*queda totalmente al margen de estas consideraciones, siendo su presencia o ausencia totalmente intrascendente para determinar en un tratamiento curativo la concurrencia o no del tipo de lesiones u homicidio [...]*”

#### **2.2.4. Posiciones ajenas al consentimiento.**

Estas posiciones formalmente independientes del consentimiento justifican la irrelevancia penal del tratamiento médico, en circunstancias ajenas al consentimiento, si bien a éste se le atribuye cierta importancia; bien como presupuesto independiente de aplicación, bien como requisito o elemento integrante de una causa de justificación general o específica.

Al considerar atípico el tratamiento médico, con finalidad curativa, objetivamente indicado y realizado conforme a la “*lex artis*”, la lesión del bien jurídico,

---

<sup>580</sup>FRISCH. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, p. 124 ss.

<sup>581</sup>ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., p. 152 ss., y pags. 270-276. JORGE BARREIRO, A. “*La relevancia jurídico-penal del .....*, Op. Cit., p. 12. El mismo, *La imprudencia punible en la actividad.....*, Op. Cit., p. 18; pags. 70 ss. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico.....*, Op. Cit., pags. 265 ss.

<sup>582</sup>ROMEO CASABONA. *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., pags. 164 ss., y pags. 273-276.

o no existe, o no puede ser objetivamente imputable a la conducta del médico y el consentimiento no resulta necesario, ni para determinar el resultado lesivo, ni para determinar la atipicidad de la conducta del médico a los efectos de los delitos de lesiones.

La irrelevancia del consentimiento se predica también respecto de la conducta del médico, pues en general el consentimiento no es tomado en cuenta para la determinación de algunos de los presupuestos del tratamiento médico como son el juicio de ponderación riesgo-beneficio, sobre el que se basa la indicación terapéutica y la determinación de la “*lex artis*”, que aparece definida como un conjunto de reglas técnicas destinadas a mejorar la salud del paciente, pero sin tener en cuenta consideraciones subjetivas sobre la preferencia de éste por uno u otro tratamiento.

Las teorías tradicionales, para las que el consentimiento constituía una causa de justificación del tratamiento médico (autónoma o como ejercicio legítimo de un derecho, o de una profesión, oficio o cargo)<sup>583</sup>, con la consideración del tratamiento médico como actividad socialmente adecuada, objetivamente no dirigida a la causación de una lesión, la relevancia del consentimiento del afectado en cuanto a la justificación de las lesiones pierde su importancia.

En este sentido, para COBO DEL ROSAL<sup>584</sup>, el consentimiento constituye un presupuesto de licitud de la actividad médica e integra la causa de justificación de la eximente del ejercicio legítimo de una profesión o de un derecho del artículo 20.7 del vigente Código Penal; por lo que, si bien el consentimiento no justifica por sí mismo, sí que constituye un presupuesto valorativo importante para la entrada en juego de aquella eximente.

Desde posiciones mixtas, ANTÓN ONECA<sup>585</sup> y por JUAN DEL ROSAL<sup>586</sup>, consideran que las lesiones producidas como consecuencia del tratamiento médico correctamente realizado se justifican por la combinación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de una profesión o de un derecho y por la causa suprallegal del consentimiento, junto con la adecuación social, entendida como causa de justificación de naturaleza consuetudinaria.

---

<sup>583</sup> COBO DEL ROSAL, M., (1964) “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal”, ADPCP, pags. 263-267, y RODRÍGUEZ DEVESA. (1995), *Derecho penal español (Parte Especial)*, Dykinson, Madrid, p. 126.

<sup>584</sup> *Ibidem*, COBO DEL ROSAL, M. “Revisión del problema del consentimiento.....”, *Op. Cit.*, pags. 263-267.

<sup>585</sup> ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General.....*, *Op. Cit*, p. 260.

<sup>586</sup> DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho Penal Español (Parte General).....*, *Op. Cit*, p. 849.

### 2.2.5. Posiciones vinculadas al consentimiento

Fundamentan la licitud jurídico-penal del tratamiento médico, en el consentimiento del paciente como manifestación de su autodeterminación, de su libertad personal; y en argumentos constitucionales vinculados a las ideas de Estado liberal o Estado de Derecho. Sitúan al consentimiento del paciente en el eje central de la licitud del tratamiento médico, a través de lo que instaura una auténtica reformulación del bien jurídico “*salud*”. En nuestro ordenamiento jurídico-penal no se ha reconocido eficacia justificante al consentimiento, pero si se considera que la libertad, o la autodeterminación, integran de algún modo el bien jurídico protegido del delito de lesiones, toda intervención médica aun indicada y realizada conforme a la reglas de la “*lex artis*”, considerada como una lesión, debe ser justificada por el consentimiento del paciente.

Dentro de estos planteamientos, podemos diferenciar tres posiciones teóricas distintos, (en función de la mayor o menor relevancia del consentimiento), que tienen en común una ‘*subjetivización*’ del bien jurídico protegido, en función de la consideración de la autonomía o autodeterminación personal.

Una primera posición teórica, dentro de las posiciones dependientes del consentimiento, encontramos la llamada “*teoría personal del bien jurídico*”, representada en Alemania, entre otros, por ROXIN; para quien los bienes jurídicos personales, en la medida en que sirven fundamentalmente para el desarrollo de la personalidad del individuo, deben interpretarse de acuerdo con su autonomía, de modo que la relación del sujeto con el sustrato material del bien jurídico, es esencial para otorgarle protección, y determinar su tipicidad.

En España, “*la teoría personal del bien jurídico*” ha sido acogida en un importante sector doctrinal<sup>587</sup>, que buscó apoyar la relevancia jurídico-penal del consentimiento, también en relación con los tratamientos médicos, en los derechos constitucionales a la libertad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Parte de una concepción personal del bien jurídico, considera el bien jurídico ‘*salud*’ como ‘*salud personal*’, en base a argumentos constitucionales, vinculan la protección penal de la salud con los derechos de libertad (art. 1 CE) y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.2 CE)<sup>588</sup>. Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, en el plano dogmático-penal se da una interpretación de los tipos distinta a la que

---

<sup>587</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. (1982). *El delito de lesiones Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha: Universidad de Salamanca. pags. 22 ss.; pags. 63 ss.; el mismo, (2001). “El consentimiento en las lesiones veinte años después. Homenaje al Doctor, Marino Barbero Santos. Vol. 2”, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha: Universidad de Salamanca, pags. 45-58.*

<sup>588</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *El delito de lesiones, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha: ...Op cit, pags. 22 ss.; pags. 63 ss.; el mismo, (2001). “El consentimiento en las lesiones veinte años después... Op Cit. págs. 45-58.*

se realizaba en el marco preconstitucional, partiendo de la interpretación de los principios constitucionales preferentes de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (1.1 CE) en relación con la libertad personal (art. 17 CE), la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Se obliga al intérprete a replantearse los problemas dogmáticos respetando los principios que informa el nuevo Estado social y democrático de Derecho. Principios que constituyen no solo límites externos a las posibilidades de definir tipos penales, sino que imponen interpretaciones acordes con dichos principios con el fin de satisfacer mejor la realización de los valores constitucionales a cuya protección sirve el Derecho penal.<sup>589</sup> La Constitución de 1978 supone un replanteamiento de los bienes jurídicos acorde con los principios que rigen el Estado social y democrático de Derecho<sup>590</sup>.

En este contexto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE lleva a cabo una reformulación del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, considerando que el delito de lesiones no protege la integridad física por sí misma, en cuanto bien jurídico autónomo, ni constituye un delito pluriofensivo destinado a proteger tanto ésta como la salud, entendidos dichos conceptos de manera autónoma e independiente. El bien jurídico protegido en el delito de lesiones derivaría de los presupuestos axiológicos del Estado social y democrático de Derecho, y sobre todo de la finalidad a la que debe servir la protección de la integridad física (art. 15 CE) y de la salud (art. 43 CE), en una sociedad libre y democrática, es decir, al libre desarrollo de la personalidad a que alude el artículo 10 CE.

Partiendo de dicho planteamiento, valorativo-constitucional, BERDUGO desarrolla un concepto de '*salud personal*', vinculado a la concepción amplia y moderna de la Organización Mundial de la Salud, y que incluye dentro del concepto salud la física, la mental y la social, así como el bienestar personal<sup>591</sup>.

Considera que el Estado Social y democrático de Derecho, posibilita además una concreta relación de participación del individuo en el sistema social. La referencia a dicha participación, a pesar de tratarse la salud de un bien personalísimo, para BERDUGO se justifica porque el Derecho Penal tiene que garantizar la vida en comunidad garantizando el funcionamiento y evolución de un determinado sistema social, por ello el concepto de bien jurídico tiene que ir referido necesariamente a la realidad social y es compatible con la aceptación de la base liberal de la idea de bien jurídico y de participación del individuo dentro del sistema<sup>592</sup>.

Conforme a esta definición de bien jurídico, BERDUGO sostiene que la incolumidad de la salud personal condiciona la participación del individuo en el sistema social, pero no debe determinar la diferenciación en el plano dogmático de un

---

<sup>589</sup>*Ibidem*, pags. 63 y ss.

<sup>590</sup>*Ibidem*, pags. 63-70, y p. 73.

<sup>591</sup>*Ibidem*, p. 22, y nota 25.

<sup>592</sup>*Ibidem* p.22.

pretendido sustrato material de la salud y un derecho a disponer de ella, que conllevarían la validez justificante del consentimiento en los casos en los que el valor de la facultad de disposición preponderase, según las valoraciones sociales, sobre el desvalor de la lesión del sustrato material de la salud.

Por ello, BERDUGO considera que en un Estado social y democrático de Derecho liberal, donde prima la consideración del individuo y sus derechos sobre los de la comunidad, la única solución constitucionalmente legítima es la de afirmar la relevancia del consentimiento cuando éste es otorgado eficazmente. Y ello, en el plano dogmático, implica la necesidad de que libertad de disposición y objeto de disposición deben recibir una consideración indisoluble, integrando de modo unitario el concepto de *'salud personal'* como bien jurídico protegido en los delitos de lesiones.

Frente al sector doctrinal mayoritario, que distingue entre sustrato material de la salud y libertad de disposición de la misma, este autor afirma que *"el presupuesto de participación en el sistema (que es la salud personal) está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud y el sustrato material de la misma"*<sup>593</sup>.

Por ello, que el bien jurídico salud pueda ser protegido independientemente de la facultad de disposición de su titular supone, para este autor, su protección en atención a intereses comunitarios, lo que a su parecer sería contrario con los presupuestos axiológico-normativos de nuestro Estado constitucional, que prima la libertad individual por encima de consideraciones comunitarias<sup>594</sup>.

Las principales críticas al planteamiento de BERDUGO, se basan en considerar que su interpretación no se desprende del texto constitucional, pues aceptando que primen los intereses individuales frente a los sociales, ello no supone que aquéllos se limiten siempre en atención a estos, cuando poseen también relevancia constitucional. De hecho la configuración de nuestro Estado como Estado social permite matizar los componentes liberales del mismo y, la protección de la libertad frente a la de la vida y la salud, en cuanto también estos bienes son presupuestos de la participación del individuo en el sistema social<sup>595</sup>.

Además, nuestra Constitución no establece un pronunciamiento claro acerca de la disponibilidad de la vida o de la salud, ni tampoco la jurisprudencia constitucional ha

---

<sup>593</sup> *Ibidem*, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesione...*, *Op. Cit.* pags. 70-72, y notas 49 y 50. *Ídem.*, *"El consentimiento en las lesiones..."* *Op. Cit.*, pags. 45-58.

<sup>594</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>595</sup> CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español.....*, *Op. Cit.*, pags. 333 ss., ROMEO CASABONA. (1983) *El consentimiento en las lesiones en el proyecto de Código Penal de 1980*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, p. 284, y JORGE BARREIRO, A. *"La relevancia jurídico-penal del consentimiento....."*, *Op. Cit.*, pags. 12-13.

resuelto dicha cuestión<sup>596</sup>, quedando diferida la determinación del ámbito de su eficacia a la legislación ordinaria, en concreto en los artículos 155 y 156<sup>597</sup>.

La construcción dogmática del bien jurídico '*salud personal*', del delito de lesiones ha sido reformulado en el nuevo marco normativo constitucional, los principios de libertad personal y dignidad de la persona, vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales, abre una vía que no pueden ser desconocidas por la dogmática penal, en instituciones como la adecuación social de determinadas conductas o en su caso, como las causas de justificación supralegales fundados en dichos principios y valores constitucionales.

No obstante, compartiendo en principio la concepción de Estado de Derecho basado en un modelo liberal, que prima esencialmente la libertad del individuo frente a los intereses comunitarios, no debemos olvidar que es, solo, una de las construcciones posibles, pero no se desprende necesariamente de ella<sup>598</sup>. Ya que nuestra Constitución, engloba principios en ocasiones de distinto signo (libertad-igualdad, justicia-eficacia) dejando al legislador ordinario un margen moderado para su realización, de acuerdo con las preferencias democráticas legítimas de cada momento. Por ello, el legislador penal tiene margen para realizar las exigencias constitucionales y puede modular el contenido de los derechos de libertad de acuerdo con exigencias de protección de otros intereses, más colectivos o comunitarios, que también encuentran reconocimiento constitucional. Aun considerando que la libertad, como regla general, tenga un valor preferente a otros bienes jurídicos, ello no implica que siempre deba prevalecer frente a otros bienes personales (como la vida o la integridad personal, o la salud), sino que habrá que atender al supuesto concreto de conflicto entre bienes que tienen, cada uno de ellos, una relevancia constitucional propia, pudiendo la libertad ceder ante intereses comunitarios, si esta conclusión puede justificarse en la protección de intereses constitucionalmente protegidos<sup>599</sup>. Lo que sí impide la Constitución es un modelo que subordine esencialmente la libertad individual a los intereses de la comunidad, pero no impide ni un modelo puramente liberal, ni un modelo social-liberal<sup>600</sup>.

Además, la concepción de BERDUGO, de reconocimiento de la libertad de disposición de la salud en principio solamente limitado por la garantía de la efectividad del acto de disposición, encuentra un límite implícito en el respeto a la dignidad humana.

---

<sup>596</sup>En este sentido la STC 120/1990.

<sup>597</sup>DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN. (1997), *et alii*, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 559.

<sup>598</sup>JORGE BARREIRO, A. "La relevancia jurídico-penal del consentimiento.....", *Op. Cit.*, pags. 12-13.

<sup>599</sup>CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español.....*, *Op. Cit.*, p. 334; ROMEO CASABONA, *El consentimiento en las lesiones en el proyecto.....*, *Op. Cit.*, p. 284; JORGE BARREIRO, A. "La relevancia jurídico-penal del consentimiento.....", *Op. Cit.*, pags. 12-13.

<sup>600</sup>DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN *et alii*....., *Op. Cit.*, p. 563.

La de dignidad humana tiene sin duda un componente de libertad, en el sentido que es inherente el respeto del individuo a comportarse como un ser libre; para programar y decidir autónomamente planes de vida y para actuar conforme a sus decisiones<sup>601</sup>. Pero, también un componente que tiene que ver con el respeto a determinados bienes del individuo, que se considera que tienen un valor por sí mismos en la medida en que son manifestación del respeto o de la consideración que se le debe a la persona, como unidad psicofísica inescindible, y que se identifica especialmente con el respeto a la integridad corporal, sustrato material de la dignidad humana. Sustrato material que constituye asimismo la base para el desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10 CE.

La segunda posición teoría, representada en la doctrina alemana entre otros por SCHMIDHÄUSER, partiendo de planteamientos teórico-políticos de base liberal, consideran el respeto a la autonomía individual como criterio rector de la actividad médica, lo que dogmáticamente supone una configuración del bien jurídico “salud” en los delitos de lesiones, conformado por la integridad corporal, la salud y el derecho de autodeterminación, pero con primacía de este último aspecto, por ello, en el tratamiento médico, la falta de respeto al consentimiento del paciente convierte en típica toda intervención del médico en la integridad de éste.

El presupuesto del consentimiento descansa para este autor, en la autonomía del individuo. Por lo que si el individuo es realmente autónomo, la única protección penal que puede importar al Derecho es la realmente querida por el sujeto, por ello la lesión de un tercero de bienes jurídicos privados y disponibles por su titular no quebrantaría ningún tipo penal, al haber dispuesto el titular de estos bienes con su consentimiento.

Frente a dicha concepción se ha argumentado, que los tipos de lesiones se transforman en tipos ‘puros’ contra la libertad, y los conceptos de salud y de integridad corporal se diluyen. La salud se subjetiviza y acaba disolviéndose en la libertad de autodeterminación del sujeto perdiendo la importancia objetiva para el Derecho penal.

Dentro de este segundo enfoque teórico encontramos a ESER, quien formula la denominada “*teoría modificada de los intereses corporales*”. Esta teoría, reconoce un papel esencial al consentimiento para la relevancia jurídico-penal del tratamiento médico, al considerar como bien jurídico protegido en los tipos de lesiones la integridad corporal y no la salud. La solución de ESER al problema de la calificación del tratamiento médico arbitrario se sitúa en una vía intermedia entre las posiciones que consideran la autodeterminación como parte del bien jurídico protegido y aquellas que defienden que el único bien jurídico protegido es la salud, definida además objetivamente. Para este autor, el derecho de autodeterminación como bien jurídico protegido en los delitos de lesiones conduciría a su confusión con los delitos contra la

---

<sup>601</sup>NINO, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, pags. 267-298.



libertad personal, cuando los tipos de lesiones protegen intereses corporales existentes con independencia de la voluntad de su titular, sin perjuicio de que la voluntad del titular deba ser tenida en consideración. Por ello, para este autor es parte de la integridad personal la autodeterminación, por lo que existiría una lesión real en los casos que, aun practicándose una intervención médica indicada y de acuerdo a la “lex artis”, se produce una pérdida esencial de la sustancia corporal (amputaciones, pérdida o inutilidad de miembros corporales) o una alteración sustancial de las funciones del organismo no queridos por el paciente.

A una posición parecida parece llegar HARDWIG, quien llega a la conclusión, de que las intervenciones médicas que supongan un empeoramiento inmediato de la salud, o una disminución sustancial del sustrato corporal, de manera que se altere el funcionamiento biopsicológico del organismo del paciente respecto del estado en el que éste se encontrara antes de la intervención médica curativa, son susceptibles de ser subsumidas bajo los tipos de los delitos de lesiones de los artículos 223 y 224 del Código penal alemán. La posición de HARDWIG presenta la ventaja de centrar el problema de la relevancia jurídico-penal de las intervenciones curativas en la afectación real de la salud del paciente, y no en el carácter curativo ideal inherente a toda intervención curativa, pero, presenta el problema de no aclarar qué intervenciones deben ser consideradas esenciales, ni que valor puede tener el consentimiento. Además no daría una solución a los supuestos de intervenciones practicadas con el fin de salvar la vida del paciente, en casos en los que dicha salvación supone un aumento del sufrimiento del paciente, “encarnizamiento terapéutico”, ni tampoco el problema de los llamados “casos difíciles”, en los que los riesgos de la intervención pueden ser tan altos como para cuestionar la oportunidad de su realización, pese a ser la única oportunidad de preservar la vida del paciente. Para dicho autor, la consideración de la salud como estado concreto del paciente, esclarece la naturaleza del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, estableciendo la necesidad de incorporar a la configuración del bien jurídico elementos referidos a la voluntad o la representación del paciente sobre su propia salud, sin renunciar por ello a ver en ésta algo objetivo, determinado por los cánones de la ciencia médica.

En nuestra doctrina penal, en esta línea dogmática se sitúa BAJO FERNÁNDEZ quien, sostiene la concurrencia de un resultado típico con independencia o no del consentimiento, y del éxito o del fracaso del tratamiento desde el punto de vista terapéutico, cuando de la intervención médica o quirúrgica se deriva una lesión irreparable, como en los casos de amputaciones. Y ello sin perjuicio de que dicha conducta podría ser justificada, en su caso, si concurre el consentimiento del paciente y la intervención se ajusta a la “lex artis”.<sup>602</sup>

---

<sup>602</sup>BAJO FERNANDEZ. (1989), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pags. 153-167.

La tercera posición jurídica, próxima a los postulados de “*la teoría personal del bien jurídico*”, serían las posturas ‘*eclécticas*’.

JAKOBS<sup>603</sup>, desde esta perspectiva, considera la necesidad de una configuración más subjetiva de la salud, de acuerdo con las preferencias, planes y estilo de vida del paciente, y el papel que desempeñan estas preferencias en el denominado “*juicio de indicación*” o de idoneidad terapéutica, sobre todo en relación con los llamados “casos difíciles”.

Para JAKOBS, la salud como bien jurídico protegido en los delitos de lesiones no tendría un sentido unívoco, sino que cumpliría distintas funciones de acuerdo con criterios valorativos diferentes. Determinados bienes jurídicos personales presentan una configuración compleja, forman parte de esta categoría bienes jurídicos como el patrimonio, así como bienes intangibles como la libertad, el derecho a la propia imagen, el honor o la libertad de autodeterminación sexual. En estos bienes jurídicos, señala JAKOBS, la relación de su titular con el bien jurídico protegido resulta fundamental para configurar el contenido mismo de éste, de suerte que éste ya no admite para el ordenamiento una protección puramente objetiva, sino que el ordenamiento tiene que tener en cuenta las preferencias valorativas del titular del bien jurídico para delimitar correctamente los perfiles del bien jurídico.

Se trata de reconocer la existencia de una dimensión subjetiva o relacional en determinados bienes jurídicos personales, que forma parte de su propia configuración. Para dicho autor, presentarían dos niveles, un primer nivel, que denomina base del desarrollo de la libertad, en el caso de la salud, vendría dado por el límite máximo de afectación de la sustancia corporal o del funcionamiento psicobiológico del organismo que puede ser tolerado por el individuo sin comprometer su libertad futura.

El segundo nivel, representado por el componente relacional, viene dado por la posibilidad, reconocida por el Derecho, de utilización y valoración subjetiva del bien jurídico personal, en este caso de la salud, que puede adquirir para el individuo un relativo “*valor de uso o de cambio*”.

En nuestra doctrina penal PEÑARANDA<sup>604</sup>, en la misma línea ha reclamado la necesidad de tener en cuenta las preferencias subjetivas del titular del bien jurídico sobre su propia salud.

---

<sup>603</sup>JAKOBS, JAKOBS, Günther. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid.*

<sup>604</sup>PEÑARANDA. (2003), “*Lesiones (I). El consentimiento en las lesiones*”, en AA VV (MIGUEL BAJO, dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pags. 367-369.*

A esta nueva concepción ha contribuido por una parte, el contexto de un sistema social que valora de una manera especial la libertad de autodeterminación del individuo y el cambio de modelo de relación médico-paciente que da primacía dada, a la autonomía del paciente como criterio rector de la actividad médica, en el marco del actual debate multidisciplinar sobre los principios de la bioética.

Por ello, intentar justificar por el carácter valioso socialmente de la actividad médica, que el juicio de indicación se realice a priori de manera exclusivamente objetiva (en base al criterio médico) no es posible. Debe procederse a la determinación individualizada del acto terapéutico, de acuerdo con las preferencias del paciente, para garantizar el derecho a la libertad de autodeterminación del titular del bien jurídico a la salud, en tanto no se apruebe un tipo que incrimine la conducta de tratamiento médico arbitrario.

En nuestra opinión esta posición doctrinal sería la más acertada, dado que, las concepciones objetivistas parten de dos premisas discutibles.

Por un lado, configuran la salud como bien jurídico exclusivamente basado en parámetros objetivos, ajena a la voluntad de su titular. Y por otro, el consentimiento es irrelevante en relación con los elementos que configuran la definición de tratamiento médico curativo, cuya justificación y licitud obedece a su carácter socialmente valioso para la preservación de los bienes jurídicos de la vida y de la salud.

Por ello, la consideración del consentimiento como elemento integrante de a la “*lex artis*”, al mismo nivel que las reglas técnicas, puede integrar, en el concepto de tratamiento médico, una exigencia cuya ausencia podría determinar la ilicitud de la actividad médica, aun cuando constituya una actividad positivamente valorada por el ordenamiento.

Respecto a la consideración de la salud desde el punto de vista exclusivamente objetivo, pese a la aparente seguridad jurídica que pudiera conllevar, cada vez es menos defendible, no solo desde el punto de vista técnico, dado la multitud de orientaciones científicas y posibilidades de tratamiento que existen, sino por la propia concepción social, que determina cada vez más, la inclusión de elementos subjetivos vinculados a los valores que para el propio desarrollo de la personalidad escoge libremente cada individuo. Si bien la salud depende en buena medida de criterios objetivos, comúnmente aceptados, no es menos cierto, que las preferencias individuales de cada sujeto pueden influir en la valoración de lo que se considera patológico, determinando un concepto de subjetivo de salud de cada individuo, de manera que el menoscabo a la salud se produzca cuando el médico no respeta la voluntad del paciente.

Por su parte, las concepciones subjetivas de la salud se han basado en dos argumentos básicamente. Por un lado, se ha reformulado el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, hacia una concepción personalista de la salud, entendida como ‘salud

personal', integrando en el bien jurídico, la libertad de disposición del titular. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto la dificultad de formular un concepto objetivo de salud, como consecuencia de la necesidad de tener en cuenta las circunstancias personales del paciente, que requerirían una valoración subjetiva (sobre todo en los casos en los que el riesgo elevado de la intervención, que requeriría tener en cuenta una apreciación subjetiva de los intereses del paciente).

En muchos casos, la dificultad de establecer una relación adecuada entre el riesgo de la intervención y los daños evitables, cuando el riesgo de la intervención es de tal magnitud que ya no cabe una valoración objetiva, determinara que no sea posible deducir una respuesta válida basada exclusivamente en criterios objetivos<sup>605</sup>.

Por ello, consideramos que en estas posiciones subjetivas existe el riesgo de llegar a una concepción subjetiva de la lesión de la salud, que desdibuje los contornos entre ésta y la libertad de disposición del titular, reconduciendo el bien jurídico protegido en el delito de lesiones al señorío autónomo sobre la integridad física por su titular, en la línea de los defensores de la concepción personalista del bien jurídico.

Por tanto, entendemos, que el bien jurídico salud tiene un elemento subjetivo, que se refiere a la relación del sujeto con su estado de salud, y concibe la salud como medio para el libre desarrollo de la personalidad (disponible) y otro objetivo, concerniente al sustrato material de la salud (la integridad personal o el normal funcionamiento del organismo).

Solo desde una comprensión unitaria de los dos elementos, el objetivo o material y el subjetivo, y de la relación entre ambos, puede darse una respuesta adecuada a la cuestión de la relevancia del consentimiento, al tratamiento médico<sup>606</sup>.

### **2.3. La dignidad humana como limite a la libertad personal.**

La relevancia del consentimiento en las lesiones está estrechamente relacionada con el modelo político social que se acoja, en función de los principios constitucionales y del modelo jurídico-político establecido por la Constitución<sup>607</sup>.

Como ya se ha analizado, para un sector de nuestra doctrina penal<sup>608</sup>, nuestra Constitución, a tenor de los artículos 1.1. y 10 de la CE, que consagran la libertad como 'valor superior del ordenamiento jurídico' (art. 1.1 CE), y el derecho al libre desarrollo

---

<sup>605</sup> MAIWALD. (1995), "El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes", en AA VV, *Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio Hispano-Aleman de Derecho Penal)* ESER/GIMBERNAT/PERRON (ed.). Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, p. 133.

<sup>606</sup> *Ibidem*. p. 133.

<sup>607</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones.....*, Op. Cit., págs. 1-41; págs. 70-74.

<sup>608</sup> *Ibidem*, págs 63 y ss.

de la personalidad (art. 10 CE) respectivamente, reconoce la eficacia plena del consentimiento en los delitos de lesiones, y fija una serie de requisitos con la finalidad de garantizar la efectividad de aquél.

No obstante, nuestra Constitución no establece un modelo cerrado en el que prevalezcan de forma absoluta la libertad, pues esta coexiste con preceptos constitucionales que constituyen límites a la libertad. Los principios que inspiran el modelo de Estado según el texto constitucional tienen carácter abierto, capaz de entrar en colisión con otros principios igualmente válidos, por lo que su prevalencia debe ser objeto de un juicio de ponderación en cada caso concreto<sup>609</sup>.

Incluso los modernos Estados liberales, aun reconociendo primacía del interés individual sobre el social abandonan la protección de intereses comunitarios, toda vez que el principio fundamental de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, como “*fundamento del orden político y de la paz social*” (art. 10 CE), debe conjugarse con el carácter público del Derecho Penal y su función de conformación y mantenimiento de los valores fundamentales de la comunidad.

Por tanto, deberá en principio concederse eficacia a la manifestación libre del consentimiento de un sujeto responsable que consiente en la lesión de sus bienes jurídicos, salvo cuando el significado social del bien jurídico afectado sea de superior valor para la sociedad que la facultad de disposición sobre el bien jurídico.

En este sentido, MANTOVANI, señaló que los Estados, en su función mediadora entre lo individual y lo social, no pueden admitir, si negarse a sí mismos, las pretensiones individualistas más exacerbadas, entre las que se encontraría la supresión de la intangibilidad de la vida humana, incluso los Estados más liberales, buscan un equilibrio entre los valores de libertad y los intereses comunitarios, conforme al cual los bienes jurídicos individuales pueden adquirir un aspecto más o menos objetivo.

Así, considera este autor, que en los actos positivos de intervención sobre el propio cuerpo como el suicidio, la automutilación o en el homicidio o mutilación consentidos, las exigencias de la indisponibilidad prevalecen sobre el principio de libertad, cuando se trate de actos de supresión de la vida o que ocasionen un menoscabo irreversible de la salud del sujeto, impidiendo así la función de la salud para la expresión de la personalidad y para el ejercicio de los deberes constitucionales, prevaleciendo el principio de libertad en relación con los actos que no alcancen tales extremos.

---

<sup>609</sup>JORGE BARREIRO, A. “*La relevancia jurídico-penal.....*”, *Op. Cit.*, pags. 12-13. De esta opinión también DIÉZ RIPOLLÉS, Vid. comentario a los artículos 155 y 156, en DIÉZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN et alii, *Comentarios al Código Penal.....*, *Op. Cit.* p. 559 y p. 562.

En la doctrina penal moderna, se reflexiona que el desvalor típico se encuentra en función, junto al resultado, de la relación que se establezca entre el sujeto activo del delito y el bien jurídico, y del modo concreto en que éste es atacado.

De acuerdo con los presupuestos de su teoría funcional del delito, JAKOBS advierte la importancia de examinar el problema del fundamento del consentimiento justificante en relación con el sentido social de la acción. Así desde un replanteamiento en clave normativa de la tesis del interés preponderante, considera como fundamento de la justificación la existencia de “buenos motivos para efectuar una acción en sí prohibida”.

En el ámbito de las lesiones, la justificación se producirá cuando la autodeterminación proporciona al que consiente un motivo razonable para actuar. En los supuestos de lesiones consentidas, llevadas a cabo por un tercero, la relación entre el autor de la lesión y el bien jurídico es desaprobada por el ordenamiento por ser contraria a las valoraciones que conforman la identidad social. A diferencia de lo que ocurre en la lesión de uno mismo, en la que sólo indirectamente puede surgir una relación social por sus consecuencias, “la lesión a otro es siempre, genuinamente, relación social; por eso, puede perturbar las expectativas generales referidas al contenido de tales relaciones si el lesionado en concreto se aparta del estándar general y consiente”<sup>610</sup>.

En nuestra opinión, la valoración social del sentido de la acción lesiva resulta determinante para hacer decantar el resultado de la ponderación entre la libertad de disposición y el bien jurídico. Pero igualmente, el fundamento axiológico de esta diferenciación entre la lesión propia y ajena en la valoración del ordenamiento podría encontrarse en una ponderación de valores entre la autonomía del sujeto y el contenido material de los bienes jurídicos individuales, con valor para el ordenamiento con independencia de la voluntad de su titular como ha señalado algún autor<sup>611</sup>.

Por ello entiendo que las limitaciones a la eficacia del consentimiento deben estar en función, del valor social de los bienes jurídicos individuales sobre cuya lesión se consiente, y del desvalor de la conducta lesiva.

En mi opinión, la vigente regulación del consentimiento en las lesiones en el Código Penal, es cuestionable político-criminalmente. No obstante, supone el reconocimiento de una cierta capacidad de disposición del bien jurídico salud, como refleja la atenuación obligatoria en uno o dos grados de las lesiones consentidas, lo que puede ser el inicio para una regulación del consentimiento que concilie el derecho a la

---

<sup>610</sup>JAKOBS, (1997). *Derecho Penal.....*, Op. Cit.

<sup>611</sup>DÍEZ RIPOLLÉS. *comentario al artículo 155, en DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN et alii.....*, Op. Cit., p. 564.

disposición del bien jurídico, con los intereses comunitarios provenientes del valor del bien jurídico para la comunidad.

Además, el legislador ha puesto de manifiesto el carácter pluridimensional del bien jurídico salud, constituido por un sustrato material, compuesto por la sustancia corporal o por el normal funcionamiento de las funciones psicobiológicas del organismo; junto al aspecto más subjetivo, que tiene que ver con la relación entre el titular del bien jurídico y el sustrato material de éste.

La salud es un bien jurídico de carácter individual que se protege por el ordenamiento en la medida en que tiene un valor para su titular y posibilita el desarrollo de su autonomía, es por tanto una condición para la participación del individuo en el sistema social<sup>612</sup>. Por ello el aspecto subjetivo, que se refiere a la relación del titular del bien jurídico con su salud, forma parte también del bien jurídico, pues condiciona la valoración que el mismo merece para el sujeto y para el ordenamiento jurídico. La libertad de disposición del bien jurídico integraría también el propio bien jurídico salud.

Un sector doctrinal<sup>613</sup>, ha defendido la necesidad de otorgar al consentimiento en las lesiones plena eficacia, con el único establecimiento de límites que operarían como garantía de la libertad de su prestación. En este sentido, un Estado liberal, que reconociera la libertad de disposición de la salud como derecho del individuo, únicamente sería legítimo el sometimiento de la prestación del consentimiento a un régimen específico, en garantía de la efectividad de dicha prestación. Sostiene BERDUGO que *“la esencia del bien jurídico salud, en el marco de los modelos de Estado de nuestro entorno cultural, es la posibilidad de disposición del mismo”*<sup>614</sup>.

En mi opinión, la imposición de límites legítimos a la eficacia del consentimiento no debería agotarse en la garantía del libre ejercicio de este. Ya que en ocasiones el definitivo menoscabo del soporte material de la salud, podría imposibilitar al sujeto el desarrollo de su personalidad para el futuro. Considero que es éste un factor importante que debe ser tomado en consideración para resolver el problema de la eficacia del consentimiento en las lesiones.

En este sentido, los argumentos relativos a la dignidad personal han sido utilizados por un cierto sector doctrinal<sup>615</sup>, para fundamentar la inclusión de la libertad de disposición de la salud en el propio bien jurídico. Así, se ha sostenido que el bien jurídico salud personal debe interpretarse a la luz de la dignidad de la persona, una de cuyas manifestaciones es el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a su libertad

---

<sup>612</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *El delito de lesiones.....*, Op. Cit., págs. 72-73.

<sup>613</sup>Ibidem., págs. 72-73.

<sup>614</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones.....*, Op cit., págs. 45-58.

<sup>615</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones, Op cit., p. 73.* GARCÍA VITORIA. (1987), *“Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”*, en homenaje al Profesor Sainz Cantero, RFDUG 12, págs. 94 ss.

de obrar y a su ámbito de autonomía. El bien jurídico en los delitos de lesiones aparece así constituido por el sustrato material de la salud y por la libertad de disposición.

En mi opinión, el consentimiento debe ser eficaz como causa de justificación con carácter general, salvo en los casos en los que se afecte de modo notable a la autonomía o a la dignidad de la persona.

En relación con la autonomía, en un Estado social, que proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es posible legitimar un cierto grado de proteccionismo con la finalidad de preservar la autonomía de un sujeto para el futuro, incluso frente a decisiones frente a sí mismo. La prohibición moral del pacto de esclavitud perpetuo constituye un buen ejemplo de ello. La opción por la protección de libertad futura frente a la libertad presente constituye un tema recurrente y discutible de la filosofía.

En mi opinión, la consideración del aspecto de la dignidad que se refiere al respeto de la integridad corporal ajena como un intangible, es decisiva para la correcta regulación de las relaciones sociales, de acuerdo con los valores de nuestra comunidad. Y la lesión a la dignidad se produce cuando las lesiones presentan un carácter irreversible, toda vez que atacan de modo permanente el sustrato corporal de la persona.

Por lo expuesto podemos concluir que:

En las lesiones, el consentimiento debe operar en general como causa de justificación, como expresión del derecho de autodeterminación del individuo. El consentimiento a priori debe ser eficaz, pues el valor de la libertad de disposición del sujeto es en un Estado liberal superior al desvalor de la lesión del bien jurídico. No obstante, en los supuestos de mayor gravedad la eficacia del consentimiento debería condicionarse al cumplimiento de determinados requisitos, en garantía de la efectiva libertad de su prestación. Careciendo de eficacia en los casos en los que se produce un grave atentado a la dignidad humana, pues la libertad de disposición no podría justificar el desvalor de la conducta lesiva, conforme a los valores sociales fundamentales.

## **2.4. Relevancia jurídico-penal del Consentimiento informado**

### **2.4.1. Introducción**

En los últimos tiempos, la importancia de la autonomía como principio rector de la actividad humana en general y en la medicina en particular, ha supuesto un cambio en la relación médico paciente, que ha primado el derecho del paciente a decidir en el ámbito de su propia salud. El consentimiento informado del paciente es hoy reconocido, como uno de los principios legitimadores de la actividad médica<sup>616</sup>.

---

<sup>616</sup>ALONSO OLEA, M., "El consentimiento informado en medicina.....", *Op. Cit.* pags. 7-25



En la evolución del actual Derecho penal, la relevancia del consentimiento ha venido condicionada en gran medida por dos grandes cuestiones. En primer lugar, el modelo jurídico dominante y la disponibilidad o no del bien jurídico protegido por su titular.

Respecto del modelo jurídico dominante, en los regímenes de corte continental, en los que tradicionalmente se ha distinguido entre Derecho público y Derecho privado, se ha negado relevancia al consentimiento en el Derecho Penal, toda vez que este pretende la defensa de intereses comunitarios, con independencia de la voluntad de su titular. Por contra, en los sistemas de corte anglosajón, en los que se da una mayor conexión entre el Derecho público y el privado, la relevancia del consentimiento en el Derecho penal ha tenido cierta relevancia, y aunque se ha negado tradicionalmente relevancia para justificar lesiones de bienes jurídicos personales, si la ha tenido en cuestiones relativas a la persecución del delito y al perdón del ofendido.

El problema de fondo que subyace en la atribución de poder justificante o excluyente de la tipicidad, se refiere a la disponibilidad o indisponibilidad del titular de los bienes jurídicos atacados por una acción lesiva, que aquél consiente o incluso solicita.

El consentimiento, que tuvo en la antigüedad bastante relevancia en el Derecho penal, de acuerdo con el clásico aforismo “volenti non fit iniuria”. A raíz de la Revolución francesa, del surgimiento del moderno Estado liberal, se incluyó al Derecho penal en el ámbito del Derecho público, con la consiguiente irrelevancia del consentimiento y de sus efectos justificantes, dado que el Derecho penal, como Derecho público, debía preservar bienes e intereses jurídicos que tenían valor para la comunidad, con independencia de la voluntad de su titular.

La incidencia del consentimiento en la actuación médica curativa, dependerá del bien jurídico protegido, su carácter individual o supraindividual (colectivo), su disponibilidad y los delitos en que pueden incidir. En los delitos contra la colectividad, (puesto que protegen bienes independientes de la voluntad del individuo), aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta, la conformidad del afectado no eximirá de responsabilidad. Por el contrario en delitos contra intereses particulares en principio el consentimiento desplegaría su eficacia. Es evidente cuando el interés protegido es privado y renunciable, pero en algunos delitos es discutible que el interés protegido sea exclusivamente privado y renunciable<sup>617</sup>.

Como norma general los actos médicos realizados por un profesional sanitario sin consentimiento válidamente prestado por el paciente según la doctrina mayoritaria<sup>618</sup> se rige por los siguientes presupuestos: El delito de lesiones en sus variantes típicas, no

---

<sup>617</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*.....Op. Cit. p.526

<sup>618</sup>RODRÍGUEZ DEVESA. (1994), *Derecho penal. Parte General*, 17ª ed. Dykinson, Madrid. p. 495.

comprendería actos médicos curativos; los realizados con éxito, por ausencia del elemento objetivo del tipo al no existir afectación del bien jurídico protegido (la salud) y en el caso de tratamientos curativos sin éxito, por ausencia de elemento subjetivo del tipo.<sup>619</sup>

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia reciente han empezado a cuestionar dichos presupuestos, y ello al considerar que aunque la ausencia del consentimiento informado como requisito de legitimidad de la intervención médica desde el punto de vista penal no podría calificarse como lesiones, en todo caso podría suponer una vulneración de la libertad de autodeterminación del paciente<sup>620</sup>. Pues, la realización de actos médicos sin consentimiento del paciente afecta indudablemente al derecho de autodeterminación del mismo, a su libertad, que tiene expreso reconocimiento constitucional en el artículo 17. 1 de la Constitución<sup>621</sup>.

Se plantea, si además de la libertad, se ve afectado el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución,<sup>622</sup> y en consecuencia, el bien jurídico, integridad personal, que comprende tanto la integridad física como psíquica<sup>623</sup>.

Los derechos fundamentales vida y salud, consagrados en la Constitución, justifica su protección penal.<sup>624</sup> Para ARRUEGO RODRIGUEZ, la integridad física puede verse afectada cuando una persona es sometida a una intervención corporal de diverso tipo, el derecho fundamental poseería una naturaleza estrictamente negativa y no solo protegería al individuo frente a toda agresión en su cuerpo, en su doble versión física y psíquica, sino que prohibiría toda intervención no consentida en dichos bienes.<sup>625</sup>

Por lo que cualquier intromisión no consentida en el cuerpo ajeno (aunque sea con fines curativos) podría suponer lesionar la integridad física del individuo, cuya garantía debe entenderse como derecho a mantener el propio organismo libre de

---

<sup>619</sup>ROMEO CASABONA, C. M., (1981) "El médico y el Derecho Penal.....Op. Cit, pags. 141 y ss; MORILLAS CUEVA, L. (2009) "Relevancia penal del consentimiento .....Op. Cit. p.113.

<sup>620</sup>Ibidem.p.111.

<sup>621</sup>Artículo 17.1. "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

<sup>622</sup>Artículo 15 "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

<sup>623</sup>V. Artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho a la integridad de la persona reconociendo que "toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica".

<sup>624</sup>ESPINAR, J. M. Z., ALONSO, E. J. P., & RUIZ, D. M. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. p. 48.

<sup>625</sup>RODRIGUEZ ARRUEGO, G. (2011) *vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Comares, Granada, pags. 37 y ss.

cualquier intromisión externa no deseada.<sup>626</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 120/ 1990, de 27 de junio (F.J.8º).<sup>627</sup>

En el ámbito europeo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye como elemento integrante del núcleo esencial del derecho a la integridad personal “*el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate*”. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 37/ 2011 de 28 de marzo, en su fundamento jurídico séptimo señala que “*la privación de información equivale a una privación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física o moral*”.

Por tanto en el ámbito del derecho penal, a tenor de esta reciente doctrina jurisprudencial, podríamos considerar que la intervención médica no consentida vulnera el derecho fundamental a la integridad física y afecta el bien jurídico penal integridad personal<sup>628</sup>. La cuestión ha de ser analizada desde una perspectiva subjetiva, será el titular del bien jurídico quien defina su concepto de salud, como forma de ejercicio del libre desarrollo de su personalidad. Pudiendo la actuación sobre el cuerpo humano no consentida subsumirse dentro del tipo objetivo del delito de lesiones, o en su caso de maltrato de obra por afectación del bien jurídico integridad personal.

En principio la tesis expuesta podría plantear problemas con el artículo 155 del Código Penal<sup>629</sup> que podría esgrimirse para negar efectos jurídicos al consentimiento informado frente a conductas que afectan a la integridad corporal del sujeto pasivo, pero sus partidarios consideran que dicho precepto se aplica a lesiones consentidas y no a los supuestos de cooperación ejecutiva en unas autolesiones, y en este sentido las intervenciones corporales realizadas por profesionales sanitarios, en tanto se produzcan con consentimiento del paciente, y en el ámbito de lo autorizado por éste, deben entenderse como cooperación ejecutiva en autolesiones, y no como lesiones consentidas, por lo que sería compatible con la tesis expuesta.

Se plantea así mismo, si en el ámbito biomédico, la validez del consentimiento requiere una previa información sobre los efectos seguros y posibles de la intervención médica. Como norma general los efectos lesivos de la intervención no serían imputables al profesional a título de dolo, por ausencia de elemento volitivo, por lo que estaríamos

---

<sup>626</sup>TOMAS VALIENTE LANUZA, C. (2000) *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p 37.

<sup>627</sup>RODRIGUEZ ARRUEGO, G., & RODRIGUEZ CHUECA, R. L. (2000). *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina: reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio*. *Revista de derecho y genoma humano*, (12), pags.91-112.

<sup>628</sup>ROMERO MALANDA, S. (2013), *Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes*. *Cuadernos de Política Criminal*. 110, pags. 73 a 113.

<sup>629</sup>Artículo 155. “*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea 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*”.

ante una responsabilidad penal a título de imprudencia por infracción del deber objetivo de cuidado; deber que la doctrina y la jurisprudencia denominan “*lex artis*” entendiéndose por tal, “*conjunto de reglas generales de carácter técnico o procedimientos, no necesariamente reglados o recogidos por escrito, máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias*”.<sup>630</sup>

Siguiendo a PELAYO GONZALEZ-TORRE podemos definir la “*lex artis*” como “*conjunto de conocimientos técnico científicos, y también de comportamientos éticos que el sujeto debe aplicar en el campo de su ejercicio profesional*”.<sup>631</sup>

No cabe duda que la “*lex artis*” tiene una faceta técnica, pero se plantea, si se debe derivar responsabilidad, del acto médico realizado correctamente desde el punto de vista técnico que produce un resultado lesivo, por un riesgo previo conocido por el profesional, que no fue comunicado al paciente, quien autorizó la intervención sin asumir el riesgo.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que, se infringe la “*lex artis*” no solo cuando se produce el acto médico de forma incorrecta desde el punto de vista técnico, sino también cuando no ha intervenido un consentimiento del paciente, o sus familiares debidamente informados por el médico, y no solo cuando se ha omitido completamente la información sino de forma parcial. En este sentido, la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2.012 (F.J. 5º).

#### **2.4.2. Relevancia jurídico-penal del consentimiento informado**

Siguiendo a MORILLAS CUEVA<sup>632</sup> en orden a la incidencia del consentimiento en la actuación médica, podemos distinguir las siguientes situaciones:

a).- Intervenciones con consentimiento del paciente.

Es criterio pacífico en la doctrina que en delitos contra la colectividad (supraindividuales) no tiene eficacia y a “*sensu contrario*” si la ostenta en la de carácter individual salvo en aquellos que no son disponibles ni renunciables, como por ejemplo la vida y la salud que constituyen precisamente bienes jurídicos vinculados directamente con la actividad médica<sup>633</sup>.

---

<sup>630</sup>RUEDA MARTIN, M.A. (2009) “La concreción del deber objetivo del cuidado en la actividad médico quirúrgica curativa” ....., Op. Cit, pags. 18 y ss.

<sup>631</sup>GONZALEZ-TORRE, Á. P., (2009). *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*. Comares, Granada, p. 361.

<sup>632</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*,Op. Cit.pags.100-119.

<sup>633</sup>*Ibidem*. p.101.

1.- Bien jurídico “*vida*”. En principio el Código Penal lo considera un bien jurídico irrenunciable<sup>634</sup>, no obstante hay situaciones asimilables desde la perspectiva punitiva como son actuaciones peligrosas (intervenciones medico quirúrgicas), en las que el consentimiento del paciente no justifica pero si constituye uno de los requisitos que determinan que el ejercicio de la profesión sea legítimo, requisito esencial para subsumir la conducta del profesional en el ámbito de la causa de justificación del artículo 20.7 CP; constituyendo otra excepción los supuestos de renuncia del sujeto pasivo a la vida privándose de ella, o solicitando o consintiendo que otro se la quite<sup>635</sup>.

En el primer supuesto si la actuación médica es conforme a la “*lex artis*” con el consentimiento del paciente y se produce el resultado lesivo muerte, el profesional estaría amparado por la circunstancia del artículo 20.7 CP, y en el caso de que se obrara sin las exigencias de la “*lex artis*” podríamos encontrarnos ante la imprudencia profesional del artículo 142 CP o incluso ante un homicidio por dolo eventual del artículo 138 CP, en los que el consentimiento no impide la responsabilidad del facultativo.

Por lo que respecta al segundo supuesto, nuestro código penal no sanciona el suicidio intentado y atenúa algunos tipos penales en los que tiene influencia la voluntad o consentimiento de la víctima y que tienen como resultado su muerte, así el artículo 143 CP, que en cierto modo constituye una despenalización controlada de la eutanasia en determinadas circunstancias como señala MORILLAS CUEVA, quien considera a tenor de la vigente regulación, solamente es punible la eutanasia activa directa, si bien con una importante disminución de pena cuando media el consentimiento de la víctima, lo que refleja la relevancia del consentimiento en relación al bien jurídico vida. No faltando autores como GONZALEZ RUS, que señalan que el aplazamiento de la muerte en contra de la voluntad del paciente constituiría un delito de coacciones por impedir con violencia el ejercicio del derecho a una muerte digna<sup>636</sup>.

2.- Bien jurídico “*salud*”. Uno de los principales problemas que plantea la doctrina como hemos tenido ocasión de analizar, es el contenido del concepto salud, siendo la concepción más amplia la que lo entiende como ausencia de enfermedad o alteración física o psíquica. En este sentido se considera por un amplio sector de la doctrina como un bien jurídico disponible, en contra del criterio mantenido en el Código Penal que considera que el consentimiento no exime de responsabilidad penal, aunque admite que atenuara la pena cuando se otorgue con las circunstancias establecidas en el artículo 155 CP, lo cual no deja de ser contradictorio pues si la salud es un bien jurídico disponible, el consentimiento debería ser relevante como eximente y si es indisponible carecería de cualquier relevancia. Además el propio código no castiga las autolesiones,

---

<sup>634</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p.527

<sup>635</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....Op. Cit. pags.101-104.*

<sup>636</sup>*Ibidem* pags.102-103.

ni los supuestos de trasplantes de órganos, y cirugía transexual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 CP.<sup>637</sup>

Fuera de los supuestos mencionados anteriormente podemos distinguir entre intervenciones curativas medicamente indicadas e intervenciones no curativas con o sin infracción de la “*lex artis*”. En intervenciones curativas medicamente indicadas según la mayoría de la doctrina estaríamos ante un supuesto de atipicidad, dada la finalidad curativa de la intervención. Por su parte en las intervenciones no curativas para unos autores el consentimiento del paciente legitimaría la actuación y estaríamos ante una causa de justificación del artículo 20.7 CP, mientras que para otros autores estaríamos ante una causa de atipicidad, dado que el resultado final de la intervención puede producir un bienestar físico o psíquico similar a una intervención curativa<sup>638</sup>.

Por último, si la intervención fracasa como consecuencia de la actuación del facultativo no conforme a la “*lex artis*”, con menoscabo de la salud del paciente, estaríamos ante un delito de lesiones por imprudencia profesional del artículo 152CP o en su caso, ante unas lesiones causadas por dolo eventual, siendo irrelevante el consentimiento del paciente en ambos casos a los efectos de su responsabilidad penal.

3.- Otros bienes jurídicos. En el caso del aborto realizado por facultativo con consentimiento de la mujer dentro de los casos permitidos por la ley la conducta sería atípica, siendo punible cuando no media el consentimiento de la mujer por lo que en estos casos se torna relevante.

Respecto de las lesiones al feto, tanto en su modalidad dolosa del artículo 157 CP, como la imprudente del artículo 158 CP, el consentimiento de la mujer es irrelevante y puede hacer en el primero de los supuestos que la misma sea acusada como coautora o participe.

Por lo que respecta a la reproducción asistida el consentimiento de la mujer hace atípica la conducta, que requiere denuncia de la agraviada o de su representante legal, salvo menores, incapaces o persona desvalida en la que también podrá denunciar el Ministerio Fiscal<sup>639</sup>.

b). Intervenciones sin consentimiento del paciente.

1.- Con resultado negativo por tratamiento técnicamente inadecuado. Constituye un punto de referencia la sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959, que ratifica la condena de la Audiencia Provincial por delito de imprudencia temeraria, en la que se actuó sin consentimiento y con incumplimiento de la “*lex artis*”. La doctrina entiende que en estos supuestos se produce un resultado

---

<sup>637</sup>*Ibidem*. p.104.

<sup>638</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p.524.

<sup>639</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*, Op. Cit.pags.106-107.

lesivo imprudente o doloso eventual, que conculca el bien jurídico salud o vida, no obstante ello no evita la conculcación de la libertad de autodeterminación del paciente, por lo que si se admite la posibilidad en abstracto de un delito de coacciones cuando no existe consentimiento y la intervención ha sido un éxito, en el mismo sentido se debería añadir a dicha penalidad el resultado producido, sin que exista un concurso ideal de delitos al tratarse de bienes jurídicos de distinta naturaleza y conductas diferenciadas<sup>640</sup>.

2.- Con tratamiento técnicamente adecuado. Se conocen con el nombre de tratamientos médicos arbitrarios, en los que el resultado positivo o negativo no es imputable al facultativo por el tratamiento técnicamente correcto llevado a cabo en ambos casos, pero sin consentimiento del paciente. En este punto la doctrina se divide, para unos estaríamos ante un delito de lesiones, y para otros estaríamos ante un delito contra la libertad.

Para MORILLAS CUEVA<sup>641</sup> se daría un delito contra la libertad cuando concurren los requisitos de cada tipo penal, ya que es difícil asumir que estamos ante un delito de lesiones en supuestos en que se actúa con corrección médica y sin consentimiento con un elevado riesgo en la intervención cuando su objetivo es mejorar la salud del paciente aunque al final la intervención se desarrolle sin éxito por motivos ajenos a la pericia médica. No obstante, no considera que la conducta arbitraria del médico cumpla automáticamente en todos los casos los elementos integrantes de las coacciones, ya que habría supuestos como consentimiento ineficaz por información insuficiente, consentimiento incompleto, olvido del facultativo, consentimiento obtenido con engaño que serían subsumibles en la vía civil o administrativa. Constituyendo coacciones los supuestos de mayor intensidad que se impongan contra la voluntad del paciente, con un cierto riesgo de resultado negativo, de conformidad con el principio de intervención mínima del derecho penal. De hecho, la jurisprudencia ha limitado los supuestos de coacciones a tratamientos contra la voluntad de determinados miembros de confesiones religiosas en relación a las transfusiones de sangre, a las personas en huelga de hambre y a las de detección del VHI. Para MORILLAS CUEVA<sup>642</sup> la solución pasaría por la utilización de instrumentos no punitivos, como respuesta ante la actuación que menosprecie la libertad decisoria de los pacientes de acuerdo con el principio de intervención mínima del derecho penal, y ello sin perjuicio de la posibilidad de un tipo específico que aclare la ambigua situación actual, con el fin de delimitar los límites entre los atentados a la vida, a la salud y a la libertad personal, señalando los requisitos y excepciones del consentimiento.

c).- Situaciones de extrema urgencia, consentimiento presunto. Cuando el médico se encuentre en situaciones límites en la que es imposible recabar el consentimiento del paciente, de sus familiares o representantes legales dado el peligro

---

<sup>640</sup>*Ibidem.* p.108.

<sup>641</sup>*Ibidem.* p.113

<sup>642</sup>*Ibidem.* p.116.

para la vida del paciente del que incluso puede desconocer su identidad. Para ROXIN<sup>643</sup> la actuación del facultativo en estos supuestos no sería excluyente del tipo, sino una causa de justificación ya que al actuar sin permiso y con consentimiento presunto en que se cometería un delito de lesiones únicamente justificado porque se presume el consentimiento según un juicio objetivo que justifica la interferencia. En todo caso la difícil elaboración teórica del consentimiento presunto, al que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad como causa de justificación la necesidad de acudir a un juicio hipotético del paciente de que consentiría ha sido cuestionado por la doctrina española que acude a la circunstancia eximente de estado de necesidad justificante del artículo 20.5 CP en el que se produce una ponderación de bienes jurídicos afectados<sup>644</sup>.

ROMEO MALANDA<sup>645</sup>, desde una perspectiva alternativa, analiza la relevancia del consentimiento en el ámbito penal, diferenciando los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En el ámbito de la tipicidad distingue tres supuestos:

1.-Intervenciones médicas contra el consentimiento del paciente.

Se trataría de una intervención dirigida a proteger los intereses del sujeto pero contra su voluntad, la conducta del médico en este supuesto vulneraría el bien jurídico libertad, libertad de autodeterminación que podría estar tipificada en el Código penal en los artículos 172 C.P., y podría afectarse la libertad deambulatoria tipificada en el art. 163 del CP, que a efectos de punición comportaría un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.1 del CP.

Se plantea, si además de dichos bienes jurídicos se estaría vulnerando la integridad personal y dicha conducta podría subsumirse en los tipos penales del 147 del CP. En cuyo caso se podría producir un concurso ideal o medial entre el delito de lesiones y el delito de detención ilegal; o un concurso de leyes (art. 8 C.P<sup>646</sup>) entre el delito de lesiones, y el delito de coacciones.

---

<sup>643</sup>ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General.....*, Op. Cit. p.765

<sup>644</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2009) *Relevancia penal del consentimiento del paciente.....*Op. Cit.p.119.

<sup>645</sup>ROMEO-MALANDA, S. (2013). *Responsabilidad Penal Medica.....*, Op. Cit, pags.73-113.

<sup>646</sup>Artículo 8. "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor".



Siendo irrelevante a los efectos de la tipicidad que el acto médico tenga una finalidad curativa, ya que dicha finalidad podría, en su caso ser alegada como causa de justificación que elimine la antijuridicidad del hecho, pero sin afectar a la tipicidad.

Por tanto, si el sujeto puede consentir y el médico actúa sin su consentimiento la conducta realizada sería dolosa y al contravenir las exigencias de la “lex artis” médica no vendría amparada por las causas de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo.

## 2.-Intervenciones medicas sin consentimiento del paciente.

Es la intervención que se realiza sin consentimiento del paciente pero no contra su voluntad, por ejemplo cuando el paciente se encuentre inconsciente. La doctrina mayoritaria excluye en dichos casos la tipicidad. Por contra, la doctrina reciente, considera que al tratarse de una intervención corporal no consentida, se estaría vulnerando el bien jurídico integridad personal, así lo ha entendido alguna sentencia del Tribunal supremo, como es la Sentencia del TS de 26 de octubre de 1995.

Ello sin perjuicio de que el médico pudiera alegar la existencia de un error de tipo si consideramos que el consentimiento es un elemento del tipo, o error de prohibición si consideramos que el consentimiento actúa como causa de justificación, error con los efectos jurídicos, en su caso, que establecen el artículo 14 del CP.

Sin embargo, esta alegación sería muy forzada según ROMEO CASABONA<sup>647</sup>, en intervenciones que por su relevancia requieren el consentimiento escrito del paciente, así si un nuevo acto médico es necesario y urgente, será lícito al estar justificado en el ejercicio de la profesión, pero si la intervención no resulta totalmente necesaria ni urgente, el médico debe abstenerse de ir más allá del consentimiento otorgado, pudiendo en caso contrario afectar el bien jurídico integridad personal.

## 3.-Intervenciones medicas con consentimiento no informado.

Son los supuestos en que el paciente ha consentido la intervención, pero no ha sido suficientemente informado de los efectos y riesgos que de la misma pudieran derivar para su salud. Pueden darse dos hipótesis: que el facultativo no haya informado tal y como exige el Art. 1.a) de la Ley 41/2002, de “*las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad*”. En este supuesto los efectos lesivos podrán imputarse al médico a título de dolo directo de segundo grado, o de consecuencias necesarias. También es posible, que la falta de información se haya producido de conformidad con el art. 10.1.c) de la ley 41/2002, respecto de “*riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia*”

---

<sup>647</sup>ROMEO CASABONA, C. M. (2005). *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Comares, p 230.

*o directamente relacionados con el tipo de intervención*”, en este supuesto en que la relación de causalidad entre el acto médico y el riesgo inherente a la acción se produce de forma clara, se plantea si el resultado ha de imputarse a título de dolo o a título de imprudencia, entendemos que lo normal será la imputación como imprudencia por infracción del deber de cuidado.

Por último, se planteaba si cuando el resultado lesivo es imputable al autor a título de imprudencia, la misma es grave o leve y en su caso de conformidad con lo dispuesto en el Art 12 del C. P.<sup>648</sup>, si existe una figura delictiva que tipifique dicha conducta imprudente. Pues bien la gravedad o levedad de la imprudencia va a depender de lo próximo que se esté el actuar de agente al estándar del profesional medio. Parece razonable de conformidad con el principio de intervención mínima del derecho penal que los casos que fueran calificables por imprudencia leve, se recondujeran a la jurisdicción civil como ha ocurrido tras la reforma operada en el código penal en virtud de la LO 1/15 de 30 de marzo, donde se eliminan las imprudencias leves.

En el ámbito de la antijuridicidad.

Una de las cuestiones que más preocupa a la doctrina penal es la búsqueda de un fundamento para las causas de justificación, pero la respuesta es compleja porque el contenido de la norma específica cabe extraerlo del respectivo estado de la sociedad concreta y dicho estado suele estar en continua evolución.

Las causas de justificación, son normas jurídicas bien fundadas para realizar un comportamiento prohibido por un tipo penal, se diferencian de las causas de atipicidad en que pese a producirse una inicial lesión del bien jurídico protegido, son conductas socialmente adecuadas en el contexto en que se producen. Así mismo, se diferencian de las causas de inculpabilidad, en que en las causas de inculpabilidad, la conducta no puede reprocharse jurídicamente a su autor aunque haya sido valorada como antijurídica mientras en la justificación el hecho es valorado como jurídicamente correcto. No se concluye el juicio de antijuridicidad pues si bien es cierto que se produce el tipo de injusto, no se contempla por la justificación de tal conducta. Lo cual comporta los siguientes efectos: frente a las acciones justificadas no es posible a la vez legítima defensa, por faltar la agresión ilegítima; en relación a la participación en la conducta justificada, no cabe inducción, cooperación necesaria o complicidad, pues dichas actividades se producen en relación a un comportamiento conforme a derecho, se aceptaría la autoría mediata cuando es el instrumento del que actúa justificadamente; no se aplicarían medidas de seguridad al sujeto que actúa porque no ejecuta un injusto antijurídico, en el que se prevé un pronóstico de peligrosidad criminal y en principio no se podría exigir responsabilidad civil derivada del delito.

---

<sup>648</sup>Artículo 12. “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

La antijuridicidad ha evolucionado en el ámbito de la teoría jurídica del delito, según MORILLAS CUEVA “*presenta una tendencia clara en la dicotomía subjetivo-objetiva: inicialmente la doctrina se decanta por una apreciación estrictamente objetiva (juicio hecho sobre la acción realizada por el sujeto ajeno a que este 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 obra contra el deber que impone la norma jurídica de actuar de un modo determinado, voluntad contraria a derecho)*”<sup>649</sup>. La tendencia actualmente mayoritaria se inclina por considerar el injusto integrado por elementos objetivos y subjetivos concibiendo la norma como un juicio de valor y función de determinación, que integra el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en la estructura de la antijuridicidad.

La doctrina distingue entre, antijuridicidad formal, que supone un juicio de valoración sobre la conducta activa u omisiva contraria a las prescripciones legales y antijuridicidad material relativo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Como ventajas de este último enfoque MORILLAS CUEVA ha señalado que: supone una orientación al legislador en la elaboración de los tipos penales de acuerdo con los objetivos y los valores que los sustentan y permite establecer graduaciones del injusto y utilizarlas e interpretarlas dogmáticamente.

No obstante no faltan autores contrarios a la distinción entre antijuridicidad formal y material, que requieren para calificar una conducta de antijurídica, que reúna los caracteres descritos en el precepto aplicable y que realice el injusto tipificado en él.<sup>650</sup>

En el ámbito médico, según ARRUEGO RODRIGUEZ<sup>651</sup> los elementos que permiten justificar la lesión al bien jurídico serían: La gravedad o existencia de un riesgo cierto que menoscabe la integridad o la vida del individuo; la urgencia, es decir, que dicho riesgo requiere una intervención perentoria y por último la imposibilidad de que el paciente manifieste su voluntad respecto de la intervención que precisa.

En este sentido, se establece en la ley 41/2002 en sus artículos 9.2 y 3<sup>652</sup>. Así mismo, la ley 41/2002 regula como supuesto excepcional la posibilidad de omitir cierta

---

<sup>649</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2010). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. La Ley Penal, Madrid, p. 134 y ss.*

<sup>650</sup>ANTON, C. D. R. V. (1987). *Derecho penal. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 296*

<sup>651</sup>RODRIGUEZ ARRUEGO, G., & RODRIGUEZ CHUECA, R. L. (2000). *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios....., Op. Cit, pags. 91-112.*

<sup>652</sup>Art. 9.2 y 3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre “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 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

información al paciente mediante la conocida “excepción terapéutica” regulada en el artículo 5.4 de la ley<sup>653</sup>

No obstante todos estos supuestos requerirán para excluir la antijuridicidad el respeto a las exigencias de la “lex artis” y a los requisitos legalmente establecidos, en el caso de la excepción terapéutica se exige que de dichas circunstancias quede constancia en la historia clínica y que se comunique a personas vinculadas al paciente.

El Código Penal español al regular las causas de justificación en el Art. 20 las siguientes<sup>654</sup> (legítimo defensa, estado de necesidad justificante, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de derecho un oficio o cargo) no regula el consentimiento, por ello, los partidarios de las teorías monistas lo consideran una causa de atipicidad y no de justificación.

En el ámbito de la actividad médica, la conducta del profesional sanitario será antijurídica cuando no exista causa de justificación del hecho típico<sup>655</sup>. Descartando la legítima defensa del artículo 20.4 del CP como causa de justificación, existen dos

---

*su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: 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 hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.*

<sup>653</sup>Art. 5. 4 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.” 4. 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”.

<sup>654</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2010). *Derecho Penal Parte General.....*, Op. Cit. pags.134 y ss.

<sup>655</sup>Artículo 20.C.P.”Están exentos de responsabilidad criminal: ...4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor. 5.º 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 el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse...7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.”

causas que pueden alegarse en las intervenciones medicas no consentidas, el estado de necesidad justificante (artículo 20.5 CP) y el ejercicio legítimo de una profesión (art. 20.7 CP), siendo esta última causa la que se aplica con carácter general siempre y cuando este amparada legalmente y la actuación del profesional sanitario sea conforme a las reglas de la “lex artis” médica.<sup>656</sup>

En el caso del estado de necesidad, el art. 20.5 del Código Penal prevé “ el que en estado de necesidad para prevenir, un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona, o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

Pese a que el texto legal no ofrece una definición de dicha causa de justificación, un sector de la doctrina lo ha definido como “la amenaza de un mal grave que solo puede ser evitado mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos”<sup>657</sup>

Su fundamento se encontraría en la ponderación de intereses y en el predominio del derecho, para SILVA SANCHEZ<sup>658</sup> el fundamento radicaría en su carácter objetivo y social, por tanto no solo en la protección de bienes jurídicos individuales sino en el mantenimiento de la paz social, se trataría de solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de su aparición, en lugar de salvar el bien más valioso. Por su parte GOMEZ BENITEZ<sup>659</sup> argumenta como fundamento por una parte la ausencia de interés político criminal de declarar típico y antijurídico un hecho que en estado de necesidad no ha causado un mal mayor que el que trata de evitar, y por otra en la indiferencia social o jurídica en el conflicto de intereses planteado, porque en este caso no se puede fundamentar en el principio del interés preponderante.

Como requisitos del estado de necesidad como eximente la jurisprudencia, entre otras en sentencia de 10 de febrero y 12 de mayo de 2003, ha señalado los siguientes:

1.- 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

---

<sup>656</sup>Publicado en BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995.

<sup>657</sup>ANTON ONECA, J. (1986). *Derecho Penal*, 2ª edición anotada y puesta al día. Akal, Madrid. p.293

<sup>658</sup>SANCHEZ SILVA, J. M. (1982). *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35(3), pags.663-692.

<sup>659</sup>BENITEZ GOMEZ, J. M. (1984). *Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general*. Ed. Civitas. Madrid, págs. 378-380.

existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídico protegido y que requiere realizar una acción determinada para atajarlo.

En este sentido SAINZ CANTERO CAPARROS, señala que 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 sujeto<sup>660</sup>. Según la jurisprudencia no basta la sola probabilidad de un mal, sino que tiene que existir una probabilidad inminente, acuciante y grave.<sup>661</sup>

2.-Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.

3.-Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso los intereses en conflicto para calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males.

4.-Que el sujeto que obra en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación.

5.-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 actual.

Por tanto, se exige para su apreciación que la intervención médica sea la única manera posible de mantener el bien jurídico, siempre y cuando concurren los requisitos legales.

En consecuencia, presupuesto de este estado de necesidad, es que el riesgo tiene que ser grave e inminente, solo aquellos susceptibles de causar un grave daño a la salud pueden tomarse en cuenta. 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. Es necesario además que sea inminente, en los términos antes expuestos. La situación de riesgo viene dada por la existencia de condiciones que supongan lesión de los bienes jurídicos individuales. Por ello el riesgo deber serlo para los particulares y no para la colectividad.

En consecuencia el médico puede actuar cuando la lesión de la salud pública conlleve un peligro de lesión de la salud de los particulares. Se ha planteado por la doctrina los límites de la obligación del profesional a sacrificarse, y la doctrina mayoritaria considera que el médico no podrá ampararse en el estado de necesidad, cuando para salvar un interés propio (salud) lesione otros (salud del paciente, interés

---

<sup>660</sup> SAINZ-CANTERO CAPARROS, J. E. (2001). *La "codelinuencia" en los delitos imprudentes en el código penal de 1995*. Marcial Pons. Madrid. págs. 357 y 358.

<sup>661</sup> En este sentido la STS de 5 de diciembre de 1994

colectivo). Por tanto, un caso común como sería la falta de asistencia a pacientes infecciosos, consideramos que difícilmente podrá ser amparada por la eximente de estado de necesidad. La función social atribuida al ejercicio profesional de la medicina, exige de sus miembros el actuar de la “*forma adecuada*” para garantizar la salud. No se invierte o se vulnera el principio de ponderación de intereses, aunque *prima facie* puedan parecer los intereses en juego iguales, la existencia del colectivo hace que se otorgue primacía a éstos.

Respecto del Art. 20.7 del CP, como eximente de la antijuridicidad de la conducta en la actividad médica; las razones son:

-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.

-La valoración de la antijuridicidad pasa por la comprobación apriorística del sometimiento de la norma penal a las consideraciones del resto del ordenamiento jurídico.

- Su presencia supone el equilibrio del respeto al principio de legalidad con la obligada integración del Derecho Penal en el sistema jurídico global.

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, suscritos por España e incorporados a su Derecho interno, o en el Derecho consuetudinario, Derecho de las Comunidades Autónomas o Derecho comunitario.

En el ámbito de la culpabilidad.

Al hablar de exculpación, de lo primero que hay que ocuparse es del concepto de culpabilidad, entendido 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 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.

Pero a pesar de que este es, el entendimiento común como afirma ROXIN “*resulta inadmisibile habilitar al Juez con carácter general para eximir de pena, sin base en la Ley*”.

Si descartamos la propia inimputabilidad del propio profesional sanitario las dudas podrían recaer bien sobre la concurrencia de un error de prohibición del art. 14.3 C.P.<sup>662</sup>, o de una causa de inexigibilidad de estado de necesidad exculpante del art. 20.5.C.P.<sup>663</sup>

Respecto del error de prohibición directo, es comúnmente conocida la prohibición de causar lesiones o muerte, por lo que solo podría ser relevante el error de prohibición indirecta, por ejemplo el que realiza el acto con autorización del que creía representante legal del paciente sin serlo. Por su parte respecto del estado de necesidad exculpante la exculpación en la actividad médica nos remite a las situaciones de conflicto entre males equivalentes como supuestos de “*inexigibilidad*”.

Una regulación del estado de necesidad tan amplia como la española permite multitud de decisiones judiciales respecto a conductas realizadas en contextos conflictivos, con el límite legal de la causación de un mal igual. No obstante no puede afirmarse en todos los casos que el mal causado es menor del que se trata de evitar. Podrían por ejemplo darse situaciones en las que el agente tenga un vínculo afectivo con el paciente cuya vida peligra.

#### **2.4.3. Doctrina jurisprudencial**

La doctrina jurisprudencial mayoritaria, no atribuye responsabilidad penal a la falta de consentimiento informado al acto médico conforme a distintos argumentos, como la falta de tipicidad de dicha conducta, la falta de relación de causalidad entre la falta de información y el resultado dañoso, la falta de imputación objetiva, de acuerdo con el principio de intervención mínima.

A título ilustrativo encontramos los ejemplos siguientes:

-La Audiencia Provincial de Madrid, ha señalado respecto de la falta de consentimiento en vía penal, en Auto dictado por la Sec. 16ª, de fecha 30-12-2005, nº 661/2005, rec. 489/2005, Pte.: Gurrera Roig, que no da lugar a responsabilidad penal:

*“Así, en los supuestos de omisión de consentimiento informado, solo pueden desprenderse responsabilidades administrativas y en su caso civiles que deberían sustanciarse en los procedimientos jurisdiccionales correspondientes, pero no en el*

---

<sup>662</sup>Artículo 14.º3º. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.*

<sup>663</sup>Artículo 20.º5º *“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 el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*



*orden penal.” (.....) “solo cabe concluir, que los padres fueron debidamente informados. Pero incluso de ser cierta la pretendida falta o insuficiencia de información, lo que se conoce con el nombre de tratamiento médico arbitrario, es una conducta que no está tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal y no podría erigirse a estos efectos en un requisito para la existencia o no de la infracción de la lex artis que es lo relevante a estos efectos.”*

-En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, en Sentencia de fecha 7-1-2005, nº 40/2005, rec. 134/2004, Pte.: Gimeno Jubero, señalo que la ausencia de información puede determinar responsabilidades civiles pero no penales:

*“Y en este punto es el que somete a debate el recurso, planteando relaciones causales entre la falta de información – consentimiento informado- o de información insuficiente. Podemos admitir que la ausencia de información sobre los riesgos de una operación quirúrgica determina responsabilidades en el campo reparatorio, pero no derivadas de un injusto típico. En esos supuestos aparte de no cumplir criterios de equivalencia de condiciones fundadas en causalidad adecuada, es decir en relación lógica hecho resultado, tampoco se cumple los criterios de imputación objetiva, pues la falta de información o la realizada de manera inadecuada, no puede generar por lo general responsabilidades penales.”*

-Por otro lado, la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, en Sentencia de fecha 11-4-2005, nº 372/2005, rec. 230/2005; Pte.: Plaza López, señalo la inexistencia de responsabilidad penal ante la falta de consentimiento informado:

*“Ninguna relación necesaria causa – efecto se ha acreditado entre tal circunstancia y las complicaciones de la Sra. Flor, razonando además el Médico Forense en su opinión profesional ajena y objetivamente desinteresada por carecer de todo vinculo con las partes y el Hospital.”*

-En igual sentido, la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, en Sentencia de fecha 24-5-2006, nº 330/2006, rec. 43/2006, Pte.: Gil Martínez, señalo que:

*“En definitiva, aunque el cirujano denunciado incurriera en unas omisiones clínicamente poco recomendables, incluso antirreglamentarias o inadmisibles, como fueron no solicitar el consentimiento informado antes de la intervención y no analizar el nódulo extirpado, esas carencias o defectos de su comportamiento, no implican negligencia punible en esta causa.”*

-La Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, por medio de Auto de fecha 10-4-2006, nº 1521/2006, rec. 168/2006; Pte.: Redondo Gil, señalo en relación con el protocolo de consentimiento informado que:

*“este no se utiliza de forma habitual en este tipo de actos médicos, opiniones todas ellas que también resultan corroboradas por el informe emitido por el Dr. José*

*Pablo, cuyo informe obre al folio 587 de las actuaciones, informes todos ellos que han sido ratificados a presencia judicial y con intervención de las partes procesales personadas (folios 855 y siguientes de las actuaciones), de las diligencias practicadas, pues, en estas actuaciones y que obran en autos no resulta acreditado, ni siquiera indiciariamente, que las actuaciones de los facultativos que atendieron a la querellante vulneraran la “lex artis” de forma que se omitiera la debida diligencia que exige el Código Penal para incriminar la conducta ya como delito ya como falta, por ello, dado el estado procesal de las actuaciones, procede desestimar el recurso formulado”*

Comentando dichos razonamientos, ROMEO CASABONA<sup>664</sup> señala que el cuidado objetivo se configura como un concepto objetivo y normativo en el que el criterio deber ser el cuidado que sea necesario en el ámbito de la relación concreta, el cuidado objetivo no se determina a partir de la medida que resulte del cuidado que en la práctica sea aplicado por el grupo de población de que se trate. Por su parte, SILVA SANCHEZ<sup>665</sup> mantiene, que no se puede afirmar que el cumplimiento de protocolos internos o normas de conducta del centro sanitario excluya necesariamente la infracción de deberes jurídico – penales de conducta ni, en consecuencia, la sanción penal por imprudencia.

Por ello, pese al criterio fundamental utilizado para concretar si el facultativo ha acomodado su conducta a la “*lex artis*” de tomar en cuenta la postura de la sociedad científica, que se expresan por medio de los protocolos, lo relevante, será determinar el grado de diligencia exigido jurídicamente en función del resto de circunstancias (situación concreta del paciente, medios disponibles, especialidad, capacidad y competencia del médico, etc); pues la actuación conforme a la práctica habitual no excluye la posibilidad de que el profesional no haya observado la diligencia debida<sup>666</sup>. Y a sensu contrario, el facultativo no siempre incurrirá en negligencia por no haber cumplido el protocolo pues es solo una indicación de pautas generales y de carácter orientativo.

-Así mismo, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16<sup>a</sup>, sigue la misma doctrina, en Auto de fecha 12-3-2007, nº 164/2007, rec. 432/2006; Pte.: Espejo Saavedra Santa Eugenia, señalo:

*“pues ni una adecuada información previa excluye la responsabilidad por negligencia ni la falta de aquella convierte en penalmente reprochable un fracaso terapéutico imprevisible o inevitable.”*

-En la misma línea el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2<sup>a</sup>, de fecha 25-11-2009, nº 249/2009, rec. 33/2009; Pte.: Cáncer Loma. Señalo:

---

<sup>664</sup>ROMEO CASABONA, C.M. “*Conducta Peligrosa e imprudencia .....*”, *Op. Cit.* p.3

<sup>665</sup>SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1999), “*medicinas alternativas e imprudencia médica*”, *Edic. Jose María Bosh, Barcelona, pags.16-20.*

<sup>666</sup>LOPEZ CHAPA, S. (2007), “*Autonomía del paciente .....*”, *Op. Cit.*, p.200.

*“asumiendo la corrección de la exeresis quirúrgica (extirpación del nódulo) completada con el estudio histológico dirigida a confirmar con certeza la impresión clínica preoperatorio o intraoperatoria, la constatación de un tumor de origen neural y aplicación de una técnica quirúrgica electiva dirigida a preservar en lo posible la continuidad del nervio sugiere que era igualmente predecible la evolución de aquella intervención, siendo razonable ampliar la información inicialmente facilitada sobre los signos que con proximidad temporal a la operación podría experimentar la paciente (secuelas inmediatamente resultantes y tratamiento curativo o paliativo) sin perjuicio de posponer, por razones de prudencia, al resultado del estudio anatomopatológico sobre la malignidad o benignidad del tumor, la información más detallada del proceso.*

*Naturalmente el examen de la documentación clínica incorporada al proceso no permite constatar que el paciente fuera suficientemente informado en torno al origen de la sintomatología que experimentaba tras la intervención quirúrgica (parestesia en mano, impotencia funcional para el hombro y hundimiento de pliegue axilar), compatible con una neuropatía del nervio espinal izquierdo derivada de la pérdida importante de axones motores para el musculo trapecio, siendo, en estas circunstancias, razonable el sentimiento de desasosiego y resquemor de D<sup>a</sup> Eva que finalmente le llevo el día 2 de agosto de 2008 a acudir al servicio de urgencias al incrementarse el dolor, confirmándose, tras la realización de las pruebas complementarias, el diagnostico de neuropatía espinal.” (...)* *“de la desconfianza mutua que preside en muchas ocasiones aquella, caracterizada por un deseo del paciente de lograr resultados adecuados, sin entender que el médico únicamente viene obligado a proporcionar servicios, son independencia de si el resultado es finalmente favorable en términos que sean asumidos por aquel” (...)* *“a su vez, el médico contempla al paciente como un potencial adversario, como un futuro demandante, trascendiendo la cuestión del ámbito puramente patrimonial, pues, no solo está en juego el importe de una indemnización susceptible de concederse sino también la posible imposición de una pena privativa de libertad que lleva aparejada la suspensión – en este caso – del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la duración de la pena privativa de libertad que necesariamente comporta el desprestigio profesional que lleva aparejado” (...)* *“Con independencia de las valoraciones de tipo legal o ético que puede suscitar el supuesto de autos, bien sea examinado el conflicto desde el punto de vista del paciente – hoy denunciante – o desde la óptica del médico – hoy imputado-, lo que en ningún momento plantea dudas a esta Sala es que no nos hallamos ante un ilícito penal en ninguna hipótesis, debiendo apelar como expresamos al comienzo de la exposición a la fundada invocación de juego de los principios de mínima intervención y carácter fragmentario del derecho penal considerados por nuestra jurisprudencia constitucional como parte de los principios esenciales en los que se asienta el Estado de Derecho, de modo que el Derecho penal solo debe intervenir en la tutela de los bienes jurídicos protegidos cuando se hayan revelado insuficientes todos los demás medios de reacción que el ordenamiento jurídico pone a disposición del interesado o cuando el acto en él revista especial gravedad en función de las circunstancias de todo orden concurrentes, merecedor, por tanto, de un reproche reforzado desde el punto de vista del común sentir social.”(...)* *“ Podría discutirse si el deber de información no*

*fue observado con el celo que sería exigible a un profesional medio en circunstancias parejas, pero esta sola circunstancia en ningún caso guarda relación con la idoneidad de la intervención practicada, ni con el resultado posteriormente acaecido que, con probabilidad rayan en la certeza, hubiera igualmente acontecido al plantearse el sacrificio parcial del nervio como algo ineludible cuando el tumor no se puede diseccionar separadamente del tronco”.*

-Por su parte, la Audiencia Provincial de Murcia, sec. 3ª, en Sentencia de 3-4-2012, nº 94/2012, rec. 149/2011; Pte.: Morales Limia, señaló respecto de la alegación del médico recurrente condenado de que la falta de consentimiento informado no es elemento necesario para la construcción de la infracción penal por la que se le condenaba; que había que reconocer que el consentimiento informado al paciente no es requisito del tipo penal por el que se condenaba, en los siguientes términos:

*“de ahí que cuando falte sea irrelevante para construir jurídicamente una posible imprudencia médica profesional. La posible falta del consentimiento informado, caso de haberse producido, no es un elemento que integre la figura de la imprudencia sino que se trata de un factor que pudiera afectar a la relación contractual que se da entre el paciente y los facultativos que lo atienden, o que puede servir para configurar una posible infracción de las normas deontológicas de la profesión médica o incluso una solitaria responsabilidad civil.”(.....) “La imprudencia grave profesional, en este caso medica, se construye a partir de la intensidad en el descuido de la norma de cuidado exigible en términos de un individuo de tipo medio pero no con la mayor o menor información al paciente de los riesgos de la intervención o tratamiento al que se va a someter.” (.....) “una cosa es que el consentimiento informado al paciente no constituya un elemento del tipo de la imprudencia grave medico – profesional y otro muy distinta que en el caso concreto haya que calificar los hechos como simple falta del art. 621.3 CP, es decir, como imprudencia leve con resultado de lesiones prescindiendo del dato de consentimiento informado o de su falta.” (.....) “En este caso concreto la imprudencia grave se configura no por un único acto u omisión medica aislados sino por el conjunto de las omisiones habidas del deber de cuidado que debió presidir la intervención del acusado durante todas las fases de su propia actuación profesional y que simbolizan su despreocupación más absoluta y clamorosa por la suerte que pudiera correr su paciente” (.....) “No hablamos de error en el diagnostico sino de una muy deficiente aplicación de la lex artis, durante y después de la intervención quirúrgica practicada por el acusado con olvido o desatención flagrante e inexplicable de importantes deberes y factores de riesgo que concurrían en este caso.”*

-El Auto nº 690/2013 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29, de fecha 15 de noviembre de 2013, en su Fundamento Jurídico Segundo señaló, que entre la falta de información y el resultado no había relación de causalidad:

*“Al respecto es esclarecedora la testifical de Dr. Muros, médico de la familia a quien acudieron cuando se observo un empeoramiento de la situación médica del Sr.*

*Pérez. A tal efecto se llevaron a cabo pruebas diagnosticas en el Hospital Clínico San Carlos, siendo diagnosticado de carcinoma de esófago, por lo que dicho Dr. aconsejo entrevistarse con un especialista que recomendó, el Dr. Prudencio, a quien acudió el paciente acompañado de varios familiares, así como por el propio Dr. Muros. Siendo aconsejado, tras el estudio de todas las pruebas ya realizadas en el Hospital Clínico San Carlos de una intervención rápida, lo que condujo a su ingreso inmediato, practica de las pruebas que el especialista considero oportunas e intervención el día 4 de enero. El Dr. Muros explico que dada la situación que presentaba el paciente a la vista del resultado de las pruebas diagnosticadas realizadas, tanto él como el Dr. Prudencio aconsejaban una rápida intervención quirúrgica. No consta que el paciente fuera coaccionado, no solo decidió él, sino que además iba acompañado de varios familiares. Se dejaron aconsejar por lo que expuso un especialista recomendado, y a tal efecto se firmo por el paciente el oportuno consentimiento, sin que haya quedado acreditado que se le hubiera obligado a algo que no quería, por mucho que el propio paciente manifestara a sus familiares temor o dudas al respecto. Consta en el folio 112 de la pieza separada médica, anexo 1, el consentimiento informado de la primera cirugía firmado por el paciente, conforme al art. 10 de la Ley General de Sanidad, consta el tipo de intervención, los riesgos genéricos y específicos de la misma. Por lo que respecta a la segunda intervención no consta consentimiento informado alguno por tratarse de una intervención de urgencia.*

*Por lo que se refiere a la posible falta de información de otras alternativas, el Dr. Muro dijo en su declaración judicial que el Dr. Prudencio era partidario de la cirugía y no ofreció ninguna otra posibilidad. Del mismo modo explico que consulto con el Servicio de Endoscopia del Hospital Clínico San Carlos informándole que había que operar. No consta documentada la información sobre otras alternativas, sin embargo, aunque así hubiera sido, lo que tras las periciales practicadas queda evidente es la falta de información de los tratamientos alternativos, con infracción de “lex artis” alguna, por lo que ninguna infracción en el ámbito penal se estima producida. Todo ello sin perjuicio de las posible acciones en otros órdenes jurisdiccionales”.*

Frente a las posiciones doctrinales expuestas, podemos observar jurisprudencia que otorga relevancia penal a la falta de consentimiento informado, bien en supuestos de ausencia de información al paciente de las contraindicaciones del tratamiento, bien por considerar que su omisión vicia la aceptación del tratamiento por determinar la imposibilidad de conocer su alcance.

-En este sentido, la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, por Auto de fecha 18-5-2004, nº 80/2004, rec. 84/2004, Pte.: Narvaez Bermejo, señalaba que:

*“estos indicios de criminalidad se refieren a la extracción de una masa aparentemente tumoral realizada de forma poco cuidadosa, como lo demuestra la amputación de órganos del aparato digestivo sin relación con esa masa, sin pruebas*

*que confirmen esa impresión, posteriormente desmentida, sin consentimiento informado del paciente y sin el concurso de especialistas en aparato digestivo”.*

-De igual modo, la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, por medio de Auto de fecha 20-3-2006, nº 57/2006, rec. 37/2006, Pte.: Morales Ortega, afirmo:

*“No obstante, como reconoce la propia denunciada y se desprende de la historia clínica presentada en ningún momento se practico el consentimiento informado por escrito previo a proceder a las inyecciones de relleno practicadas, siendo así que aunque se dice se hizo de forma verbal, de los propios arts. citados por la Sra. médico forense en su informe Ley 41/2002 EDL 2002/44837 o de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 que cita se deduce como viene a concluir más tarde, que aquel era obligatorio y al no hacerlo contravino la lex artis, pues no cabe duda que tales inyecciones de relleno suponían una intervención aunque menor o al menos un procedimiento que implicaba riesgo para la salud de la paciente como expondremos a continuación, luego Doña María Cristina ya en un principio incumplió una obligación elemental que legalmente le venía impuesta, lo que pudiera denotar cierta falta de diligencia no justificada ni justificable, como pretende la apelada, porque la misma fuese ATS o porque su marido fuese medico, pues aun en el supuesto de que fuese la paciente la que solicitase insistentemente el tratamiento no es su conducta la que se ha de analizar, sino la del profesional de la medicina al que se presuponen los conocimientos científicos y técnicos necesarios para conocer las consecuencias de un determinado tratamiento, máxime si como declara la denunciada y aun no existiendo una especialidad específica más que para la cirugía plástica reparadora y no para la estética que ella realiza, se encuentra perfectamente capacitada habiendo seguido cursos y actuado incluso como ponente en otros sobre la materia; es el profesional de la medicina que prescribe un tratamiento y ante las posibles consecuencias perjudiciales del mismo, el que debe valorar la conveniencia de su aplicación, negándose en todo caso por más que el paciente se lo solicite, sean cuales sean los conocimientos de éste y de quienes lo rodean, máxime si como se trata de expresar en el informe se trata de una persona algo obsesionada con su apariencia física.*

*Además de dicho incumplimiento y aunque la conclusión expuesta pudiera aparecer confusa, también la Sra. forense concluye que al día de hoy Doña María Cristina inyectó un materia, que sin bien no está prohibido, aun no está autorizado por el Ministerio de Sanidad.”*

-En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 8ª, en Sentencia de 8-9-2008, nº 536/2008, rec. 86/2008; Pte.: Molero Gómez, señalo:

*“Por lo expuesto por el Sr. Médico Forense, podemos llegar a afirmar que la causa del padecimiento de la paciente es una ausencia de supervisión regular de la tensión intraocular, para evitar la lesión del nervio óptico. En la historia clínica tan solo constan dos revisiones medicas tras la cirugía, y se constata un progresivo*

*aumento de la P. I. O. y un deterioro del ojo, sin que se adoptara medida terapéutica (solo al final se suministro corticoides) o de diagnóstico (que hubiera podido visualizar los restos de cortex) alguna. Por ello se deduce que el denunciado infringió la “lex artis”, y omitió las precauciones cautelares exigibles. Responsabilidad que no se puede trasladar a la recurrente por el hecho de que acudiera a otros profesionales, en demanda de una mejor atención.”*

-Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, de 20-2-2008, nº 117/2008, rec. 546/2007; Pte.: Cubero Flores, señaló:

*“El hecho de que exista un documento de consentimiento informado no supone otorgar al facultativo una especie de “patente de corso” para actuar negligentemente. Antes al contrario puede existir un consentimiento informado perfectamente asumido por el paciente y ser ello compatible con una actuación negligente del médico”.*

*(.....)“Sencillamente la información del facultativo no debiera haber ido enfocada a las posibles consecuencias de la intervención, sino a convencer al paciente de la no conveniencia de llevarla a cabo, siendo así que obviamente el facultativo no estaba obligado a llevarla a cabo por mucho que el paciente insistiera o consintiera. Aun así en supuestos de mucha insistencia por el paciente, que desde luego no es el caso, la prudencia de quien lleva a cabo una intervención de este tipo aconsejaría la elaboración de un documento de consentimiento informado personalizado, en el que figurara expresamente que no era aconsejable, en este caso, la realización de la intervención. Dicho consentimiento informado individualizado y adecuado a las circunstancias del caso, brilla por su ausencia.”*

-En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, en Auto 12-9-2008, nº 525/2008, rec. 292/2008; Pte.: Grande Pesquero señaló:

*“la ausencia o la información sesgada, incompleta o inexacta, pudiera determinar que los riesgos de los procedimientos aplicados, fueran asumidos por el equipo que los ejecuta, en lugar de por el paciente o usuario, ya que al desconocer los riesgos no puede asumirlos, lo que conllevaría en su caso, la obligación de indemnizar por el resultado dañoso producido, aun cuando el proceder técnico hubiera sido correcto. Son pues, todas ellas, premisas suficientes para que se acuerde la revocación del auto de archivo, y la práctica de las diligencias que el instructor estime convenientes y con su resultado acuerde lo que considere procedente.”*

Así mismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, de 31-7-2012, nº 270/2012, rec. 577/2011; Pte.: Torre Aparicio, señalaba que:

*“no consta la existencia del documento de consentimiento informado y por lo tanto de su firma, siendo por ello una inferencia lógica indicar que no le fue entregado a la paciente tal documento pues lo haría devuelto o se lo hubieran requerido por el*

*cirujano o por el Centro sanitario. Lo que se proporciono a Vanesa fue una hoja de instrucciones para el ingreso en el Sanatorio obrante el folio 28, hoja que, a la vista de su contenido, no puede equivaler en modo alguno ni sustituir al consentimiento informado.*

*El consentimiento informado es un documento que garantiza la información al paciente de la necesidad de la intervención, las alternativas que existen, la forma en que se va a llevar a efecto y de sus riesgos. Y este consentimiento informado es un deber deontológico incluido en los deberes asistenciales, es decir es un deber medico fundamental que corresponde no al paciente sino al facultativo, en este caso al acusado que iba a realizar la intervención quirúrgica.*

*De la declaración del acusado (folio 672) se desprende una despreocupación en orden al documento de consentimiento informado, indicando que él no se ocupaba de ello y que cuando él llega al sanatorio no comprobó si existía o no tal documento y no habla de ello no con la paciente ni con los familiares.”*

*(.....) “como resulta del interrogatorio del acusado, éste no contemplo en ningún momento la posibilidad de un tromboembolismo pese a ser un riesgo a tener en cuenta en las intervenciones abdominales de cirugía mayor, y máxime con los factores concurrentes en el caso que incrementaban ese riesgo.*

*Doña Vanesa no fue informada sobre tal riesgo, ni sobre las alternativas existentes a dicha intervención. Ya hemos dicho que no consta el consentimiento informado, lo cual fue omitido por el acusado, cuando debía haberse llevado a cabo en debida forma.*

*Naturalmente la hoja de instrucciones para el ingreso en el Centro Sanitario (folio 28) ni por su contenido ni por sus características puede equipararse a un consentimiento informado”.*

*(.....) “Por lo tanto, se trataría, en todo caso, de una información inadecuada y no apta para la prestación de un consentimiento sobre la intervención”.*

*(.....) “Y aunque la falta de citado documento de consentimiento informado no determina en todo caso la responsabilidad penal respecto de los resultado imprevisibles o inevitables, de la misma forma que su existencia tampoco excluye dicha responsabilidad en supuestos de impericia, si que supone obviar el protocolo de la buena praxis médica exigible a los cirujanos que van a intervenir a un paciente. En el supuesto que nos ocupa su falta evidencia una defectuosa praxis médica, observándose que la enfermedad tromboembolica era previsible en dicho tipo de intervención con esta paciente y debió haberse adoptado la profilaxis adecuada a través de la heparina de bajo peso molecular en las dosis establecidas en el protocolo, o en caso de los síntomas de tal enfermedad llevar a cabo inmediatamente una actuación médica idónea*



*para su tratamiento, según se colige del Informe médico forense, lo que aquí no se llevo a cabo”.*

*(.....) “la falta de esta información suficiente hace que la aceptación de la paciente estuviera viciada porque no conocía el alcance real de la intervención.”*

Resulta curioso, como la jurisdicción penal no encuentra ningún impedimento a la hora de condenar cuando el elemento que falta es el consentimiento, y no ocurre lo mismos en otras ocasiones en que concurre falta de información pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 37/2011, ambos derechos se encuentran estrechamente vinculados de manera que sin información tampoco se puede hablar de consentimiento.

Para la doctrina mayoritaria, cuando falta la información, no existe relación de causalidad entre la conducta del médico y el resultado dañoso. Sin embargo, consideramos que no es una cuestión de mera relación de causalidad, sino más bien de imputación: cuando el médico omite la información necesaria, infringe, además de un deber legal y ético, el deber objetivo de cuidado y, a la vez, expone al paciente a unos riesgos que éste desconoce, en cuyo supuesto nos encontramos ante la creación de un riesgo no permitido cuyo resultado dañoso puede ser imputado objetivamente al médico que lo causo, precisamente por tratarse del riesgo que la norma pretendía evitar.

Resulta llamativo, que la jurisdicción penal no aplique en estos supuestos los criterios de imputación objetiva ante daños derivados de la actividad médica y no previamente aceptados por no haber sido advertidos por el sujeto causante de los mismos.

## **2.5. El tratamiento médico arbitrario**

En el ámbito penal el consentimiento ocupa, un papel esencial como requisito para legitimar la actuación médica, salvo cuando la decisión adoptada pudiera representar un grave peligro para la vida o salud del paciente<sup>667</sup>.

No obstante, como ya se ha analizado, la doctrina y jurisprudencia tradicional<sup>668</sup>, no han considerado la falta de consentimiento informado como susceptible de dar lugar a responsabilidad penal, salvo excepciones. Para la doctrina tradicional, el tratamiento médico sin consentimiento quedaría fuera del ámbito típico de los delitos de lesiones, pues son realizados con finalidad curativa, objetivamente indicados según la ciencia médica y ejecutados conforme a la “lex artis”, por lo que no suponen una puesta en peligro no permitida de la salud como bien jurídico protegido del delito de lesiones, por su finalidad de preservar o restablecer la salud no dañarla. Por ello, un resultado lesivo

---

<sup>667</sup>ROMEO CASABONA, C.M., (1981). *“El médico y el Derecho Penal....., Op. Cit, p.71*

<sup>668</sup>GOMEZ RIVERO, M.D.C. (2008) *La responsabilidad penal del médico....., Op. Cit, p.122*

de la salud no resultaría objetivamente imputable a una creación o incremento del riesgo típico del tratamiento, sino a otros factores no imputables a la conducta del médico<sup>669</sup>.

Las conductas de tratamiento médico arbitrario podrían incluirse en los delitos contra la libertad<sup>670</sup>, (como delito de coacciones, en los casos en que concurrieran sus elementos típicos) o a través de la incorporación en el Código Penal de un delito de tratamiento médico arbitrario, como el que se recoge en los Códigos Penales austríaco<sup>671</sup> o portugués<sup>672</sup>.

El legislador portugués considera que el tratamiento médico indicado, realizado conforme al estado de la ciencia y con finalidad curativa, no puede ser comprendido como delito de lesiones, a pesar de que finalmente el resultado sea contrario a lo inicialmente esperado o no satisfaga las expectativas, con independencia, además, de que haya mediado o no el consentimiento del paciente.

El CP portugués regula el delito de tratamiento arbitrario, ubicándolo en el Capítulo IV, bajo la rúbrica Dos crimes contra a liberdade pessoal (“De los crímenes contra la libertad personal”), inmediatamente después del delito de coacciones (arts. 154 y 155 CP portugués) y antes del secuestro (art. 158 CP portugués), lo que no da lugar a dudas sobre el bien jurídico protegido en este delito; la libertad personal, si bien referida a la disposición de la salud y la propia vida, respecto de la cual, la manifestación del consentimiento para someterse a una intervención médica constituye el ejercicio de ese derecho, y la salvaguarda de aquel bien jurídico.

---

<sup>669</sup>La calificación del tratamiento médico curativo arbitrario como un posible delito de coacciones es defendida, entre otros por ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal.....*, Op. Cit., pags. 285 ss., y JORGE BARREIRO, A. “La relevancia jurídico-penal del tratamiento.....”, Op. Cit., pags. 5 ss.

<sup>670</sup>GOMEZ RIVERO, M.D.C. “la responsabilidad Penal del médico.....” Op. Cit., p.123

<sup>671</sup>El Código penal austríaco en su art. 110, que dispone lo siguiente: “1. El que someta a otro a tratamiento médico sin su consentimiento, aunque lo haga conforme a las reglas de la Ciencia médica, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con multa de hasta 360 cuotas diarias. 2. Si el autor no solicitó el consentimiento por creer que la dilación del tratamiento habría supuesto un grave peligro para la vida o salud del paciente, será castigado conforme al apartado 1, si tal peligro eventual no existió y el autor se podía haber percatado de ello de haber actuado de forma cuidadosa. 3. El delito sólo será perseguible a instancia de parte”.

<sup>672</sup>El artículo 158 del Código penal portugués establece: “1. Las personas contempladas en el art. 150 [profesionales del ámbito sanitario] que, considerando los fines en él señalados, sometieran al paciente a intervenciones o tratamientos sin su consentimiento serán castigados con prisión de hasta tres años y multa de hasta 120 días. 2. El autor no será castigado cuando el consentimiento: a) sólo pueda ser obtenido aplazando el tratamiento y ello implique un peligro para la vida o un grave peligro para el cuerpo o la salud, b) fue otorgado para una intervención o tratamiento diferente, pero el que le fue practicado era oportuno conforme al estado de conocimientos o experiencia médica como apropiado para evitar un peligro para el cuerpo o la salud, y no concurren circunstancias que permitan inferir con certeza que el consentimiento sería denegado. 3. Tampoco será punible el autor cuando la intervención o tratamiento se realizaran en cumplimiento de una obligación legal. 4. Si el autor, por negligencia, creyese que concurren los presupuestos del consentimiento, será castigado con prisión de hasta 6 meses y multa de hasta 50 días. 5. Los hechos serán perseguibles por la presentación de querrela.

Esta solución, tanto por lo que se refiere al planteamiento de “lege lata” (atipicidad del tratamiento médico curativo), como de “lege ferenda” (necesidad de incorporar un tipo específico) ha sido y es defendida por un amplio sector doctrinal de nuestro país, al que pertenecen, entre otros, autores como JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>673</sup>, ROMEO CASABONA<sup>674</sup>, JORGE BARREIRO<sup>675</sup>, FEIJÓO SÁNCHEZ<sup>676</sup> y GOMEZ PAVÓN<sup>677</sup>.

En este sentido, ROMEO CASABONA<sup>678</sup> afirma que, si bien es indiscutible la necesidad de contar con el consentimiento del paciente y con la previa información (salvo excepciones legalmente previstas), la ausencia de uno u otra no son condiciones suficientes para fundamentar una infracción penal por imprudencia, pues no forman parte de la “*lex artis*” entendida en sentido estricto, salvo que se trate de “información terapéutica”, o salvo que la intervención suponga una infracción del deber de cuidado, con independencia de que el paciente haya sido informado o no, o haya prestado su consentimiento. Para este autor, dichos supuestos determinarían en su caso una responsabilidad civil por falta de información suficiente o del consentimiento mismo, ya que desde el punto de vista penal la única posibilidad sería de la un delito contra la libertad personal como un delito de coacciones, cuando concurrieran los elementos típicos de dicho ilícito penal.

En el mismo sentido, JORGE BARREIRO<sup>679</sup> afirma que “*cuando esa actividad del cirujano se realiza sin respetar o no teniendo en cuenta el consentimiento del paciente, puede concurrir un atentado o ataque contra la libertad de éste: estaremos ante un supuesto de tratamiento médico arbitrario, que en nuestro Derecho puede dar lugar a un delito de coacciones, o, incluso, de detenciones ilegales*”.

Para este autor, en los supuestos de ausencia de consentimiento no estaríamos ante el delito de lesiones, donde se protege la salud personal del sujeto, ya que considera que la concurrencia del enfermo convierte en atípica la eventual conducta del cirujano contra la libertad personal de aquel. Para dicho autor la solución vendría dada por el establecimiento de un tipo penal especial, intermedio entre el delito de lesiones y el de coacciones, ubicado sistemáticamente en el ámbito de los delitos contra la libertad personal dedicado al tratamiento médico curativo arbitrario como medida de zanjar la

---

<sup>673</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, cit.,* pags. 698 y ss.

<sup>674</sup> ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa..., cit.,* pags. 152 y ss.; 246 ss.

<sup>675</sup> JORGE BARREIRO, A. “*La relevancia jurídico-penal del tratamiento.....*”, *Op. Cit.,* págs. 5 y ss. *En una línea similar a la defendida por ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho penal....., Op. Cit.,* p. 409,

<sup>676</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. (2001), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia, y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”* Ed. Bosch, Barcelona, págs. 297y ss.

<sup>677</sup> GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos....., Op. Cit,* p. 117.

<sup>678</sup> ROMEO CASABONA, C.M., (2005) “*conducta Peligrosa e imprudencia....., Op. Cit,* págs. 231-232

<sup>679</sup> JORGE BARREIRO, A.(1990) “*la imprudencia punible en la actividad....., Op. Cit,* p.81

polémica doctrinal existente en torno a la relevancia jurídica del consentimiento en el delito de lesiones.

Tampoco como hemos tenido ocasión de ver, la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de lesiones es pacífica en la doctrina. CORDOY BIDASOLO Y MIR PUIG<sup>680</sup> señala en este sentido que, para unos el bien jurídico protegido es la salud física o mental individual o incolumidad corporal personal (tesis monistas); y, para otros, la salud física o mental y la integridad corporal como dos bienes jurídicos distintos (tesis dualistas). Dichos autores consideran que el bien jurídico protegido es la salud individual en un sentido global y subjetivo, según la entiende la Organización Mundial de la Salud, como bienestar físico y psíquico, no como pronóstico de vida.

Otros autores, como SUANZES PEREZ<sup>681</sup>, destacan que los delitos de lesiones no protegen únicamente la integridad corporal o física, considera que la integridad corporal, no es el bien jurídico protegido porque se trata de un bien instrumental, que forma parte de la salud pero que, en determinados casos, puede resultar contraria a ésta (caso de amputaciones, extirpaciones etc). Para este autor el bien jurídico protegido es la salud, en su vertiente física y psíquica, en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral recogiendo en el artículo 15 CE.

No obstante, dicha solución no sería válida, cuando el médico omite la información o la ofrece de forma inadecuada, pues quebrantaría no solo el deber legal y ético, sino también el deber objetivo de cuidado, exponiendo al paciente a unos riesgos no permitidos cuyo resultado dañoso, en su caso, podría imputarse objetivamente al médico, al tratarse del riesgo que la norma pretendía evitar; lesionando el derecho fundamental a la integridad física y moral del paciente del artículo 15 de la Constitución Española.

Además, si consideramos que conforme a la “*lex artis*” al profesional médico se le exige “aplicar en su práctica los conocimientos que le son demandables por su titulación y especialidad, según los parámetros prescritos por el estado de la ciencia y las guías y protocolos aceptados por la sociedad científica, (tanto en fase de prevención, anamnesis, diagnóstico, indicación terapéutica, pronóstico, ejecución del tratamiento terapéutico, como en fase postoperatoria o de control y vigilancia de la evolución del paciente), debe entenderse incluida la adecuada información en cada una de las fases, de forma adaptada al caso concreto en función de la naturaleza de obligación y a las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar en el que tiene lugar la actividad”, cuando no se respeta la información y, por ende, el consentimiento, la conducta del facultativo podría ser contraria a la “*lex artis*”, y susceptible de responsabilidad.

---

<sup>680</sup>CORDOY BIDASOLO M. y MIR PUIG, S. (2011), *Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia*, p.349

<sup>681</sup>SUANZES PEREZ F. (1999) “los delitos de lesiones, especial referencia de las lesiones al feto” en *lecciones de Derecho Sanitario, Universidad de Coruña, A Coruña*, p.490

Hoy en día es pacífico en la doctrina que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la “*lex artis*”. Si bien la doctrina mayoritaria no considera que dicha infracción sea merecedora de reproche penal alguno.

Para algunos autores<sup>682</sup> tener un consentimiento informado correcto no excluye la responsabilidad penal si la técnica no ha sido adecuada, pero si la atenúa. Por ello realmente el problema radica en si concurre en estos supuestos la existencia de la necesaria relación de causalidad, entre la falta de información o información inadecuada y el resultado dañoso.

Para otro sector doctrinal<sup>683</sup>, la falta de consentimiento informado, afecta al derecho a la autodeterminación, y a la privación del derecho a decidir y consentir la actuación médica, lo que menoscaba la integridad física y moral del paciente por suponer la afeción a la integridad personal protegida por el artículo 15 CE, en la medida que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de modo que cuando la actuación médica se realiza sin respetar la autonomía de la voluntad del paciente, dejándole al margen de las decisiones sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, transgrediera la integridad física y moral de aquel. La falta de consentimiento informado constituye en sí un daño antijurídico, que no tiene el paciente la obligación de soportar; como consecuencia de la conducta antijurídica del facultativo por la infracción de la norma ética y legal que impone el deber de informar adecuadamente de todos los elementos esenciales del acto médico. Daño que afecta a la integridad corporal del paciente a la que se refiere el propio artículo 147 CP “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones (...)*”.

Dicha solución plantea problemas, en supuestos de tratamientos médicos terapéuticos exitosos en los que no se ha recabado el consentimiento correctamente, exigir responsabilidad en dicho supuestos podría ser desproporcionado, por lo que para estos autores<sup>684</sup> la solución pasaría por aplicar el principio de intervención mínima ante esta imprudencia, pues el Derecho penal únicamente debe intervenir en supuestos de agresiones graves a bienes jurídicos protegidos sumamente importantes y siempre que resulten insuficientes otros remedios jurídicos.

Sin embargo, en los supuestos de tratamientos médicos terapéuticos ejecutados conforme a la praxis médica con resultados dañosos en los que no se ha recabado correctamente el consentimiento, si sería apropiado según estos autores, aplicar la figura

---

<sup>682</sup>ZAMARRIEGO CRESPO, J. (1999) “los médicos y el consentimiento informado”, en *deontología, función social y responsabilidad de las profesiones sanitarias, ciclo de conferencias organizado por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p.68*

<sup>683</sup>MUÑOZ CONDE, F., y GARCIA ARAN, M. (2010), “*derecho Penal, Parte General, 8ª edición*”, Tirant lo Blach, Valencia, p.283

<sup>684</sup>*Ibidem*, p. 283

de la imprudencia profesional pues la conducta médica, supondría una agresión a la integridad corporal, y un daño físico e irreversible para el paciente. Existiría una relación de causalidad entre la conducta del médico que ha infringido el deber de cuidado, al no informar debidamente antes de que el paciente tome una decisión que va a afectar a su salud, a su vida y a su integridad corporal, física y moral, y el resultado producido. En este caso el médico debería responder por su imprudencia salvo que justificara que el paciente se habría sometido a la intervención de igual forma de haber conocido el riesgo que finalmente se materializo.

### **3.- REGULACION LEGAL EN EL VIGENTE CODIGO PENAL**

#### **3.1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES**

A diferencia del Derecho Privado en el que rige el principio de autonomía de la voluntad con las excepciones derivadas del respeto a la ley, el orden público y los derechos de terceros, el consentimiento en el ámbito del Derecho Penal solo será relevante cuando el sujeto pasivo tenga la plena disponibilidad del bien jurídico protegido, no existiendo intereses públicos implicados.

El Tribunal Supremo<sup>685</sup> ha señalado que el consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico protegido y garantizado por el artículo 15 de la Constitución Española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento.

En 1983 se reforma el artículo 428 CP para cubrir legalmente una serie de supuestos que la realidad social contemplaba como lícitos, pero cuya atipicidad o antijuridicidad resultaba complicada con arreglo a la tesis de la irrelevancia del consentimiento. Dicha reforma de 1983 vino a dar seguridad jurídica respecto de los mismos, en torno a los cuales existía un acuerdo bastante amplio por parte de la doctrina favorable a su impunidad<sup>686</sup>.

Con la reforma de 1983 el legislador vino a añadir un nuevo párrafo al artículo 428, el artículo 428.2, con el siguiente contenido: “*Art. 428.2: No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados 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 fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales*”.

---

<sup>685</sup>Entre otras en STS de 5 de mayo de 2002.

<sup>686</sup>OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La reforma del consentimiento en las lesiones”, en *Comentarios a la legislación penal, TomoV. La reforma del Código Penal de 1983*, pags. 933-965.

El legislador incluía, tres supuestos en relación con los cuales el consentimiento se consideraba relevante: el trasplante de órganos realizado con arreglo a lo dispuesto en la ley, la esterilización y la cirugía transexual realizadas por facultativo. La inclusión expresa de estos tres supuestos, en los que se concedía relevancia al consentimiento, fue acogida de modo dispar por la doctrina.

Desde una posición favorable al reconocimiento de la relevancia del consentimiento, algunos autores<sup>687</sup> entendieron que los supuestos expresamente regulados por el legislador, en los que se reconoce eficacia al consentimiento, no tenían carácter de *numerus clausus* con respecto a otros supuestos de actividades socialmente adecuadas (como los tratamientos médicos no curativos, o las lesiones causadas en la práctica del deporte).

Algunos autores<sup>688</sup> sostuvieron que la regulación expresa de los tres supuestos por parte del legislador resultaba perjudicial, ya que podía interpretarse en el sentido de confirmar la tesis de la irrelevancia, consagrada en el párrafo primero del artículo 428, salvo para los supuestos previstos en el párrafo segundo, que revestirían carácter excepcional. Para este sector doctrinal, la reforma no era necesaria, ya que la impunidad de estos supuestos podía derivar de su adecuación social o de imputación objetiva.

En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, criticaba la desafortunada inclusión del artículo 428.2, pues, la cuestión decisiva sería determinar si las conductas descritas en el segundo párrafo, podían dar lugar a una *lesión* en el sentido de los tipos penales que protegen la salud y la integridad corporal (trasplante legal de órganos, la esterilización y la cirugía transexual consentidas y realizadas conforme a la *lex artis*), si eran punibles antes de la reforma de 1983<sup>689</sup>.

Con la reformulación del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, realizada por BERDUGO de *‘salud personal’*<sup>690</sup>, OCTAVIO DE TOLEDO considero, que las conductas descritas en el artículo 428.2 no eran punibles con anterioridad a la reforma por no realizar los tipos de lesiones, por no atentar contra el bien jurídico *‘salud personal’* ni objetiva ni subjetivamente. El tipo objetivo, ya que el sujeto sometido a estas intervenciones no ve menoscabada su salud *“salud personal”*, (concepto que no se agota en el sustrato material sino que supone una alteración perjudicial del estado psico-físico de la persona que posibilite el libre desarrollo de su personalidad y su participación en el sistema social). Y el tipo subjetivo, puesto que la finalidad de quien realiza el trasplante, la esterilización o la cirugía transexual, es curar al paciente o

---

<sup>687</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial.....*, Op. Cit, pags. 98-99. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.....*, Op. Cit., p. 158.

<sup>688</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. (1985) *“La reforma del consentimiento en las lesiones”*, en M. COBO (Dir.) *Comentarios a la legislación penal, T.V.Vol.2, Edersa, Madrid. pags. 941-943.* GARCÍA VITORIA, *“Consideraciones acerca de la incidencia.....”* Op. Cit., pags. 92-95.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p.941

<sup>690</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones.....*, Op. Cit. pags. 62 y ss.

impedir el deterioro de su salud (física o psíquica), y no menoscabar su salud personal<sup>691</sup>.

Dentro de los autores críticos con la reforma, GARCÍA VITORIA consideró la adecuación de las conductas descritas por el legislador<sup>692</sup>, partiendo de una concepción de la salud como ‘salud personal’ vinculada al Estado social y democrático de Derecho, defendida por BERDUGO y OCTAVIO DE TOLEDO<sup>693</sup>, que contemplan la salud como un bien disponible para su titular.

Para esta autora el concepto de adecuación social se basa en una concepción liberal democrática, conforme a la cual la aceptación y la utilidad de las conductas que se consideran adecuadas en el sistema social se derivan de los principios del Estado social y democrático de Derecho, del respeto a la libertad, a la autonomía y a la dignidad de la persona como presupuestos valorativos básicos que deben informar la valoración ético-social de las conductas que han de considerarse ‘socialmente adecuadas’, y en consecuencia atípicas en el ámbito jurídico-penal. Por ello los supuestos incluidos en la reforma deben ser jurídicamente admitidos por el ordenamiento como atípicos, a través de la vía de la adecuación social<sup>694</sup>.

En nuestra opinión, aceptando el fundamento jurídico constitucional de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, y el libre desarrollo de la personalidad, que se esgrimen por este sector doctrinal para fundamentar la impunidad de los supuestos mencionados, no comparto el argumento que viene a sostener la atipicidad de los comportamientos que realizan las conductas descritas en el artículo 428.2 del Código Penal. Considerando la naturaleza de los supuestos previstos en el artículo 428.2 es la de causas de justificación específicas.

Su consideración como causas de atipicidad de la conducta, diluyen el equilibrio entre la integridad física o la salud y la libertad de disposición del titular de la misma, llevado a cabo el legislador al considerar, bienes jurídicos de relevancia constitucional superiores (ejercicio de la autonomía y libertad personales), que prevalecen sobre los primeros<sup>695</sup>.

---

<sup>691</sup>OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La reforma del consentimiento en las lesiones.....”, *Op. Cit.*, pags. 941-943.

<sup>692</sup>GARCÍA VITORIA, “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma.....”, *Op. Cit.*, pags. 88-106.

<sup>693</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones.....*, *Op. Cit.*, pags. 62 y ss., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La reforma del consentimiento en las lesiones.....”, *Op. Cit.*, pags. 941 ss., GARCÍA VITORIA, “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma.....”, *Op. Cit.*, pags. 92 ss.

<sup>694</sup>GARCÍA VITORIA, “Consideraciones acerca de la incidencia.....”, *Op. Cit.*, pags. 92 ss.

<sup>695</sup>OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La reforma del consentimiento en las lesiones.....”, *Op. Cit.*, pags. 941 ss., GARCÍA VITORIA, “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma.....”, *Op. Cit.*, pag. 92 ss. GARCÍA ARÁN (1983) “Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español”, en *Homenaje a Pérez Vitoria, t. I, Barcelona*, pags. 263 ss. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial.....*, *Op. Cit.*, pags. 128-129.



De la regulación de las lesiones en nuestro Código penal, se deriva con independencia de la relevancia del consentimiento con carácter general, que el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones es independiente de la voluntad de su titular, sin perjuicio de cierta relevancia como consecuencia de la subjetivización del concepto jurídico de salud.

Otro sector doctrinal<sup>696</sup> acogió la reforma de 1983, como confirmación de la tesis de la relevancia del consentimiento en actividades socialmente útiles.

En esta línea BAJO FERNANDEZ, realizando una interpretación del Art. 428.2 en sentido protector de los afectados<sup>697</sup>, en la prescripción de determinados requisitos adicionales para la validez del consentimiento en atención a la especial trascendencia sobre la salud, y del carácter irreversible de las conductas descritas. Para este autor la cuestión se plantea en los siguientes términos. Frente al artículo 428.2 sólo caben dos opciones:

-La aceptación de la irrelevancia del consentimiento con carácter general, conforme parecería desprenderse de la lectura del párrafo primero de dicho artículo, salvo los tres supuestos enumerados en el segundo párrafo, considerando, para los demás supuestos, que se trata de lesiones en principio punibles, y conforme a ello aplicar en cada caso la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho o la atipicidad de la conducta, (las lesiones deportivas, la actividad médico-quirúrgica, los experimentos científicos, etc). Lo cual sería contradictorio con la premisa de un consentimiento irrelevante.

-Interpretar el artículo 428 en el sentido de que se entiende siempre relevante el consentimiento e impunes las lesiones consentidas, salvo que la ley disponga otra cosa<sup>698</sup>. Pero dicha solución no puede ser aceptada, pues resulta contraria tanto al tenor del párrafo primero del artículo 428. Supondría establecer como norma general lo que parece una excepción.

En 1989 se produce la segunda reforma penal en materia de justificación de intervenciones sanitarias, relativa a la esterilización de incapaces (art.156CP).

En la redacción del precepto se observan, una serie de garantías con la finalidad de que la decisión de esterilización sea adoptada en consideración efectiva del interés del incapaz, como son la concesión de la iniciativa a los representantes legales del incapaz, no de oficio o a instancia de terceras personas que pueden tener intereses en conflicto con el incapaz; la decisión de autorizar la esterilización corresponde en

---

<sup>696</sup>ROMEO CASABONA, "El consentimiento en las lesiones en el Proyecto.....", *Op. Cit.*, pags. 280 ss.

<sup>697</sup>BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.....*, *Op. Cit.* p. 158.

<sup>698</sup>*Ibidem*, p. 158.

exclusiva al Juez; el control público que se establece, a través de la necesidad que sean oídos dos especialistas (médicos o profesionales psicólogos), y el Ministerio Fiscal, consultas que no tienen sin embargo carácter vinculante pero que responden al criterio rector del mayor bienestar de la persona deficiente y el mejor goce de sus derechos y potencialidades humanas<sup>699</sup>.

Estas exigencias se recogieron por el Tribunal Constitucional en la STC 215/1994, de 14 de julio, que conoció del recurso sobre la constitucionalidad de la regulación. Esta sentencia señaló que *“tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, dadas las garantías de las que se ve rodeada la autorización de tal intervención”*<sup>700</sup>.

En el Código penal de 1995, la regulación del consentimiento en las lesiones viene a aclarar el confuso panorama de los antiguos arts. 425 y 428. El legislador se planteo adoptar, o bien el principio de relevancia del consentimiento en las lesiones con carácter general (sin limitaciones, o con limitaciones derivadas de deberes para con la comunidad o falta de adecuación con las valoraciones ético-sociales), o bien la de declarar la irrelevancia del consentimiento salvo en los supuestos expresamente previstos.

Acogiendo finalmente la solución intermedia del artículo 155: *“En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea 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”*. Manteniendo los supuestos introducidos con las reformas de 1983 y 1989, modificados en lo relativo a la esterilización de incapaces, para garantizar el *“mayor interés del incapaz”* como criterio expreso, de acuerdo con las exigencias que había puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional- en el artículo 156 CP<sup>701</sup>.

La regulación del consentimiento en las lesiones contenida en el artículo 155 CP responde a un cierto reconocimiento de la libertad de disposición del bien jurídico

---

<sup>699</sup>TAMARIT SUMALLA. (1990) *“La reforma de los delitos de lesiones”*, PPU, Barcelona, p. 193.

<sup>700</sup> STC 215/1994, FJ 3.

<sup>701</sup>El artículo 156, prevé: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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”*.

salud, y a las tesis que sostienen la irrelevancia del consentimiento. Se opta por concederle una relevancia parcial, atenuando la pena en uno o dos grados, pero no eximiendo de responsabilidad criminal y en base a una disminución, en ambos casos, del injusto penal<sup>702</sup>.

Exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>703</sup> para apreciar la atenuación prevista en el artículo 155:

a) consentimiento válido, no siéndolo el que es prestado por un menor de edad o un incapaz, sin necesidad de declaración judicial, de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal;

b) libre y espontáneo, no condicionado por ningún elemento externo ya que en ese caso impediría su apreciación; no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el artículo 15 de la CE.

c) expresamente emitido por el ofendido, sin que quepan suposiciones.

La valoración de la nueva regulación por parte de la doctrina ha sido por lo general negativa. Para GIMBERNAT<sup>704</sup>, la nueva regulación constituye un importante retroceso antiliberal de nuestra política criminal, que impide la relevancia del consentimiento cuya defensa continuaba siendo posible con el Código de 1973, a pesar de la redacción del artículo 428.1.

En el mismo sentido, BERDUGO, se mostró favorable a la disponibilidad de los bienes jurídicos personales a partir de la Constitución de 1978, desde una consideración de la salud como ‘salud personal’, comprensiva tanto del sustrato material de la misma como de la libertad de disposición.

Para CARBONELL y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>705</sup> “*la solución no puede resultar más insólita*”, pues o bien “*la salud es un bien disponible y entonces el consentimiento ha de eximir de responsabilidad penal o no lo es y entonces no se explica la atenuación*”.

---

<sup>702</sup>DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN *et alii*, *Comentarios al Código Penal.....*, Op. Cit., pags. 554-555, y notas 29 y 30.

<sup>703</sup>Entre otras en STS de 5 de mayo de 2002.

<sup>704</sup>GIMBERNAT ORDEIG. (2001) “El consentimiento en las lesiones”, en el Prólogo a la segunda edición del Código Penal, 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, págs. 38-39.

<sup>705</sup>CARBONELL MATEU - GONZÁLEZ CUSSAC. en VIVES ANTÓN *et alii*, *Comentarios al Código Penal de 1995. I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 805.

En la misma línea, MUÑOZ CONDE<sup>706</sup> afirma que el artículo 155 no excluye que pueda alegarse el consentimiento como causa de justificación, en los casos en que a pesar de haber sido emitido válidamente, careciera de relevancia jurídica (por ser contrario a la dignidad humana), o no reuniera los requisitos exigidos por el legislador para justificar determinadas conductas (trasplantes de órganos, cuando mediara precio o recompensa).

Otro sector doctrinal<sup>707</sup>, más favorablemente a la nueva regulación, vio en esta el reconocimiento de una cierta disponibilidad de los bienes jurídicos personales, y la necesidad de garantizar el respeto a estos bienes, independientemente de la voluntad de su titular, en base, bien a valoraciones ético sociales de conductas especialmente lesivas, o bien en la necesidad de fijar límites del consentimiento como garantía de la salud como sustrato material para el desarrollo de la personalidad.

En este sentido, la actual regulación del artículo 155 CP, según DÍEZ RIPOLLÉS,<sup>708</sup> obedecería a un compromiso entre el reconocimiento de un cierto derecho de disposición del bien jurídico salud, y el contenido de protección positiva del mismo, cuya tutela impone al Estado la necesidad de establecer una serie de limitaciones a la disponibilidad. La salud y la integridad serían bienes disponibles en el ámbito de las autolesiones. En el ámbito de los delitos dolosos de lesiones, el legislador habría puesto en el artículo 155 límites a la disponibilidad. Estas limitaciones se justificarían por un lado “*en virtud de la importancia del bien jurídico implicado*” que aconsejaría que los poderes públicos promuevan y favorezcan su disfrute y mantenimiento y desincentiven su renuncia y, por otro, en las importantes e irreparables consecuencias de una decisión de renuncia a tales bienes jurídicos, así como, “*referencias a intereses comunitarios limitadores de la disponibilidad individual sobre la salud e integridad*”<sup>709</sup>.

Por tanto, para DÍEZ RIPOLLÉS, el artículo 155 del Código Penal se configura como una opción legislativa, dentro del marco abierto que establece la Constitución, caracterizada por el reconocimiento de un “*significativo, pero limitado campo de actuación al consentimiento en el ámbito jurídico-penal*”<sup>710</sup>, en base a los siguientes criterios<sup>711</sup>:

-Diferenciando valorativamente entre intervenciones propias y de terceros, siendo plena la eficacia del consentimiento en todas las intervenciones sobre uno

---

<sup>706</sup>MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal (Parte Especial)*....., *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>707</sup>DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN *et alii*, *Comentarios*....., *Op. Cit.*, pags. 563-565. TAMARIT SUMALLA. (1996) *Comentario al artículo 155*, en QUINTERO OLIVARES – VALLE MUÑIZ *et alii*, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, pags. 749-750.

<sup>708</sup>*Ibidem*, pags. 563-565.

<sup>709</sup>*Ibidem*, p.557 y nota 46.

<sup>710</sup>*Ibidem*, p.563.

<sup>711</sup>*Ibidem*, p.564.

mismo, y por extensión a las colaboraciones voluntarias o imprudentes de terceros en las mismas. Lo que comporta jurídico-penalmente su impunidad.

- Diferenciado dentro del consentimiento en las intervenciones de terceros, una mayor o menor eficacia según la gravedad del desvalor de la acción y del resultado. Así, en delitos de lesiones dolosos, presentaría una relevancia atenuatoria.

-Aceptando en determinadas situaciones una posterior relevancia eximente del consentimiento en intervenciones de terceros, con variable trascendencia, en el marco de las lesiones consentidas más graves, como el artículo 156 CP.

En mi opinión, el artículo 155 tiene en cuenta el doble aspecto del bien jurídico tutelado, que incluye, un componente disponible constituido por la libertad de disposición, y por otro, el sustrato material de la salud que, constituye un presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad del individuo y condición para su participación en el sistema social, digno de la protección penal con independencia de la voluntad de su titular. Constituye por tanto, una causa de disminución del ilícito penal por disminución de la afectación a la salud personal, al afectar solo a la parte del bien jurídico protegido indisponible.

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo tipo penal, el artículo 156 bis<sup>712</sup> del Código Penal que regula el tráfico de órganos.

La introducción de este tipo penal supone dar cumplimiento a la exigencia impuesta por el Derecho Internacional desde la Declaración de Estambul de Mayo de 2008<sup>713</sup>, en relación con prácticas que violan los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana.

Por último la LO 1/2015, ha dado una nueva redacción al art. 156 C.P.<sup>714</sup>El legislador prescinde de la remisión a los conceptos de discapacidad del art. 25 del

---

<sup>712</sup>Artículo 156 bis del código Penal que regula el tráfico de órganos: "1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. 3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33"

<sup>713</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017). *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson. Madrid. pags.66-67.

<sup>714</sup> El art. 156 C.P., dispone: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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,

Código penal, y opta por una formula más restrictiva, ya que admite la validez del consentimiento otorgado por algunas personas con discapacidad siempre que no carezcan absolutamente de aptitud para prestarlo.

## 3.2. LA IMPRUDENCIA MÉDICA

### 3.2.1. Introducción

Como afirma LUZON CUESTA<sup>715</sup>, “El contenido del Derecho penal viene dado, por el hecho delictivo, alrededor del cual giran, de una parte, el sujeto activo y la consecuencia jurídica sancionadora o aseguradora, y, de otra, el sujeto pasivo y la consecuencia jurídica reparadora”.

Sobre la actividad judicial penal derivada de responsabilidad sanitaria, la mayoría de los casos acaban en sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales o en absolucón; recurriendo mayoritariamente los perjudicados a la vía civil o administrativa a fin de lograr un resarcimiento económico. Siendo mínima la proporción de casos que llegan a la Sala de lo Penal del TS.

Según la doctrina penalista mayoritaria<sup>716</sup> y, del Tribunal Constitucional (TC), al Derecho Penal compete únicamente la protección de los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad (vida, salud, etc.) y sólo frente a los ataques más graves. Por ello, los comportamientos negligentes únicamente se castigan cuando el resultado de esa imprudencia (el daño) sea de notoria importancia.

Como quiera que la actividad sanitaria afecte a la salud y la vida de las personas, que son bienes jurídicos de la máxima relevancia, las conductas negligentes, relativas a dichos bienes jurídicos, ostentan relevancia penal y están tipificadas en el Código Penal<sup>717</sup>.

---

o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

<sup>715</sup>LUZON CUESTA, J. M. (2015), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, p. 39

<sup>716</sup>MORILLAS CUEVA, L. (2012) *Falta de consentimiento informado y modalidades delictivas*. En YAGÜE, F. L., CUEVA, L. M., & BALMASEDA, O. M. (2012). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado)*. Editorial Dykinson. Madrid. p.141.

<sup>717</sup>VALLS PRIETO, J. (2009), *Bienes Jurídicos Protegidos en Intervenciones médicas*. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid. p.30 a 34.

Del derecho a la vida, constitucionalmente consagrado<sup>718</sup>, derivan para el Estado dos clases de deberes: El deber de proteger las vidas humanas frente a los ataques de particulares y frente a ataques del propio Estado, prohibiendo la pena de muerte.

Se ha planteado por la doctrina en relación a la vida si la determinación debe obedecer a criterios científico-naturales o valorativos. Esto es, si la vida ha de entenderse en un sentido puramente físico-biológico, o por el contrario, depende también de contenidos valorativos (el interés que tenga el propio titular del derecho a la vida, o la sociedad en general).

También existe discusión doctrinal en torno al inicio y fin de la vida humana. Los criterios utilizados en la doctrina para estimar el inicio de la vida independiente son varios: Comienzo de la expulsión motivada por el parto; Visibilidad con expulsión completa del claustro materno; Posibilidad de realizar una acción homicida directa sobre el objeto material sin afectación maternal alguna; Completa expulsión del claustro materno más corte del cordón umbilical; Completa expulsión del claustro materno más respiración pulmonar autónoma.

La jurisprudencia apoya el criterio de la respiración pulmonar, viene señalando que el límite entre ambas figuras debe situarse en el comienzo del parto que pone fin al estado fetal y se extiende tanto al periodo de dilatación como al periodo de expulsión. El comienzo de la protección que dispensa el tipo se identifica con el nacimiento, con la respiración pulmonar totalmente autónoma.

Así mismo, respecto del final de la vida se ha planteado la cuestión de determinar cuáles sean los signos externos que permitan acreditar la extinción de la personalidad del sujeto.

En este sentido La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante, establecen los requisitos de calidad y seguridad, fijan la muerte en la confirmación irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o en el cese irreversible de las funciones encefálicas<sup>719</sup>. Cualquier acto capaz de causar la muerte después de haberse producido ésta ya no constituye un delito de homicidio.

---

<sup>718</sup> La Constitución Española de 1978 declara, en su art. 15, que: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

<sup>719</sup> El artículo 3.8 del referido Real Decreto define la "certificación de muerte" como "el acto médico en virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios".

La Ley 30/1979, viene exigiendo la concurrencia durante treinta minutos y la persistencia durante las seis horas siguientes al comienzo del coma de los siguientes signos: ausencia de respuesta cerebral con pérdida absoluta de conciencia; ausencia de respiración espontánea; ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis; electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Por su parte, el Real Decreto de 30 de diciembre de 1999 por el que se regulaba la actividad de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de trasplante de órganos disponía que la muerte del individuo podrá certificarse desde la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o cefálicas.

El Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante en el art 9.2 prevé, *“La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte”*.

En base a dicha doctrina y jurisprudencia, podemos hablar de dos valores o bienes jurídicos de diferente rango, cuyo substrato común es la vida humana: La vida humana independiente o extrauterina, que se protege en el Título I *“Del homicidio y sus formas”* del Código Penal (arts.138-143 CP). Y la vida humana dependiente o intrauterina, que se protegen bajo la rúbrica *“Del aborto”* en el Título II, del Libro II, del Código Penal (arts.144-146CP).

La actividad sanitaria incide directamente en estos bienes jurídicos protegidos. Partiendo del concepto de acto médico como, *“la prestación o actividad profesional del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente en cada caso, la denominada “lex artis ad hoc”, un efecto terapéutico o de curación del enfermo, o bien de la salud en general”*<sup>720</sup>.

La responsabilidad penal del profesional sanitario surgirá cuando realice su actividad sin la concurrencia de los siguientes requisitos.

1. Que se lleve a cabo por un facultativo debidamente titulado. En caso contrario la conducta sería castigada como intrusismo.

---

<sup>720</sup>Del RIO, J. A. (2003). *La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (y II)*. *Revista española de drogodependencias*, (4), pags.384-401.



2. Que se haya obtenido el consentimiento del paciente, bien sea expreso (oral o escrito), tácito o implícito (que es en principio la regla general), o presunto.
3. Que observe las reglas propias de la profesión, esto es, la *lex artis ad hoc*, el deber objetivo de cuidado que se debe prestar en la atención sanitaria y cuya infracción puede originar el delito o la falta de imprudencia.<sup>721</sup>

En el ámbito penal ha habido un progresivo aumento de demandas por presuntas imprudencias médicas con resultados lesivos para los pacientes, como consecuencia de la complejidad técnico-sanitaria y de multitud de factores que influyen en un resultado lesivo, dada la intervención de múltiples profesionales en un mismo acto médico, lo que dificulta la delimitación de la responsabilidad penal en cada caso. Todos estos factores han determinado por parte de los profesionales de la medicina la adopción de medidas preventivas y el ejercicio de la hoy conocida como medicina defensiva, con aumento de suscripciones de seguros de responsabilidad civil.

SEGURA GARCIA<sup>722</sup>, realiza una enumeración de los distintos tipos penales en que pueden incurrir los profesionales sanitarios, en el vigente Código penal:

- El homicidio imprudente por imprudencia grave y por imprudencia profesional, art. 142.1 del Código Penal.
- El art. 143 del Código Penal, tipifica conductas punibles relativas al final de la vida, sancionando la cooperación al suicidio hasta el punto de ejecutar la muerte, la inducción al suicidio y la cooperación con actos necesarios al suicidio de la persona. La pena se reduce por el legislador para los casos de cooperación activa o causación de la muerte de otro, previa petición expresa, seria e inequívoca de la víctima que sufra una enfermedad grave que le conduciría inevitablemente a la muerte, o le produjera padecimientos difíciles de soportar.
- El aborto, se tipifican diversas conductas en el ámbito sanitario, en los arts. 144 a 146 del Código Penal, en concreto: la producción del aborto no despenalizado, con o sin el consentimiento de la mujer, y dentro del campo de las imprudencias se penaliza el aborto por imprudencia grave y con imprudencia profesional.
- Lesiones por imprudencia grave y por imprudencia profesional (art. 152.1 CP). Dichas lesiones podrán afectar a la integridad corporal o salud física o mental del perjudicado (art. 147 CP), causar la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o un sentido, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o

---

<sup>721</sup>CARRO GONZALEZ, F. J. (2012). Tesis doctoral "Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria". pags.47-48.

<sup>722</sup>SEGURA GARCIA, B. (2007). Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria. In Marco jurídico de las profesiones sanitarias. Lex Nova. pags. 345-417.

psíquica (art. 149 CP), o causar la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad (art. 150 CP).

-Tráfico ilegal de órganos y trasplantes, arts.156 bis del Código Penal.

-Lesiones al feto por imprudencia grave y por imprudencia profesional, arts. 157 y 158 del Código Penal.

-Delitos relacionados con la manipulación genética arts. 159 y ss., del Código Penal. Tipifica conductas consistentes en: La alteración del genotipo por manipulación de genes humanos; La producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana utilizando para ello la ingeniería genética; La clonación; La fecundación asistida sin el consentimiento de la madre y la fecundación no reproductiva de óvulos.

- Denegación de asistencia sanitaria o abandono del servicio, art. 196 del Código Penal. Tipifica como conducta punible tras la omisión del deber de socorro, la denegación de la asistencia sanitaria y el abandono del servicio por los profesionales obligados a dispensar tal asistencia. Por tanto estamos en presencia de un delito de los llamados de riesgo, en el que acreditada la existencia del riesgo relevante y cierto para la salud de la persona a la que no se dispensa la asistencia sanitaria, se produce el tipo, que requiere: que el autor sea profesional sanitario; que exista denegación de la asistencia o abandono del servicio cuando se esté obligado a dispensarlos; que se produzca un riesgo grave para la salud de las personas; que exista consciencia de la existencia del riesgo, por parte del profesional.

-Divulgación del secreto profesional y acceso no autorizado a la información arts. 197 a 199 del Código Penal. En este ámbito el legislador describe una serie de conductas punibles que pueden tener lugar en el medio sanitario dado que el paciente habrá de facilitar al profesional medido información que afecta a su intimidad. Dicha información y todos los datos del proceso asistencial del paciente se consignan en la historia clínica correspondiendo su custodia a los titulares de las consultas y centros asistenciales públicos o privados según los casos. Toda la información afecta a datos de carácter personal y a la salud, por lo que merecen especial protección.

La conducta típica del art. 197 CP hace referencia al acceso por cualquier medio a datos de carácter personal custodiados en un archivo o registro público o privado así como su alteración o utilización en perjuicio del titular o de un tercero. Esta conducta merece mayor reproche penal por el legislador cuando se trata de datos de carácter personal que afectan a la salud.

Por su parte, la violación del secreto profesional, tipificada en el art. 199 CP castiga al que revelare secretos ajenos, que conozca por razón de su oficio o relaciones laborales, y en particular, al profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

- Delitos en neonatología, arts. 220 y ss., del Código Penal. Contemplan una serie de conductas delictivas que pueden tener lugar en neonatología y que podemos sintetizar en tres: la suposición del parto; la entrega de un hijo a un tercero, modificando la filiación; la sustitución de una criatura por otra.
- Exposición a radiaciones ionizantes, art. 343 del Código Penal. En el ámbito de la radiología se penaliza la exposición a las personas a radiaciones ionizantes, que pongan en peligro su vida, integridad o salud, por imprudencia grave.
- Delitos contra la salud pública, que afectan a los profesionales sanitarios en el ámbito de la farmacia, arts. 359 y ss. del Código Penal, como la elaboración, despacho o comercialización de sustancias sin autorización; despacho de sustancias que no cumplan los requisitos o estén caducados o deteriorados; alteración y simulación de medicamentos.
- Falsedades documentales arts. 390 y 397 y ss del Código Penal: entre otros, alteración de elementos esenciales en documentos, simulación de documentos, falsificación de certificados médicos.
- Intrusismo profesional art. 403 del Código Penal. Por ejercer actos propios de una profesión sin tener el correspondiente título académico, entendiéndose por tal, no solo el título universitario, sino los referidos a centros oficiales de enseñanza oficial o extranjeros homologados.
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos por funcionarios públicos, art. 413 y ss. del Código Penal: custodia de las historias clínicas y documentos oficiales.
- Falso testimonio (arts. 459 CP y 460CP). En relación a los peritajes, se considera conducta punible la declaración de peritos que faltasen a la verdad maliciosamente en su dictamen, o aquella en que sin faltar sustancialmente a la verdad, la altere con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que conociesen.

En el presente trabajo nos centraremos en el estudio de la imprudencia médica, cuyo análisis pasamos a desarrollar.

### **3.2.2. Concepto, requisitos y evolución normativa**

Las profesiones sanitarias entrañan en general actividades de riesgo. Los riesgos generados por ellas pueden considerarse atípicos y sólo adquirirán relevancia cuando las conductas mediante las cuales despliegan su actividad se ejecuten en condiciones distintas a las que según el ordenamiento jurídico les serían exigibles. La imprudencia es básicamente una cualidad de la conducta, y supone un juicio normativo-comparativo

respecto de las pautas de actuación que el ordenamiento jurídico determina en cada caso.

No obstante es preciso para determinar el alcance de la licitud, averiguar si el sujeto estaba o no en condiciones de conocer que con su actuación podía afectar el bien jurídico tutelado por la norma jurídica, es decir si le era previsible. La atribución del resultado a la previsión de riesgo supone además de la causalidad en los casos de comisión, un juicio normativo en el que la causalidad hipotética asociada al fin de protección de la norma es relevante.

El ejercicio efectivo de la capacidad de prever, no determina per se que la actuación deje de ser imprudente para tornarse dolosa, al no tener que implicar que la persona esté incorporando el resultado a su intención de actuación, que parece ser el elemento determinante de la existencia de dolo.

El Derecho penal está regido por el principio de legalidad, recogido en la regla “Nullum crimen, nulla poena sine lege”. Solo la ley aprobada por el parlamento puede definir las conductas delictivas y sus penas o los estados peligrosos y las medidas de seguridad. Requieren una triple exigencia:”Lex praevia, scripta et stricta”(Ley penal previa a la comisión del delito, escrita para que pueda ser conocida por todos, y de estricta aplicación por el poder judicial)<sup>723</sup>. Dicho principio se recoge, en los Arts. 1 y 2 del Código Penal.

No obstante lo anterior, la propia naturaleza de la imprudencia, impide determinar a priori todos los supuestos de negligencias. Por ello, la norma de cuidado exigible al profesional ha de ser establecida para cada caso concreto, una vez conocidas las circunstancias concurrentes; tras cuya valoración el juez podrá valorarlas y determinar si el acusado actuó conforme a la diligencia que le era exigible. Por ello, algún sector de la doctrina considera que en estos casos se podría vulnerar el principio de legalidad al dejar en manos del Juez la fijación de la norma de cuidado exigible, aunque realmente la función del juez no consiste en la creación de la norma de cuidado sino en la localización de la misma.

La observancia de norma de cuidado exigible al profesional, forma parte de la “lex artis ad hoc” y requiere verificar previamente, si el daño generado era o no previsible. Ya que solo será exigible la observancia de la norma de cuidado si el daño derivado de la actuación del profesional es una consecuencia previsible del mismo, de conformidad con el principio de culpabilidad, en cuya virtud sólo deberá exigirse

---

<sup>723</sup>La STC 89/93, de 12 de marzo señala “el principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y las penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*”.

responsabilidad por daños causados, que eran previsibles para el profesional medio normal<sup>724</sup>.

Así mismo, forma parte del contenido propio de la "lex artis ad hoc", la exigencia del "consentimiento informado del paciente", su ausencia o prestación inadecuada salvo excepciones contempladas taxativamente en la ley, comporta vulneración del derecho fundamental a la salud, reconocido en el art. 15 CE como un derecho humano básico sujeto a la libre disponibilidad de la persona, por parte del profesional médico.

La responsabilidad del profesional sanitario puede ocasionarse no solo por acción sino también por comisión por omisión, dado su posición de garante tal y como tipifica el art. 11 del vigente código penal. En el ámbito sanitario, el médico ostenta generalmente esa posición de garante

En la responsabilidad penal rige el principio de la "responsabilidad personal", que excluye por completo la posibilidad de ser sancionado por los actos de otro o por un comportamiento colectivo. Además, en delitos cometidos por imprudencia, rige también un principio general de confianza en el comportamiento correcto de otro u otras personas implicadas en el ámbito del riesgo en el que nos encontramos salvo que no existan indicios de que dicha persona o personas no se están comportando correctamente, en cuyo caso deberíamos cubrir también el riesgo que pueda generar ese incorrecto comportamiento de terceros. En el ámbito sanitario, su aplicación al caso concreto depende del tipo de relación existente entre los sujetos implicados en el ámbito de riesgo. Si los sujetos implicados se sitúan en posición de igualdad, todos ellos pueden confiar de igual modo en el respeto al deber de cuidado de los demás. Así ocurre cuando distintos especialistas colaboran en la aplicación de una terapia o intervención determinada. Pero cuando los sujetos forman parte de un equipo que cuenta con un director y otros miembros subordinados a él, la responsabilidad del director se amplía al ámbito de riesgo que dirige.

Dado que nos movemos en un ámbito en el que el juez es profano, su criterio sobre la adecuación de la conducta del profesional al deber de cuidado atenderá fundamentalmente a las pruebas periciales practicadas en el proceso; dictámenes emitidos por especialistas y ello sin perjuicio del principio de libre valoración de la prueba, establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), que en todo caso deberá ser motivada, sobre todo en los delitos imprudentes, por su carácter de normas penales en blanco, donde se debe establecer motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido, tal y como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

---

<sup>724</sup>En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias entre otras, STC 105/1988, de 8 de junio; 150/1991, de 4 de julio; 161/1997, de 2 de octubre; 45/2009, de 19 de febrero.

La antigua redacción del Código Penal, vigente hasta 1996, obligaba a imponer penas durísimas de prisión cuando se producían muertes por imprudencia. Los restantes casos de negligencias cometidas en el ámbito de la profesión se castigaban como imprudencias comunes "del profesional" y, en consecuencia, no eran agravadas. Dicha regulación se modificó en el sentido de no asignar mayor pena para estos supuestos, sino sólo una pena específica de inhabilitación profesional.

Así mismo el Código Penal anterior, castigaba la "negligencia profesional", con pena privativa de libertad más grave y permitía aumentar la responsabilidad ante resultados de especial entidad. El actual texto, contempla para las imprudencias profesionales la misma pena privativa de libertad que la prevista para la imprudencia grave común de la respectiva figura delictiva, se configura como una modalidad cualificada de la misma como consecuencia de ser el sujeto que incurre en ella un profesional y cometerla en el ámbito de su profesión donde le es exigible un mayor conocimiento y cuidado, añadiéndole la pena privativa de derechos, pues en todos los casos se contempla la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

No obstante, no han sido muchas las sentencias condenatorias que han impuesto la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico, porque se ha hecho una interpretación muy restrictiva de la imprudencia profesional considerando como tal únicamente la "imprudencia profesional" en sentido estricto y no la imprudencia del "profesional". Los artículos 142 y 152 CP distinguen entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, descansando la última en una impericia gruesa, suponiendo la impericia profesional una incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica, que tiene su fundamento en la ignorancia o gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Caso distinto del profesional sanitario que conoce la "*lex artis ad hoc*" o del caso concreto y tiene la capacidad para llevar a cabo el acto médico concreto que ejecuta, pero produce el resultado lesivo por falta de cuidado en un momento de su desarrollo, en que nos hallamos ante una imprudencia del profesional y no la estrictamente profesional. Las consecuencias de apreciar una y otra son relevantes en cuanto a la pena a imponer, puesto que en el art. 142.1 último párrafo o en el art. 152.1 último párrafo CP, prevén además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, lo que impide al condenado poder ejercer la profesión médica durante la inhabilitación. Pena que sólo es aplicable cuando se califique la imprudencia como grave, no cuando lo sea menos grave.

En la actualidad el Código Penal, Tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo, ha destipificado las faltas y regula la imprudencia en el ámbito sanitario en los delitos de homicidio, lesiones, lesiones al feto y aborto.

Hasta la reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo, se clasificaba la imprudencia profesional en grave, menos grave y leve teniendo en cuenta el grado de infracción del deber de cuidado, cifrado en la comparación entre el comportamiento que hubiera debido tener el sujeto conforme a los cánones de un profesional medio y el que

realmente tuvo. Tras la despenalización de las faltas, se altera el modelo clásico de las imprudencias punibles al suprimir del Código Penal las imprudencias leves e incorporar la nueva categoría de imprudencia menos grave. Hasta la reforma, las imprudencias leves o simples podían ser constitutivas de falta; ahora, son impunes, pasando al ámbito de la responsabilidad civil. Quedado el homicidio y las lesiones causados por imprudencia grave y menos grave, justificándose esta nueva categoría, dice la exposición de motivos de la LO 1/2015, *“en que no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia”*.

El contenido de esta nueva categoría imprudente ha de delimitarse a partir de la imprudencia grave, entendida por la doctrina mayoritaria como el olvido de norma elementales de conducta en la acción concreta del autor, exigibles siempre a toda persona en cualquier actividad de la vida ordinaria, y de la imprudencia leve, entendida como el descuido no relevante del agente que causa un resultado, situándose la imprudencia menos grave en un punto intermedio entre ambas.

Los resultados que son necesarios en el homicidio por imprudencia del art. 142 CP, será la muerte causada por imprudencia grave o menos grave, variando la penalidad en función de cuál sea aplicable, pero en el delito de lesiones del art.152 la exigencia del resultado lesivo será diferente si nos hallamos ante una imprudencia grave o una menos grave, en función de si el resultado lesivo lo es del art. 147.1 CP, del art. 149, o en su caso del art. 150 CP.

Es preciso hacer referencia a los requisitos de perseguibilidad en el homicidio menos grave, art. 142.2 último párrafo CP, que sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, frente al homicidio producido por imprudencia grave, que será perseguible de oficio. Por su parte las lesiones causadas por imprudencia menos grave con los resultados previstos en el art. 152.2 CP citados, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, siendo las lesiones causadas por imprudencia grave perseguidas de oficio.

Dicha previsión, introducida en la reforma operada por la LO 1/2015, es relevante a efectos de propiciar un entendimiento entre las partes en vía civil, que evite el proceso penal y en consecuencia la victimización secundaria a la víctima, la estigmatización del profesional sanitario, el colapso de los juzgado de instrucción y penal como consecuencia del aumento de procesos derivados del ejercicio de la medicina y en definitiva la progresiva expansión de la medicina defensiva.

La jurisprudencia considera necesarios para poder afirmar que nos hallamos ante

una imprudencia médica, los siguientes requisitos<sup>725</sup>:

La conducta que produce el resultado lesivo puede ser una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; la conducta del profesional sanitario en el ejercicio del acto médico, es por principio con finalidad curativa, no maliciosa.

Un elemento psicológico consistente en la capacidad o facultad del profesional sanitario, de conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño que se le se representa como posible pero que no acepta, espera en todo caso que no acontezca, la valoración dependerá de las circunstancias personales, del lugar, tiempo etc... del caso concreto.

Un elemento normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente, que en la actuación del profesional sanitario se sintetiza en el respeto de la “*lex artis ad hoc*”.

Necesidad de causación de un daño que consistirá normalmente en la efectiva materialización de la lesión al bien jurídico protegido, tipificado como imprudente que afecte el bien jurídico vida o en la salud, integridad física o psíquica de la víctima.

Relación de causalidad entre la conducta imprudente llevada a cabo por el profesional sanitario y el resultado lesivo sobrevenido, siendo ese resultado producido imputable al riesgo *ex ante* creado, o a la norma de cuidado vulnerada por el facultativo en cuestión, debiendo acreditarse en los casos de omisión que el tratamiento o actuación correcta hubiera evitado en una alta probabilidad dicho resultado.

Amén de lo anterior existe en el ejercicio de la actividad médico-quirúrgica, especialidades que matizan la responsabilidad penal en estos profesionales, según ha delimitado la propia jurisprudencia<sup>726</sup>. Así, se considera que la actividad sanitaria, es una de las actividades humanas que más riesgos puede proyectar y originar al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas; dado que la medicina es una ciencia inexacta en tanto que en ella intervienen elemento extraños de difícil previsión, presenta un plus de peligrosidad, de tal modo que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras actividades, y darse en cada caso concreto con una cuidadosa atención a la “*lex artis ad hoc*”, cuya inobservancia podría determinar incurrir en responsabilidad. Entendiendo por tal, una norma de valoración

---

<sup>725</sup>BENITEZ ORTUZAR, I.F. (2009), *La Imprudencia en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica*. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid. pags.160-161.

<sup>726</sup>*Ibidem*. pags.168-169



que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales médicas, aplicada a una concreta y determinada actuación médica.

### 3.2.3. Imprudencia y comisión por omisión

El artículo 11 del vigente Código Penal<sup>727</sup> regula los delitos de omisión con carácter general, en términos similares al Derecho Penal alemán, austriaco, italiano, portugués etc.

La comisión por omisión, también denominada omisión impropia para diferenciarla de la omisión propia, tiene lugar cuando un sujeto lleva a cabo una conducta omisiva existiendo un deber genérico de actuar, y no actúa a pesar de tener capacidad de acción por no tener riesgo propio ni ajeno, conllevando la ausencia de la acción esperada su responsabilidad (como los casos contemplados en los artículos 450 y siguientes del Código Penal, y los casos de omisión del deber de socorro de los artículos 195 y 196 de dicho código).

Los requisitos ineludibles para estimar la comisión por omisión, según dicho precepto son, en primer lugar que se trate de delitos que consistan en la producción de un resultado, con exclusión de este tipo de ejecución en los casos de delitos de mera actividad.

Además se requiere que la no evitación del resultado equivalga a la producción del mismo, es decir que exista una equivalencia material. Por consiguiente la conducta omisiva debía ser determinante de la causación del resultado.

Asimismo se exige que concurren un especial deber jurídico del autor de la omisión o posición de garante que puede obedecer a una causa legal, contractual, o a la creación de riesgo por el comitente<sup>728</sup>.

En la doctrina existen varias criterios respecto de atribución de responsabilidad penal en la comisión por omisión, para la doctrina mayoritaria basta con que el sujeto que debía actuar y evitar el resultado, no haya realizado una conducta que con certeza o alta probabilidad hubiera disminuido el peligro o evitado la producción del resultado.

---

<sup>727</sup> Establece el artículo 11CP “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

<sup>728</sup>En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 125).

Por su parte no faltan autores contrarios a dicho criterio como GIMBERNAT ORDEIG que considera que los delitos imprudentes se caracterizan por la causación de un resultado típico, creado por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido, en el que será responsable, (en el delito culposo de acción), quien mediante su comportamiento activo, ha desestabilizado el foco de peligro transformándolo de permitido en prohibido, mientras que en los supuestos de comisión por omisión, quien al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado, igualmente ha desestabilizado un foco de peligro que, si hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido .

Otros autores, como MIR PUIG señalan que solo existe posición de garante si se cumplen dos condiciones: la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor y que tal peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

El TS, en la sentencia del 12 noviembre 1990, apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables.

Respecto de la participación omisiva, las conclusiones derivadas de los fallos condenatorios del TS, indican que el Supremo acoge la tesis de la teoría del dominio del hecho, que considera que el control de la acción la tiene el que realiza la conducta activa, teniendo el omitente garante sólo el dominio potencial, por lo que éste sería partícipe.

En el ámbito sanitario, la sentencia de fecha 26 de febrero de 1990, da contenido a la condición de garante, al señalar que “al recurrente (médico de urgencias), le corresponde jurídica y socialmente el deber de evitar el mal que objetivamente se derivaba de la situación de emergencia”. Por su parte la sentencia de fecha 18 de noviembre de 1991, establece la distinción entre comisión por omisión, omisión impropia, y los delitos de simple omisión, omisión propia. En los primeros se imputan un resultado lesivo a una persona no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido, mientras que los delitos simples de omisión consisten en no hacer algo que había obligación de hacer. Según la sentencia, el delito surge sólo cuando el sujeto activo tuviere un deber de impedir un resultado lesivo, se declara que el deber específico de actuar puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación del sujeto o de una conducta anterior que, a su vez, crea el peligro o se constituye en fuente de riesgo para otros, por lo que se coloca el omitente o acusado en la posición de garante porque se encuentra obligado a asegurar la no producción del resultado antijurídico.

Como casos de comisión por omisión imprudente apreciados en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, encontramos la STS de 7 noviembre 2002, que señala los requisitos del tipo de comisión por omisión que comparte con la

omisión propia: “una situación típica, ausencia de la acción determinada que le era exigible y capacidad de realizarla”; y otros necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva:”la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo”. Asimismo precisa que "El tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, lo constituye el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentan su deber de actuar, desconocimiento que se hubiese evitado si el acusado hubiera actuado diligentemente conforme al deber de cuidado que le incumbía".

Respecto de la relación de causalidad, el artículo 11 del nuevo Código Penal exige entre la omisión y la producción del resultado una relación que equivalga, según el sentido de la ley "a su causación".

### **3.2.4. Transfusiones de sangre a los testigos de Jehová.**

El problema derivado de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre plantea problemas médicos y judiciales derivados del conflicto entre la libertad religiosa y el derecho a la vida que debe resolverse por los tribunales dando prioridad a uno u otro derecho.

Este planteamiento sin embargo resulta un tanto simplista para un sector de la doctrina del Derecho Penal que, señala que al no ser punible el derecho al suicidio no puede serlo tampoco ejercer el derecho a disponer sobre la propia vida.

JOSEPH MARIA TAMARIT SUMILLA<sup>729</sup>, señala que “frente al frecuente empeño en abordar la situación como una cuestión de consentimiento, debe aclararse que parece más adecuado entender la conducta del testigo de Jehová, que rechaza el tratamiento, como una autolesión o autopuesta en peligro. De acuerdo con tal enfoque, no son atendibles ya las objeciones que puedan formularse sobre la falta de cobertura legal al carácter justificante del consentimiento o a la ausencia de algunos de los requisitos formales de validez del consentimiento. Ante una autolesión o autopuesta en peligro el hecho que de la misma pueda derivarse se desenvuelve exclusivamente en el ámbito de responsabilidad de la víctima, sin que quepa atribuirlo a las esferas de responsabilidad o competencia de terceros intervinientes y, por lo tanto, sin posibilidad de imputación objetiva del resultado. Con ello se resuelve el problema ya en sede de tipicidad, negando el carácter típicamente relevante del comportamiento activo u omisivo de terceros”.

Este enfoque ha sido criticado ya que en realidad en los testigos de Jehová el conflicto no es entre derecho a morir y el derecho a la vida sino entre sus creencias religiosas y el derecho a la vida.

---

<sup>729</sup>ESPINOSA LABELLA, M. (2009). *Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová. Revista Aranzadi Doctrina, (3-2009).pags.5-7.*

Desde otra perspectiva el médico, por razón de su profesión, tienen el deber de procurar la sanidad de sus pacientes con arreglo a la “lex artis” y por ello puede sentirse obligado a salvar la vida incluso en contra de la voluntad del paciente cuando éste se encuentra bajo su tratamiento o, en casos de urgencia médica porque por su posición de garante está obligado a dar el tratamiento si no quiere incurrir en una comisión por omisión. No obstante, el deber que se le impone por su profesión no puede exceder de los límites de la voluntad del sujeto que se somete a su tratamiento ya que puede rechazarlo.

Una solución intermedia, que es la seguida por nuestra legislación, considera que el paciente que se somete al tratamiento médico queda sometido a todas las medidas tendentes a su sanidad, incluidas las transfusiones, por lo que en caso de negarse a ella se le pediría el alta médica. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, señala en el art. 2.2 que “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. 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”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las Transfusiones de sangre puede considerarse poco clara hasta la sentencia de 27 de junio de 1997, Los casos que ha conocido el Tribunal Supremo derivan de querellas a jueces que intervinieron en autorizaciones de transfusiones de sangre, autorizándolas, la postura del TS ha sido dar prevalencia al derecho a la vida frente al derecho a la libertad religiosa por ser el primero “el centro y principio de todos los demás”. Pero a pesar de lo anterior la sentencia del TC, referente a la huelga de hambre de los presos del GRAPO, ya planteaba la duda de si en cualquier momento se puede reconocer de un modo claro el derecho a negarse a una transfusión de sangre. En dicha sentencia no se plantea un conflicto entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia o de creencias religiosas, aunque tampoco se reconoce un derecho a morir como un derecho que merezca la tutela de los tribunales. El Tribunal Constitucional, en este caso, ha venido a establecer una doctrina que por una parte parece dar prevalencia a la libertad del sujeto sobre su propia vida frente a actos que supongan una merma de dicha libertad, aunque por otra parte no resuelve el tema de un modo genérico sino que lo limita a ese caso, resolviendo el problema de la obligación que tienen las autoridades penitenciarias de velar por la salud de los reclusos que les son confiados.

Por ello se aborda el problema desde la perspectiva del derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución) aseverando “resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir

determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”. Considerando que como la obligación de velar por la salud y la vida de los internos de las prisiones viene impuesta a la Administración Penitenciaria por la Ley General Penitenciaria, que a su vez desarrolla la limitación de derechos fundamentales de los presos en relación con los de cualquier otro ciudadano (art. 25.2 de la Constitución), la asistencia médica en este caso se encontraría justificada por la protección de derechos constitucionalmente reconocidos.

Aplicando lo anterior al caso de los Testigos de Jehová resulta que, al no existir un derecho impuesto por nuestro ordenamiento jurídico que obligue a sacrificar el derecho a la libertad religiosa, consagrado con carácter de derecho fundamental en el art. 11 de la Constitución, no se puede obligar a estos pacientes que se sometan a transfusión de sangre con arreglo al diagnóstico médico. La dificultad se plantea cuando se trata de menores de edad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, anula la del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997, por la que fueron condenados los padres de un menor de edad, 13 años, como autores de un delito de homicidio por comisión por omisión, con la atenuante de estado pasional muy cualificada, a la pena de dos años y seis meses de prisión. La sentencia del TS por primera vez establece la necesidad de "respetar la oposición a la transfusión por parte de un adulto capaz, salvo que con ello se pongan en peligro derechos o intereses ajenos, se lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Pero, tratándose de un menor de edad, es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento del menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres". El derecho al rechazo del tratamiento y a arriesgar la propia vida tan sólo puede ejercerse personalmente, sin que sea posible suplir la voluntad a través de los representantes legales ya que se trata de una decisión de consecuencias irreversibles, no susceptible de modificación tras una posterior evolución o maduración de la personalidad del menor.

El Tribunal Constitucional en la sentencia que revoca la del Tribunal Supremo, por el contrario considera que la oposición del menor a la transfusión supuso un ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, la cual se reconoce de modo expreso, así como su derecho a la integridad física, aunque no puede considerarse acreditado que tuviese capacidad o madurez de juicio para tomar decisión tan trascendental. Se parte de que la condena por el TS se basó en la omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste. La conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo, dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor.

En el ámbito internacional, el art. 9.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, señala que “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Por su parte, el art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, prevé que “la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Por consiguiente al hilo de dicho panorama legislativo y judicial podemos distinguir los siguientes conflictos de derechos que pueden plantearse:

-Paciente mayor de edad que solicita la asistencia médica pero en el momento la transfusión se niega a recibirla por sus convicciones religiosas. La solicitud de asistencia vincula al médico en cuanto que debe aplicar sus técnicas terapéuticas que ha aprendido conforme a su «lex artis». Pero la libertad religiosa condiciona cualquier decisión del médico, ya que deberá buscar alternativas médicas a la transfusión y en caso de no existir no puede imponerse ninguna transfusión a la fuerza. En estos supuestos el Juez de Instrucción deberán atenerse a la sentencia referida del TS de 27-6-1997 y la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia de 18-7-2002, por lo que debería denegarse la transfusión sanguínea en contra de la voluntad del paciente, de conformidad con el carácter vinculante de las sentencias del TC y la postura inequívoca -ya de ambos tribunales- de considerar que la vida es un bien disponible por el titular del derecho.

-Paciente mayor de edad cuya familia pide el auxilio médico. La disponibilidad sobre la vida de otra persona no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Es delito el auxilio, la inducción al suicidio, la eutanasia activa y pasiva. No tendrían legitimidad los parientes del enfermo para decidir sobre el derecho a negarse a una transfusión de sangre por ser un derecho personalísimo.

-Paciente menor de edad. La obligación que impone el código civil a los padres para con sus hijos referentes a velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos... (Art. 154 CC) impide que se pueda aceptar que el progenitor pretenda que por sus concepciones religiosas se pueda poner en peligro la vida del menor. En caso de conflicto debe resolver el juez dando prevalencia al cumplimiento de esos deberes,

De conformidad con la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, el mayor de dieciséis años para una intervención quirúrgica, se supone que en su beneficio, puede prestar el consentimiento por sí solo, así como si es menor de edad y tiene suficiente madurez

como para comprender el alcance de la intervención, siendo oído en todo caso si es mayor de doce años. Además los menores tienen derecho a ejercer su libertad religiosa, lo que dificulta el debate sobre la capacidad de un menor para disponer sobre su propia vida. Pero en estos casos se trata de denegar una intervención, por lo que la relevancia de su voluntad será escasa por el carácter lesivo del resultado.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000, al afrontar el derecho del menor a la libertad religiosa precisa que, aunque no puede atribuirse a los padres la decisión sobre estas cuestiones religiosas, sin embargo no puede tampoco abandonarse al menor en su autonomía por existir diferentes épocas de madurez y de capacidad otorgada por la ley.<sup>730</sup>

Además sobre los poderes públicos, y sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño.

### **3.2.5. Homicidio imprudente**

Una de las grandes novedades del Código Penal de 1995 fue la nueva regulación de la imprudencia, pasando de un sistema crimen culpa, a un sistema crimina culposa recogido en el artículo 12 del vigente Código Penal<sup>731</sup>.

El Código Penal de 1995, supera la anterior clasificación de la gravedad de la +imprudencia en temeraria y simple con o sin infracción de reglamentos. Con la aprobación del código penal de 1995 se distinguía entre imprudencia grave y leve; tras la última reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo con la despenalización de las faltas, se altera el modelo clásico de las imprudencias punibles al suprimir del Código Penal las imprudencias leves e incorporar la nueva categoría de imprudencia menos grave. Hasta la mencionada última reforma las imprudencias leves o simples podían ser constitutivas de falta; ahora, son impunes quedando para la vía civil o administrativa.<sup>732</sup>

La jurisprudencia viene exigiendo en la conducta imprudente o culposa los siguientes requisitos: una acción u omisión voluntaria, en que no concurre dolo directo o eventual; un elemento subjetivo consistente en el desprecio a las previsibles consecuencias nocivas de la acción o de la omisión, distinguiendo entre la culpa consciente e inconsciente según que el peligro que entraña la conducta haya sido previsto o hubiera debido serlo; un elemento normativo, consistente en la infracción del

---

<sup>730</sup>*Ibidem*.pags.8-18.

<sup>731</sup>Artículo 12 CP "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley"

<sup>732</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2015), *Compendio de Derecho Penal, Parte General*. Dykinson. Madrid. p.169.

deber objetivo de cuidado, que correspondería al hombre medio y las reglas que impone la experiencia común; la causación de un daño; la relación de causalidad entre esa acción u omisión descuidada e inobservante de las normas y el daño sobrevenido<sup>733</sup>.

El Tribunal Supremo, ha establecido que el nivel o grado de culpa corresponde establecerlo al juzgador, a través de una delicada labor "ex post facto" en la que analizará los elementos básicos de la culpa penal, la intensidad de la desatención y el riesgo desencadenado por dicha actuación del agente. Señalando que para valorar la negligencia desplegada se deberá estar a criterios cualitativos sin atender a resultados dañosos.

El vigente artículo 142.1<sup>734</sup> del Código Penal, castiga como reo de homicidio imprudente al que "por imprudencia grave causare la muerte de otro". Distinguiendo la posibilidad de que el homicidio imprudente sea cometido utilizando vehículo a motor, ciclomotor; arma de fuego o por imprudencia profesional, imponiendo respectivamente además las penas de privación del derecho a conducir vehículo a motor y ciclomotor de uno a seis años; privación del derecho a la tenencia o porte de armas de uno a seis años; o la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años. Despenalizando del número 2 del precepto la imprudencia profesional menos grave.

El bien jurídico protegido, es el derecho a la vida consagrado en el, art. 15 de la CE<sup>735</sup>. La vida como libertad más importante a tutelar en su calidad de presupuesto del resto de las proclamadas por la Constitución Española (CE), se contempla como valor y derecho<sup>736</sup>.

En cuanto a los sujetos del delito<sup>737</sup>, el sujeto activo podrá ser cualquier persona. Por su parte, el sujeto pasivo coincide con el objeto material del delito y deberá ser una persona viva por lo que la protección dispensada por el delito se extiende desde el nacimiento hasta la muerte de la persona física.

---

<sup>733</sup>BENITEZ ORTUZAR, I.F. (2009), *La Imprudencia en el ámbito de la actividad.....*, Op. Cit. pags.160-161.

<sup>734</sup>Artículo 142 CP. "1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años".

<sup>735</sup>Artículo. 15 de la CE "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

<sup>736</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial.....*, Op.Cit. p.25.

<sup>737</sup>Ibidem. p26.



La Conducta típica<sup>738</sup> consiste en causar la muerte, el sujeto activo responderá por homicidio doloso eventual si se ha representado el posible resultado de muerte, y ha creído irracionalmente en que no sucedería. Habrá homicidio imprudente si actúa en la confianza racional de que el resultado no se iba a producir. Si hay homicidio doloso eventual, éste absorberá las lesiones inicialmente queridas (concurso de leyes artículo 8). Si hay homicidio imprudente, estaremos ante un concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas consumadas y un homicidio imprudente dado que hay distinto título de imputación subjetivo y no puede operar concurso de leyes.

La jurisprudencia del TS<sup>739</sup>, ha señalado que el delito de imprudencia se configura estructuralmente por la infracción de un deber de cuidado interno que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad y de otra por la vulneración de un deber de cuidado externo que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos o en su caso a actuar de modo que se neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceros o por factores ajenos al autor siempre que el deber de garante de este le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito desencadenado.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, solo el homicidio por imprudencia grave comporta la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión oficio o cargo, no así el homicidio por imprudencia menos grave, que además será perseguible mediante renuncia de la persona agraviada o de su representante legal<sup>740</sup>.

### **3.2.6. Aborto imprudente**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el aborto como la acción de interrumpir, de forma natural o provocada el desarrollo del feto durante el embarazo.

Podemos definir el aborto como la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana cuando se le priva de vida dentro del claustro materno o se provoca la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad.

Dentro de la doctrina BAJO FERNANDEZ<sup>741</sup> (Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992) define el aborto como toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o la muerte del fruto de la concepción. Por su

---

<sup>738</sup>Del ROSAL BLASCO, B. (2016), *Del Homicidio y sus Formas. En Sistema de Derecho Penal. Parte Especial. 2ª ed. Dykinson. Madrid. p.6.*

<sup>739</sup>Entre otras en STS de 28 de junio de 2013.

<sup>740</sup>Del ROSAL BLASCO, B. (2016), *Del Homicidio y sus Formas....., Op. Cit. p.36*

<sup>741</sup>BAJO FERNANDEZ, M., (1998). *El Deber Ético Del Respeto a la Voluntad Ajena en el Derecho Penal. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 2, p.39.*

parte RODRIGUEZ DEVESA<sup>742</sup> lo define como la muerte del feto mediante su destrucción mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada.

El Tribunal Supremo<sup>743</sup> definió el aborto como la interrupción del proceso fisiológico de la gestación con la finalidad de destruir el producto de la concepción o la muerte del producto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al nacimiento con o sin expulsión del vientre de la madre.

El título II del Libro II del Código Penal regula la materia en los artículos 144 a 146<sup>744</sup>.

El bien jurídico protegido<sup>745</sup>, es la vida humana dependiente, distinguiéndose del bien jurídico vida humana independiente, que es el protegido en el título I; viene integrado:

---

<sup>742</sup>DURLING, V. A., (2015). *Derecho Penal. Autoridades de la Universidad de Panamá*, Dykinson, 53, p.166.

<sup>743</sup>Entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 2006

<sup>744</sup>Artículo 144 CP. “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.”

Artículo 145.CP “1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.”

Artículo 145 bis. CP “1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

Artículo 146.CP “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

<sup>745</sup>DEL ROSAL BLASCO, B. (2016), *El aborto, Lesiones al Feto. En Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed. Dykinson. Madrid. p.55

Por un lado por la expectativa de vida del nasciturus al que no puede considerarse persona hasta el momento del nacimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 29 del Código Civil que dispone que “el nacimiento determina la personalidad pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

En este sentido, la Sentencia 53/1985 de 11 de abril del Tribunal Constitucional declaró que la vida del nasciturus constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido. En épocas anteriores entendía la doctrina que también se protegía el interés del Estado en mantener una elevada cuota de natalidad o la vida y la salud de la madre.

Por otro lado, viene también constituido por el derecho a la maternidad de la mujer cuando ésta no hubiere prestado su consentimiento y por la salud e integridad física de la misma dadas las condiciones de clandestinidad e insalubridad en que tenían lugar las prácticas abortivas. Finalmente, el delito de aborto protegería también el interés demográfico del Estado.

En cuanto al sujeto pasivo, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, el nasciturus tiene una vida digna de protección por el artículo 15 de la Constitución Española. Como tal puede entrar en conflicto con otros derechos relativos y valores constitucionales como pueden ser la vida y la dignidad de la mujer. Conflictos que no pueden ser contemplados unilateralmente, dado que ninguno de esos bienes en conflicto puede afirmarse con carácter absoluto, se impone su ponderación y armonización. Ponderación que en ningún caso puede hacerse conforme a la valoración subjetiva y parcial de una de las partes del conflicto, sino que ha de hacerse conforme a criterios objetivos y neutrales establecidos por el legislador y la capacidad de imponerlos por vía general e imperativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo considero en un principio al feto como sujeto pasivo del delito a efectos del art. 339 de la ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que permitía a los jueces y tribunales españoles la persecución de los delitos cometidos por españoles contra otros españoles en el extranjero.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional rectificó esta doctrina negando la posibilidad de considerar al feto como sujeto pasivo de delito en la medida en que no puede ser sujeto de derechos al no ser jurídicamente una persona.

Actualmente, el art. 23<sup>746</sup> de la ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha venido a establecer que la jurisdicción española sólo conocerá de los delitos cometidos

---

<sup>746</sup>Artículo 23.LOPJ “1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

---

2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda. 3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. i) Los relativos al control de cambios. 4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles. f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: 1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o, 2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo. h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español. i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un

---

español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España. l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. m) Trata de seres humanos, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España. o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o, 5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos. p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España. 5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte. b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o, 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada. Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional,

por españoles en el extranjero cuando el hecho sea punible en el lugar de ejecución salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. Por otra parte, será necesaria la interposición de querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal.

La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de Abril, es el punto de partida de la actual regulación del aborto por la ley 2/2010 de 3 de Marzo según se infiere de su exposición de motivos

Se hace necesario no obstante, determinar los límites máximo y mínimo del delito de aborto. El límite máximo diferencia el delito de aborto del de homicidio, viene configurado por el ser vivo con vida independiente de la madre, es decir cuando se ha producido la total separación del claustro materno.

La doctrina mayoritaria sostiene que el límite entre ambas figuras debe situarse en el momento de la total expulsión del feto del claustro materno. No obstante, algunos autores que se decantan por el momento de la ruptura del cordón umbilical o en el inicio de la respiración pulmonar. Existen dos criterios para determinar el inicio de la vida humana (dependiente), el de la concepción o fecundación del óvulo por el espermatozoide y el de la anidación del óvulo fecundado o embrión en el útero de la mujer, seguido mayoritariamente por la doctrina y congruente con la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto al límite mínimo, la doctrina tradicional entendió que venía determinado por la fecundación, con posterioridad se considero que el momento de la anidación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el límite entre ambas figuras debe situarse en el comienzo del parto que pone fin al estado fetal y se extiende tanto al periodo de dilatación como al periodo de expulsión.

---

*si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. 6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.*

En los supuestos en los que se causa el aborto sin el consentimiento de la mujer también ésta se convierte en sujeto pasivo del delito. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de Febrero de 2002 establece que el comienzo del parto pone fin al estado fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya un intento de expulsión del cuerpo materno que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Señala así mismo la sentencia, que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes de la consideración jurídica de persona. No obstante lo cual, no hay duda de la existencia de la persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento y se da mayor efectividad de los derechos a la vida, integridad física y salud que proclaman los artículos 15 y 43 de la Constitución. El fin de la vida humana dependiente y surgimiento de la vida humana independiente se fija unánimemente en el hecho del nacimiento, discutiéndose qué debe entenderse por nacimiento.

La conducta típica consiste en causar la muerte del feto por cualquier medio. No constituye aborto provocar el parto prematuro, salvo que se cause la muerte del feto en las maniobras de adelantamiento del alumbramiento.

Por tanto, la penalización del Aborto dependerá de que se conciba que la vida en formación es digna de protección independientemente de la vida de la madre y que exista un conflicto de intereses.

En el Derecho comparado existen diferentes posiciones; los que ignoran el conflicto de intereses, partiendo de la negación absoluta del derecho de aborto dándose la incriminación plena del mismo, que reconoce que el producto de la concepción es un valor real que el Derecho Penal debe proteger, y aquéllas que reconocen el derecho de aborto a la madre como manifestación de su libertad absoluta a decidir sobre su propio cuerpo. Entre estos dos extremos se sitúan el resto de las soluciones: el sistema de plazo que propugna la permisión del aborto hasta un determinado momento de la gestación, en que la madre es libre para decidir si prosigue o no con el embarazo.

Han establecido los siguientes sistemas:

- El sistema de Prohibición Absoluta que rige en determinados países americanos y en el Código Penal de 1973 hasta la Ley de 5 de julio de 1985, y supone la sanción penal del aborto en todos los casos.
- El sistema de Indicaciones que rige en países como España, Italia y Dinamarca, y supone la despenalización del aborto consentido por la madre con determinados

requisitos formales por razones terapéuticas grave peligro para la salud de la misma, por razones éticas por ser el embarazo consecuencia de una violación, por razones eugenésicas probabilidad de que el feto sufra taras físicas o psíquicas o por razones socioeconómicas la escasez de recursos de la madre o el número de hijos.

- El sistema de Plazos que rige en algunos de los Estados Unidos de América, que supone la despenalización del aborto consentido por la madre dentro de las primeras semanas de gestación.

- Por último, los sistemas Mixtos que rigen en países como Francia y Gran Bretaña, que son una combinación de los anteriores supone la despenalización del aborto consentido por la madre dentro de las primeras semanas de gestación y sólo en el caso de que concurra una indicación una vez transcurrido dicho plazo.

La ley Orgánica 2/2010 de 3 de Marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha reformado reciente la materia objeto de estudio<sup>747</sup>; cuyo Título II está dedicado a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y dentro de éste el capítulo I a esas condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y que deroga la anterior regulación del artículo 417 bis del Código Penal de 1973.

El artículo 12<sup>748</sup> de la ley trata, sobre la garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en la Ley; condiciones que se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en concreto, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

El artículo 13<sup>749</sup> prevé los requisitos comunes de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

---

<sup>747</sup>La Exposición de Motivos de la Ley 2/2010 de 3 de marzo expone que "la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra el ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones pero, también debe establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento e información. A lo largo de los años la anterior regulación ha generado incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica y ha puesto en dificultades a los profesionales sanitarios de quienes depende la vigilancia de la seguridad médica en las intervenciones de interrupción de embarazo".

<sup>748</sup>Artículo 12. "Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación".

<sup>749</sup>Artículo 13. "Requisitos comunes. Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero. -Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo. -Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. -Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de



Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2<sup>750</sup> de la LAPac 41/2002.

La reforma operada en la ley 2/2010 de 3 de marzo, el 22 de septiembre de 2015, ha suprimido el párrafo cuarto del artículo 13, que preveía la posibilidad de que en caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. En tal caso al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades debería ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindiría de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

El artículo 14<sup>751</sup> regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a. Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en la ley. b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

El artículo 15<sup>752</sup> establece la interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando

---

*conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto. – (Suprimido)”.*

<sup>750</sup>Artículo 9.2 LAPac “Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: 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 conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

<sup>751</sup>Artículo 14. “Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

<sup>752</sup>Artículo 15. “Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las

concurra alguna de las circunstancias siguientes: a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

El artículo 16<sup>753</sup> regula el Comité clínico.

Por último el artículo 17<sup>754</sup> recoge la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo. Todas las mujeres que manifiesten su intención de

---

*veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.*

<sup>753</sup>Artículo 16. “Comité clínico. 1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. 2. Confirmado el diagnóstico por el comité, la mujer decidirá sobre la intervención. 3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas. 4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente.”

<sup>754</sup>Artículo 17. “Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo. 1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. 2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información

someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos, condiciones para la interrupción, centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14, además, información sobre ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto, derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento, centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro, centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega.

La actual regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, ha venido a sustituir la anterior regulación en la que el artículo 417 bis admitía el aborto por indicación terapéutica, por indicación ética y por indicación eugenésica.

Por RD 825/2010, de 25 de junio de desarrollo parcial de la LO2/2010, en relación con sus Art. 16.4 y 17.2, se define la naturaleza y regula la composición actuación, funcionamiento y emisión del dictamen del comité clínico, así como el proceso de información previa al consentimiento de la mujer a lo largo de las tres fases, pero no se desarrolla el derecho a la objeción de conciencia.<sup>755</sup>

El Código Penal actual bajo la rúbrica "Del Aborto" regula los siguientes Tipos penales.

---

*en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno. 3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas. 4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo. 5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades. Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.*

<sup>755</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial.....*, Op. Cit. p.46.

-Aborto sin consentimiento de la mujer recogido en el artículo 144 del Código Penal<sup>756</sup>

-Aborto con consentimiento de la mujer previsto en el artículo 145.1 del Código Penal.<sup>757</sup>

-Aborto practicado por la mujer recogido en el número 2º del artículo 145 del Código Penal<sup>758</sup>, castiga el comportamiento de la mujer que consiente.

El apartado 3º dispone que el Juez o Tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se lleve a cabo a partir de la semana vigésimo segunda de gestación<sup>759</sup>.

El artículo 145 bis CP<sup>760</sup> regula las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados en la ley pero sin cumplir los requisitos de ésta. La LO 3/2010 incorpora, el artículo 145 bis CP a fin de incorporar la penalidad correspondiente de las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados en la ley pero sin cumplir los requisitos de ésta.

El aborto imprudente se regula en el artículo 146<sup>761</sup> del Código Penal. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha señalado como requisitos de

---

<sup>756</sup>Artículo 144 CP "El que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño".

<sup>757</sup>Artículo 145 CP, "1. El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado".

<sup>758</sup>Artículo 145.2. CP "La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses."

<sup>759</sup>Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2010 la nueva redacción del artículo 145 se propone limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley eliminando la anterior pena privativa de libertad y precisar la imposición de la pena en su mitad superior en determinados supuestos.

<sup>760</sup>Artículo 145 bis CP "1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la Ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

<sup>761</sup>Artículo 146 CP "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por

la imprudencia en general: La existencia de una acción u omisión voluntaria pero no maliciosa; Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; Un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente; La causación de un daño; Una relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado como originario y determinante del resultado lesivo sobre venido.

Cuando la culpa está relacionada con la conducta de un profesional, las normas de cuidado exigibles, dado las mayores posibilidades específicas de actuación preventiva del daño, son mayores; no las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial formación, con lo que la inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad. Por ello en caso de culpa médica la Sala Segunda ha señalado que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando lo constituye un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria o muy calificada especialización y para evaluarla se exige que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, lo que determina una mayor dificultades, ya que la ciencia médica no es una ciencia exacta y los conocimientos están sometidos a cambios constantes derivados de los avances científicos.

Por tanto, no constituye delito de aborto, el aborto consentido por la mujer en los casos permitidos por la ley. Estos supuestos estaban recogidos por el artículo 417 bis del CP de 1973, que la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, vigente, dejó en vigor. El precepto seguía el modelo de indicaciones, regulando las tres siguientes (médica o terapéutica, ética o criminológica y la embriopática)<sup>762</sup>: Dicho artículo es derogado por la Ley Orgánica 2/2010, reformada

---

*imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".*

<sup>762</sup>Artículo 417 bis del CP de 1973," 1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.<sup>a</sup> Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.<sup>a</sup> Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o

recientemente, el 22 de septiembre de 2015, y regula los supuestos de aborto permitidos y sus requisitos en los artículos 13, 14 y 15 ya analizados.

### 3.2.7. Lesiones imprudentes.

El vigente Código Penal regula dentro del Libro II, el título III las lesiones en los artículos 147 a 156; y a diferencia de Códigos Penales anteriores que regulaban la mayor o menor gravedad de las lesiones en atención al tiempo invertido para la sanidad; la actual regulación parte de un tipo básico y prevé una atenuación en atención a la menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido y agravaciones considerando los medios, formas, necesidad de protección del sujeto pasivo, secuelas; se regula la provocación, conspiración y proposición; las lesiones causadas por imprudencia; la violencia psíquica y física en el ámbito familiar; la participación en riña tumultuaria y el consentimiento en las lesiones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la finalidad perseguida por el legislador al regular las lesiones es la de sustituir el antiguo sistema de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad delictiva venga determinada no tanto por el resultado producido, cuanto por los medios o formas de su causación y por su necesidad de tratamiento médico o quirúrgico.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lesión como "Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad".

La doctrina mayoritaria habla de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. LUZON CUESTA<sup>763</sup> lo define como cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de causar la muerte.

El bien jurídico protegido por el delito, el derecho a la salud e integridad corporal que a todos nos reconoce el artículo 15<sup>764</sup> de la Constitución Española. Dicho precepto incluye la integridad moral que engloba la dignidad de la persona, que no es objeto de protección del delito de lesiones. La integridad moral es objeto de protección en otros preceptos del Código Penal.

---

*establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.*

2. *En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos."*

<sup>763</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017). *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial.....*, Op. Cit.p.53.

<sup>764</sup>Artículo 15 de la Constitución Española "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes"

No obstante, por lesión hay que entender tanto las enfermedades somáticas como las psíquicas, los defectos que provengan de ellas y la pérdida de una parte de la sustancia corporal. La Organización Mundial de la Salud ha definido bajo un concepto único y uniforme, las lesiones o padecimientos que constituyen una enfermedad son tanto las que deriven de una agresión material con resultado de daños físicos como las que de cualquier forma de agresión produzcan secuelas o padecimientos psíquicos.

Partiendo del tipo básico de lesiones del Art. 147<sup>765</sup> del Código Penal, podemos entender por tratamiento médico todo sistema de curación o de intervención facultativa prescrita por un titulado en medicina con finalidad curativa, y por tratamiento quirúrgico cualquier acto reparador de las lesiones corporales que exija una actuación que incida directamente en la superficie del cuerpo humano.

El Código Penal de 1995 junto con las lesiones dolosas regula las lesiones imprudentes y ha configurado un sistema de crimina culposa según el cual la imprudencia no se considera un delito autónomo sino una modalidad de comisión de determinados delitos, la regulación las lesiones imprudentes del artículo 152<sup>766</sup> del Código Penal, sigue la tendencia general contenida en el artículo 12 del Código Penal. La reforma de 2015 ha supuesto la supresión de las faltas, lo que ha obligado a revisar la problemática de la distinción entre los diversos tipos de lesiones. El CP prevé el castigo mediando imprudencia grave o menos grave. La reforma de 2015 ha eliminado del

---

<sup>765</sup>Artículo 147 CP “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

<sup>766</sup>Artículo 152 CP redacción dada por la LO 1/2015: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, 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.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”

Código Penal el castigo de las imprudencias leves al eliminar de su articulado las conductas constitutivas de falta.

Según la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo la infracción culposa requiere los siguientes elementos: Una acción u omisión voluntaria pero sin solo directo ni eventual; Un elemento subjetivo representado por el desprecio a las racionales consecuencias nocivas de la acción o de la omisión. Consecuencias previsibles, prevenibles y evitables; Un elemento normativo, integrado por la infracción del deber jurídico de cuidado, consistente en la falta de respuesta exigible a un hombre consciente y prudente; la causación de un daño; Una relación de causalidad entre la acción u omisión descuidada e inobservancia de las normas y daño sobrevenido.

### 3.2.8. Lesiones imprudentes al feto

La tipificación de estas conductas pretendió llenar el vacío legal existente bajo la vigencia del Código Penal anterior al exigirse en los delitos de lesiones que el objeto material fuera una persona viva<sup>767</sup>.

El Título IV del Libro II y como novedad respecto a Códigos Penales anteriores, regula las lesiones al feto en los artículos 157<sup>768</sup> y 158<sup>769</sup> del código penal en la modalidad dolosa e imprudente respectivamente<sup>770</sup>.

La introducción de este Título según el Tribunal Supremo<sup>771</sup> obedece a la necesidad de armonizar la punición de estos delitos con los avances científicos que permiten afirmar que el concebido con su propio patrimonio genético e inmunológico diferenciado, puede ser sujeto pasivo dentro del útero de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, con independencia de la dependencia de su madre. Por lo que se reconoce como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, ostentando condición humana diferenciado de su progenitora y penalmente protegible.

---

<sup>767</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017). *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial.....*, Op. Cit.p .49.

<sup>768</sup>Artículo 157 del Código Penal: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años".

<sup>769</sup>Artículo 158 del Código Penal "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

<sup>770</sup>OLMEDO CARDENETE, M. D. (2005). *Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del código penal español. In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (pp. 267-279).

<sup>771</sup>Entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2002.



En Derecho penal no existe un precepto que señale, como sucede en el CC, la demarcación, de la consideración jurídica de persona; para diferenciar cuándo las lesiones tienen por objeto el feto o una persona ya nacida. La jurisprudencia señala que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal, y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación. El comienzo del nacimiento transforma en persona lo que antes era un feto. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido. A partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona.

El Tribunal Constitucional ha declarado en relación con estos delitos, que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante la actuación directa sobre la víctima. Admitiendo que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto.<sup>772</sup>

Los límites de este delito vendrán determinados por la existencia del feto y por el nacimiento. La Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida considera feto al embrión con apariencia humana y órganos formados de modo que existiría desde los dos meses y medio de gestación hasta el nacimiento.

### **3.2.9. Manipulación genética imprudente**

Dentro del Libro II, el Título V, artículos 159 a 162 CP, está dedicado a los Delitos relativos a la Manipulación Genética respondiendo a la necesidad de regular los avances de la biogenética<sup>773</sup>. Para la integración y comprensión de los tipos debe acudir a leyes extrapenales, es decir, que el CP emplea el sistema de ley penal en blanco.

El artículo 159 del Código Penal<sup>774</sup> castiga en su número 1º la manipulación de genes humanos con alteración del genotipo y en su número 2º la modalidad imprudente, introducida por el artículo 12 del Código Penal.

Estamos ante un delito de peligro abstracto que se consuma con la alteración del genotipo, sin necesidad de que se produzca enfermedad o lesión alguna. La Ley

---

<sup>772</sup>En Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional seña lo “que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un “tertium” existencialmente distinto de la madre aunque alojado en el seno de ésta”.

<sup>773</sup> HERRERA MORENO, M. (2010). *Delitos relativos a la manipulación genética*. In *Lecciones de derecho penal: parte especial* (pp. 129-142). Tecnos.

<sup>774</sup>Artículo 159 CP "1.- Serán castigado 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"

14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, contempla casos de manipulación genética autorizada.

El bien jurídico protegido es difícil de concretar, por la pluralidad de intereses afectados, la salud individual, la salud pública, la libertad y la dignidad humana<sup>775</sup>.

Sujeto activo puede ser cualquiera, mayores dudas plantea en la doctrina el sujeto pasivo, que puede ser el producto de la concepción, la especie humana etc.

La conducta típica consiste en manipular genes, lo que supone actuar sobre el ADN mediante técnicas de ingeniería genética. La manipulación realizarse sobre células germinales, que suponen un cambio en la herencia que se transmite a los descendientes.

Por su parte el artículo 160 del Código Penal<sup>776</sup> castiga en su número 1º la utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

El bien jurídico protegido es la especie humana. Se trata de un delito de consumación anticipada, por lo que es imposible la tentativa. Presenta problemas concursales con los tipos de los artículos 349 (uno de los delitos de riesgo catastrófico) y 566 y 567 (figuras de los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas).

Su regulación se enmarca dentro de la adaptación de nuestro ordenamiento a la normativa internacional asumida por España respecto de armas de destrucción masiva, a la Convención sobre desarrollo, producción, almacenamiento y destrucción de armas químicas de 13 de enero de 1993 y la Convención sobre desarrollo, producción y almacenamiento de armas biológicas y tóxicas de 10 de abril de 1972.<sup>777</sup>

El artículo 160 CP en su número 2º castiga la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

---

<sup>775</sup> CASTELLÓ NICÁS, N. (2005). *La manipulación de genes humanos (art. 159 del Código Penal Español)*. In *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (pp. 163-181).

<sup>776</sup>Artículo 160 CP "1.- La utilización de la 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 diez 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".

<sup>777</sup> ARANGUEZ SANCHEZ, C. (2005). *La producción de armas biológicas mediante ingeniería genética*. In *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (pp. 181-203).

El Bien Jurídico protegido es tanto al preembrión, embrión y feto. Y para la concreción del contenido de la conducta típica es obligado la remisión a normativa ajena al código penal como son: la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos; El Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana; El Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, que establece los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida; El Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos; El Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida; El Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El artículo 160 CP en su número 3º castiga la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

El bien jurídico protegido es la dignidad y libertad humanas. El artículo contiene dos conductas distintas, ya que la clonación no es necesariamente un procedimiento dirigido a la selección de la raza. La ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su artículo 1.3, prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos y, en su artículo 13, señala que la terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará siempre que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

Así mismo, el Artículo 161 del Código Penal<sup>778</sup> castiga en su número 1º, a quienes practicaren reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento. Exigiendo en su número 2º como requisito de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Estamos ante un delito semipúblico. Por persona desvalida hay que entender la que carece de auxilio y protección.

---

<sup>778</sup>Artículo 161 del Código Penal: "1.- Quien practicare 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.

2.- Para proceder por este delito será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

El bien jurídico protegido es la libertad de la mujer. Así se infiere del artículo 6 de la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,<sup>779</sup> el consentimiento válido exige como presupuesto haber recibido la información que la ley prevé en su artículo 3. El art. 6 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida exige el consentimiento libre, consciente expreso, escrito y debidamente informado de la mujer. La ausencia de estos requisitos podrá dar lugar a la aplicación del delito. La aplicación de estas técnicas incluirá, en todo caso información, de los posibles riesgos, para la mujer durante el tratamiento y el embarazo y para feto.

Por último, el Artículo 162 del Código Penal<sup>780</sup> regula las consecuencias accesorias para las personas jurídicas., remitiendo al artículo 129 del Código Penal que regula las consecuencias accesorias de la pena.<sup>781</sup>

---

<sup>779</sup>Artículo 6 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone "Toda mujer mayor de 18 de años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa".

<sup>780</sup>Artículo 162 del Código Penal: "En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades"

<sup>781</sup>LUZON CUESTA, J.M. (2017). *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*.....Op. Cit.pags.50-51.

## CAPITULO V. RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO Y PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, POR OMISION DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

### 1.- INTRODUCCION

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del vigente CP.,” *la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. Nuestro ordenamiento jurídico prevé la responsabilidad por daño como una obligación, y tiene su fundamento en la necesidad de evitar que el perjudicado soporte las lesiones económicas, personales o morales y asuma los daños ocasionados por una tercera persona.

En los sistemas jurídicos primitivos era corriente que el perjuicio producido en la persona o bienes del miembro de una tribu o familia por la acción directa de otra persona, diera lugar, al correspondiente resarcimiento.

La sociedad romana se sustentó sobre tres grandes principios: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás. La concepción romana de la responsabilidad civil se ha mantenido intacta hasta finales del siglo XIX, y se configuró sobre la teoría clásica de la culpa. Partiendo de dicha teoría se articulo el Código Civil de Napoleón, que evolucionó jurisprudencialmente hacia cierta objetivización<sup>782</sup>.

El código de napoleón es el referente principal de nuestro Código Civil, desde un punto de vista individualista concibe la responsabilidad civil como una sanción personal que se impone a quien cause a otro un daño ilícito. El deber de reparación estaría ligado con el cuasi delito, siendo esencial la imputación del hecho al obligado a reparar.

Este carácter individualista sufrió modificaciones a partir de la revolución industrial del siglo XIX; hacia una clara tendencia objetivadora en materia de responsabilidad civil, que busca la reparación del daño por encima de todo, incluso del propio concepto de culpa, intentando asegurar la indemnización de la víctima<sup>783</sup>.

El Código Civil español de 1898, constituye como señala Fernández Urzainqui<sup>784</sup> el referente básico y fundamental de nuestro Derecho privado, a pesar de las transformaciones económicas y sociales producidas desde su aprobación en 1989 y

---

<sup>782</sup>IGLESIAS-REDONDO, J. (2005), *Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano*, Ariel, Madrid. págs. 12-17.

<sup>783</sup>HERRERA CAMPOS, R. (2009), *Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables*. En MORILLAS CUEVA, L. & SUAREZ LOPEZ, J.M. (Eds.) (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad*.....Op. Cit.pags.487-493.

<sup>784</sup>FERNANDEZ URZAINQUI, F.J. (2006), *Código Civil*, Aranzadi, p. 19.

de los cambios legislativos que las han acompañado, aunque sometido a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, sigue ocupando en él un lugar preeminente, tanto por la general aplicación de la normativa contenida en su Título Preliminar, como por la trascendencia que en los fundamentos del sistema jurídico y en el desarrollo legal de los derechos fundamentales posee buena parte de las instituciones que regula. También, como exponente del Derecho común, sus disposiciones están además llamadas a constituir Derecho supletorio de último grado en las materias regidas por otras leyes especiales; y como conjunto normativo de ámbito estatal, en lo que no sean de aplicación directa, serán Derecho supletorio del autonómico o foral. La adaptación del Código Civil a los cambios sociales se ha producido a través de diversas modificaciones parciales, sobre todo a partir de los años setenta.

En los últimos tiempos asistimos a una progresiva extensión del instituto de la responsabilidad civil en los distintos órdenes jurisdiccionales que comporta la obligación de indemnizar el daño causado, donde responsabilidad equivaldría a imputación.

El artículo 1.089 CC recoge la clásica clasificación de las obligaciones en función de su origen según deriven de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia<sup>785</sup>.

Podemos en base a la regulación prevista en el Art. 1089 del Código Civil, diferenciar tres modalidades de responsabilidad: contractual, extracontractual y derivada del ilícito penal. Modalidades a la que podemos añadir por estar íntimamente relacionada a la responsabilidad civil, como régimen específico para los entes públicos, la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

No obstante las distintas modalidades de responsabilidad expuestas, comparten tres requisitos esenciales cuya concurrencia es precisa para la obtención del oportuno resarcimiento, a saber, el daño el nexo de causalidad y la culpa o negligencia.

El Código Civil regula la materia a lo largo de los arts. 1089 y siguientes.<sup>786</sup> La responsabilidad civil contractual es la exigible en virtud de los preceptos 1.101 a 1.106

---

<sup>785</sup>Artículo. 1.089 CC: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"

<sup>786</sup>Artículo 1090. CC "Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.

Artículo 1091. CC "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

Artículo 1092. CC "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal".

Artículo 1093. CC "Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro".

y correlativos del Código Civil<sup>787</sup>. Por su parte la responsabilidad civil extracontractual se recoge en el art. 1.902 del mismo texto legal<sup>788</sup>.

La responsabilidad civil gira en torno al concepto de culpa. La culpa comprende las conductas dolosas, culposas o imprudentes, ya sea a título de negligencia grave o leve.

El incipiente fenómeno de la responsabilidad de los profesionales sanitarios tiene su germen en el avance de las ciencias biomédicas unido a otros fenómenos como la propia complejidad técnica, el trabajo en equipo la especialización, las expectativas de los usuarios, la información inadecuada, el aumento de la judicialización, la efímera relación médico-paciente, con continuos cambios de profesionales, la mercantilización de la relación médico-paciente, la cultura de los derechos de los pacientes, el papel de los medios de comunicación, etc.

En el siglo XXI los aspectos jurídicos ostentan un papel protagonista en la actividad sanitaria, no obstante en todos los tiempos y civilizaciones los médicos han tenido que responder de sus actos, unas veces ante el jefe de la tribu, ante el pueblo y otras ante el juez o autoridad competente. Así, en el Código de Hammurabi, se contienen normas que hacen referencia a las faltas y castigos a los médicos. Alejandro Magno castigaba con la crucifixión al médico que abandonara a un enfermo. En la Castilla de 1241 existía el denominado Fuero Juzgo que era una traducción del Liber Iudiciorum, conjunto de leyes visigodas del 654, entre las que figuraba que la condena del médico quedaba en manos de los familiares del paciente abandonado.

Pero es a partir de los años 70 cuando empieza a tomar auge el fenómeno de las demandas por casos médicos que de forma progresiva, nos sitúa en el momento actual, en el que la práctica médica diaria tiene que tener muy en cuenta otros aspectos, hasta ahora ignorados, en el manejo de la patología de los enfermos, familiares y/o usuarios

---

<sup>787</sup>Artículo 1101. CC “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Artículo 1102. CC “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

Artículo 1103. CC “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

Artículo 1104. CC “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

Artículo 1105. CC “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Artículo 1106. CC “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

<sup>788</sup>Artículo 1902. CC “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

como son el consentimiento informado, la historia clínica, el acceso a la documentación clínica, etc<sup>789</sup>

Este fenómeno de progresiva responsabilidad de los profesionales sanitarios ha determinado que el ejercicio de la medicina en la actualidad esté rodeado de protocolos, por lo que en principio las posibilidades de errar en el diagnóstico son menores, si bien, la práctica médica demuestra que difícilmente hay dos casos iguales; por lo que en ocasiones apartarse del protocolo no supone que el médico ha incurrido en un supuesto de responsabilidad; en principio supone, una presunción de mala praxis, que permite al médico acreditar que, en el caso concreto, existían razones que justificaban apartarse del mismo.

En todo caso el ejercicio protocolizado de la medicina no puede afectar al principio de autonomía de voluntad que preside la relación médico-paciente, que condiciona la aplicación del protocolo. No obstante, cuando se produce un conflicto entre dicha autonomía de la voluntad y el propio criterio médico conforme a las exigencias de la buena praxis, se resolverá mediante la no intervención, pero dejando constancia en la historia clínica.

La medicina en cualquier caso es una ciencia inexacta, en la que inciden múltiples factores, endógenos y exógenos, que pueden hacer truncar el fin que se persigue, que jamás podrá ser garantizado precisamente por su evidente componente aleatorio. La actividad médica entraña alto riesgo y peligrosidad, encuentra cada vez mayores posibilidades de intervención y, en consonancia, más riesgo. Estas mayores posibilidades de intervención dan lugar también a los fenómenos del sobreesfuerzo terapéutico y de la medicina defensiva. La judicialización de la actividad profesional es un fenómeno global que no afecta en exclusiva a los médicos, sino a muchas otras profesiones.

La LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, regula los derechos de los pacientes o deberes de los profesionales sanitarios a lo largo de su articulado, y en sus artículos 2.6<sup>790</sup> y 4.3<sup>791</sup> recoge obligaciones no solo de tipo asistencial, técnicas sino de información y documentación a cargo del profesional.

---

<sup>789</sup>DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. & DEL BARRIO FERNANDEZ, J. L. (2013). *La responsabilidad médica como nuevo fenómeno: análisis de causas y conceptos. La medicina ante el derecho*. Dykinson. Madrid. pags. 9-41.

<sup>790</sup>Artículo 2.6, LAPac “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”.

<sup>791</sup>Artículo 4.3 LAPac “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. Artículo 2.6, “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”.



## 2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION DEL MEDICO

Atendiendo a la naturaleza de la prestación, podemos diferenciar entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Esta distinción, plantea problemas teóricos y prácticos, su falta de regulación legal expresa, ha determinado que, su aceptación haya sido discutida en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>792</sup>. A diferencia de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en que la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se encuentra regulada explícitamente.

Un sector de la doctrinal, critica esta distinción, considerando que es imposible establecer una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, ya que toda obligación podría ser considerada de medios o de resultado, según el punto de vista desde el cual se contemple. Argumentan, que toda obligación va dirigida a la obtención de un resultado, y que toda obligación supone el empleo de determinados medios, para su ejecución y el desarrollo de una actividad, que impone siempre una cierta diligencia al deudor. Ello sin perjuicio de que en ocasiones además se contrata un resultado final que el acreedor espera con certeza. También se argumenta en contra de la distinción, que existen multitud de obligaciones de contenido variado; que las dos categorías que se pretenden oponer no son homogéneas, y vienen moduladas por el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual.

Frente a dichas opiniones, se señala que estos argumentos parten del error de asimilar e identificar prestación debida y resultado, y si bien toda obligación lleva consigo una prestación, la naturaleza de la misma es diferente según consista en conseguir un resultado determinado o, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.

No obstante, se acepta la distinción por la doctrina mayoritariamente, que considera que en las obligaciones de resultado (o contrato de obra), el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso. En tanto que en las obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado, pero ese resultado no está garantizado por el deudor<sup>793</sup>.

En este sentido MORENO QUESADA, B.<sup>794</sup>, al distinguir entre las obligaciones de medios, y las de resultado. Considera a estas últimas como “aquéllas en las que se es

---

<sup>792</sup>Entre las primeras sentencias que se hicieron eco de la distinción destaca la STS de 4 de febrero de 1950.

<sup>793</sup>GARCIA GARNICA, M.C. (2010). *Aspectos básicos de la Responsabilidad Médica*. Thomson. Pamplona. p.41.

<sup>794</sup>MORENO QUESADA, B. (1976). *Problemática de las obligaciones de hacer*. *Revista de Derecho Privado*, (LX), pags. 474 y ss.

deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor”; y señala que la obligación de medios es “aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación”.

La distinción es relevante pues implica dos regímenes de responsabilidad civil diferentes: objetiva en las obligaciones de resultado y subjetiva o culposa en el caso de las obligaciones de medios. En las obligaciones de medios el deudor queda liberado y cumple, cuando despliega la actividad diligente que constituye el fin o resultado útil para el acreedor, aunque no lo consiga; mientras que en las obligaciones de resultado el deudor únicamente queda liberado y cumple si realiza el resultado, sin el resultado no hay cumplimiento.

En materia de responsabilidad médica, la doctrina jurisprudencial y científica distinguen entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y la llamada medicina voluntaria o satisfactiva.

Según un sector doctrinal, en la primera el médico asume una obligación de medios, de actividad o de diligencia, mientras que en la segunda se califica la relación jurídica como obligación de resultado<sup>795</sup>. No obstante, la jurisprudencia como tendremos ocasión de desarrollar considera que incluso en el marco de la medicina satisfactiva la obligación del médico es de medios, aunque con matices.

En principio, el médico asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, por tanto, no garantiza, la curación, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas<sup>796</sup>.

Tanto en el caso de obligación de medios como de resultado, nos encontramos ante dos categorías de obligaciones de hacer, en la de medios la prestación debida por el deudor consiste en el despliegue de una actividad dirigida a proporcionar la satisfacción del interés del acreedor, mediante el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor; mientras que en la de resultado el deudor se obliga a obtener un resultado pactado que integra la prestación<sup>797</sup>.

---

<sup>795</sup>LOBATO GOMEZ, J. M. (1992). *Contribución al estudio del distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*. *Anuario de Derecho Civil*, 45(II), pags.651-734.

<sup>796</sup>GALAN CORTES, J. C. (2010). *Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la obligación del médico. Reacciones adversas a los medicamentos*. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (83), pags.1223-1235.

<sup>797</sup>FRAGA, F. J. (1991). *Obligaciones de medios y de resultados:(a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*. *Anuario de derecho civil*, 44(1), pags.5-96.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha sido utilizada de forma reiterada por la Sala 1ª del TS a la hora de calificar la obligación del médico en cada supuesto. Ya el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 4 de febrero de 1950, señaló *“que, aun admitiendo que los servicios ofrecidos por los letrados, y otros profesionales liberales constituyen generalmente un contrato de arrendamiento de servicios, la relación contractual entre el letrado y su cliente también puede aparecer como un contrato de obra”*, supuesto que se da según A. GULLON, cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma.<sup>798</sup>

Así mismo, abordo la distinción la STS de 26 de mayo de 1986, al señalar *“(…) de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave (...) que el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación(...) todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo(...), se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica....”*<sup>799</sup>.

La importancia práctica de esta distinción se manifiesta en dos aspectos: el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor y en el del establecimiento de la carga probatoria<sup>800</sup>.

Las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor salvo que el acreedor pruebe su culpa; el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia (STS de 10 de diciembre de 1996).

La doctrina mayoritaria viene distinguiendo a los efectos de responsabilidad médica entre medicina curativa o asistencial que tiene por objeto curar al paciente y medicina voluntaria o de satisfacción cuya finalidad es mejorar algún aspecto estético o anular la capacidad reproductiva. En el primer caso estamos ante una obligación de medios y en el segundo sin perder esta naturaleza se aproxima una obligación de resultado, a un contrato de obra, ya que aun cuando no se garantiza el resultado por el componente aleatorio de todo acto médico, debe partirse de una garantía en su obtención, y en el cumplimiento de unos deberes de información más rigurosos y exhaustivos respecto de riesgos y alternativas en el tratamiento. La infracción de tal deber de información, especialmente riguroso, y la relación de causalidad con un resultado dañoso, generará, la correspondiente responsabilidad.

---

<sup>798</sup>MARIN VELARDE, A., (2012). *Obligación de actividad versus Obligación de resultado en la actividad médica curativa*. Dykinson, Madrid. pags.53-55.

<sup>799</sup>En el mismo sentido, las sentencias de 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997, 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1997, 6 de febrero de 2001, 10 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 19 de julio de 2001

<sup>800</sup>MORENO QUESADA, B. (1976). *Problemática de las obligaciones de hacer.....*, Op. Cit., pags.467-502.

## 2.1. En medicina estética o de satisfacción

La naturaleza jurídica de la obligación en medicina satisfactiva ha sido abordada por la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo, señaló en la sentencia de 27 de septiembre de 2010 que *“no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice, ello sin perjuicio de que la obligación de medios se intensifica, no sólo en el aspecto ya aludido de la información previa al consentimiento del paciente, sino también en cuanto a que se han de extremar los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la actuación médica”*.

En el mismo sentido la sentencia de 20 noviembre 2009, señaló, *“los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas”*.

En base a dicha jurisprudencia parece que será necesario concretar criterios que permitan concluir si el resultado se pacto o garantizo, en cuyo caso el médico respondería del resultado malogrado; para lo cual habrá que realizar una valoración conjunta de toda la prueba, comenzando por analizar e interpretar las cláusulas del contrato, analizar el origen del daño ocasionado, si se informo de los riesgos concretos de la actuación médico-estética, la forma en que se prestó el consentimiento; sin que la estimación subjetiva del paciente pueda ser lo determinante en esa valoración.

En ese sentido, merece especial mención el valor de la publicidad, que es considerada por la doctrina como una garantía del resultado, así lo recoge la legislación en materia de consumidores y usuarios, cuando señala que la publicidad constituye un elemento integrador de las obligaciones del prestador del servicio y no un mero reclamo para captar clientes.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremos, por todas la STS de 4 de octubre de 2006, señaló al respecto que *“en la publicidad utilizada por los centros de estética, el centro estético debía responder del resultado prometido en base a la campaña publicitaria, capaz de inducir a error sobre el tratamiento sin riesgos y sin resultado negativo posible”*.<sup>801</sup>

---

<sup>801</sup>DIAZ MARTINEZ, A. (2011). *El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética. Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, (10), pags.23-34.

## 2.2. En medicina curativa o asistencial

Es pacífico doctrinal y jurisprudencialmente que en la mayoría de los actos médicos, nos hallamos ante la asunción por el facultativo de una obligación de medios, no estando éste obligado a curar al paciente, porque el objeto de la prestación se agota al proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc*.

Tradicionalmente se ha venido manifestando con carácter general que la obligación que el médico asume es la de procurar la salud de enfermo mediante el uso de los medios idóneos de los que disponga, sin obligarse a que la curación del paciente sea un resultado de obligado cumplimiento, pues no siempre está dentro de sus posibilidades, no depende exclusivamente de su conducta sino también de otros factores endógenos y exógenos ajenos a su actuación. La medicina, no es una ciencia exacta y por ello la obtención de un resultado no es el objeto de la prestación<sup>802</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>803</sup> ha señalado, reiteradamente que la responsabilidad del profesional médico es de medios y no de resultado, su obligación consiste en poner a disposición del paciente los medios adecuados, cumplimentar las técnicas previstas para la patología concreta, con arreglo a la buena praxis, y de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, proporcionando al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada operación.

Por tanto, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación de la inversión de la carga de la prueba. El criterio de imputación del artículo 1.902 del Código Civil se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción de las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo.

Así, la responsabilidad del médico exige probar la existencia del daño y su vinculación causal con un determinado acto u omisión, y además la concurrencia de culpa en el actuar dañoso. Señalando como criterio, la adecuación a la *lex artis ad hoc*, dentro de la cual se incluye el deber de información del médico al paciente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986, que señala, “*la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", se obliga no a curar al enfermo, si no a suministrarle los cuidados que requiere según el estado de la ciencia médica*”.

---

<sup>802</sup>GALAN CORTES, J.C. (2014) *Responsabilidad civil médica*.....Op. Cit. pags 81-97.

<sup>803</sup>Entre otras en SSTs, 20 noviembre de 2009; 12 de marzo 2008 y 30 de junio 2009.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999, señala, *"la conducta del profesional sanitario, como experto, ponga a disposición del enfermo todos los medios materiales de que dispone y que prevea, de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de la patología que trata de curar"*.

En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007, precisa *" cuando la prestación tiene contenido técnico es donde entra en juego la "lex artis ad hoc" y, en este sentido, el criterio para determinar si la actuación del médico ha sido cuidadosa no es el ordinario, el de la persona normalmente diligente, sino otro técnico, el del buen profesional del ramo, o sea, el relativo a la diligencia empleada por el buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica, siempre desde la óptica del estado actual de la ciencia"*.

Luego, la conducta que se le exige al médico en el cumplimiento de su obligación no es el del hombre medio diligente sino el del buen profesional del ramo, y cuando se trata de un médico especialista la diligencia técnica es la de un buen especialista ex art. 1104 del C.C, constituyendo junto con el derecho de información sobre las consecuencias, riesgos y contradicciones que pudieran surgir, un elemento de la *lex artis ad hoc*.<sup>804</sup>

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, se pronuncia sobre un supuesto de responsabilidad civil del médico por vasectomía malograda que desencadenó el nacimiento de un hijo no deseado y se condena la facultativo por no haber informado adecuadamente al paciente, considera (ex artículos 1101 y 1104 del Código Civil), responsable al médico al calificar su conducta como negligente al haber incumplido su obligación de informar al paciente.

La sentencia recoge el contenido concreto de la obligación del médico, en el fundamento de derecho tercero y establece *"... la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las SS 7 febrero y 26 junio 1989, 11 marzo 1991 y 23 marzo 1993, la actuación del médico se rija por la denominada "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus*

---

<sup>804</sup>GARCIA GARNICA, M. D. C., (2006). *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. In La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Editorial Aranzadi. pags. 199-280.

familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia".

La sentencia recoge como deberes básicos que conforman la obligación del médico: el deber de competencia profesional, el deber de asistencia y el deber de información. Y justifica que se califique a la obligación como de medios en base a: 1º. La naturaleza mortal del hombre; 2º. La incapacidad de la ciencia médica para la curación de determinadas enfermedades; 3º. La singularidad de cada paciente en lo que a tratamiento y resultados eficientes se refiere.

### **3.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA**

#### **3.1. Introduccion**

La doctrina y la jurisprudencia de forma unánime destacan que la información del paciente es una obligación asumida por el médico y un requisito previo a todo consentimiento informado. El paciente debe emitir su conformidad al acto médico tras haber recibido una correcta información, la obligación de informar al paciente y de obtener su consentimiento integran la *lex artis ad hoc* del médico, y supone el ejercicio de derechos fundamentales de la personalidad del paciente<sup>805</sup>.

En este sentido la LAPac 41/2002 contienen y desarrolla la exigencia de obtención del consentimiento informado de los pacientes a lo largo de su articulado y concretamente en los arts. 2, 4, 8, 9 y 10<sup>806</sup>.

---

<sup>805</sup> DIAZ MARTINEZ, A. (2011). *El consentimiento informado.....*, Op. Cit, p.1-25.

<sup>806</sup> Artículo 2 LAPac "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.

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.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

**Artículo 4 LAPac** “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

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

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

**Artículo 8 LAPac** “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

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

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

4. 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.

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

**Artículo 9 LAPac** “1. 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 respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

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 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.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:



El art. 10 de la LAPac 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,<sup>807</sup> señala

---

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 hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. 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.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

Artículo 10 LAPac ” 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

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

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

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

d) Las contraindicaciones.

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

<sup>807</sup>Artículo 10 LAPac” 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

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

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

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

d) Las contraindicaciones.

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

los extremos sobre los que el facultativo debe informar al paciente en los casos en los que la Ley exige que el consentimiento se emita por escrito.

Se obliga al médico a dar cumplimiento al derecho del paciente a ser informado sobre aspectos elementales de su patología que le permitan emitir un consentimiento válido sobre una actuación que afecta a su salud, salvo que haya manifestado su voluntad de no ser informado, o se trate de una persona, que a juicio del médico, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, en cuyo caso la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

El médico en relación al deber de información está obligado a un concreto resultado: que el paciente, en atención a la información suministrada por él, pueda emitir un consentimiento válido.

El art. 2.3 de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>808</sup>, establece que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Será el médico responsable del paciente el que garantizará su derecho a la información

El art. 2.6 de la LAPac 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>809</sup>, establece que 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

El art.8.3, de la LAPac 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>810</sup>, establece que el consentimiento informado no puede darse con carácter general o indefinido, sino para cada una de las actuaciones, y ha de ser con independencia de su forma, individualizado.

Es pacífica doctrinal y la jurisprudencialmente que el cumplimiento de los

---

<sup>808</sup> Artículo 2.3. LAPac “El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”.

<sup>809</sup> Artículo 2.6. LAPac “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”.

<sup>810</sup> Artículo 8.3. LAPac “El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

derechos de los pacientes a ser informados, y a consentir previamente una intervención o un tratamiento, constituye una manifestación más de la “lex artis ad hoc” y que su incumplimiento total o parcial genera en principio responsabilidad por incorrecta prestación del servicio sanitario<sup>811</sup>.

La responsabilidad civil sanitaria tiene como finalidad principal la reparación del daño ocasionado al paciente, cuyo origen está en la negligente actuación médica, con independencia de que sea una obligación contractual o extracontractual; la culpa es requisito determinante y común en ambos tipos de obligaciones, según se infiere de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil<sup>812</sup>.

Así mismo, es necesario que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido exista una relación de causalidad, ambas exigencias constituye presupuesto de la responsabilidad y obligación de reparar el daño causado.

### **3.2. Daño**

La delimitación concreta del daño que debe ser indemnizado, consecuencia de la realización de un acto médico sobre el cuerpo del paciente, no consentido por éste, no es una cuestión pacífica, por lo que conviene distinguir determinados supuestos:

#### **3.2.1. Traslado de la responsabilidad por daños a la salud o la vida, al médico**

Parte de la doctrina jurisprudencial,<sup>813</sup> considera que cuando el profesional sanitario lleva a cabo de forma diligente una actuación médica, sin contar con el consentimiento previamente informado del paciente, puede éste ser indemnizado por los daños derivados del procedimiento, dado que esa falta de información sobre el riesgo materializado impide el traslado de dicha eventualidad del profesional al paciente. Salvo que de la actuación médica no consentida se derive un resultado satisfactorio para la salud del paciente.

En nuestra opinión, es razonable que el incumplimiento del deber de información y obtención del consentimiento del paciente por parte del facultativo

---

<sup>811</sup>MUNAR BERNAT, P.A. (2012), *El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar*. En YAGÜE, F.L., CUEVA, L.M., & BALMASEDA, O.M. (2012). *En Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*. Editorial Dykinson, Madrid. pags.109-112.

<sup>812</sup>Artículo 1.902, CC “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”  
Artículo 1101. CC “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

<sup>813</sup>En este sentido las STS de fecha 27 de octubre de 2001, RJ2002/1079 y de 23 de junio de 2006, RJ2006/5554.

comporte consecuencias indemnizatorias; sin que esta omisión determine el traslado al facultativo de los eventuales resultados dañosos para la salud o la vida del paciente.

### **3.2.2. Daño moral por vulneración del derecho de autonomía del paciente**

Un sector doctrinal<sup>814</sup> considera que la actuación del profesional sanitario realizada de forma diligente, sin contar con el consentimiento previamente informado del paciente, constituye un daño moral autónomo, individualizado e indemnizable por quebranto de su derecho de autonomía personal. Dicha infracción constituye un incumplimiento de la “lex artis ad hoc”, y es susceptible de generar indemnización por daño moral de forma autónoma respecto del posible resultado lesivo que se haya producido.

Dentro de la doctrina que considera la actuación del profesional sanitario sin consentimiento como un daño moral, existe otro sector doctrinal<sup>815</sup> que considera que dicho daño, dependerá del resultado negativo de la actuación médica no consentida.

En nuestra opinión, el incumplimiento del deber de obtención del consentimiento informado previo a la intervención médica, debe constituir un daño moral autónomo por quebranto del derecho de autonomía personal del paciente. No obstante, la principal dificultad que plantean estos supuestos, son la valoración de dicho daño, por su subjetividad, se trataría de una determinación estimativa en todo caso.<sup>816</sup>

### **3.2.3. Daño por pérdida de oportunidad**

En este supuesto, quedaría excluida la responsabilidad médica, si el profesional sanitario acredita con certeza o con un alto grado de probabilidad que su actuación no ha causado al paciente daño alguno y que este habría consentido igualmente la intervención de haber sido debidamente informado; siendo responsable en el supuesto de que el paciente en tal caso hubiera rechazado la intervención médica.

La principal dificultad que plantean estos supuestos, es precisamente la determinación de cuál habría sido la decisión del paciente y el quantum resarcitorio. Un sector jurisprudencial,<sup>817</sup> considera que el daño susceptible de indemnizar sería la privación al paciente de la oportunidad de rechazar la intervención.

En nuestra opinión, como señala CADENAS OSUNA,<sup>818</sup> *“la pérdida de oportunidad, no ha de entenderse como un daño autónomo a indemnizar en los supuestos de incertidumbre causal, sino, más bien, como un criterio que permita la*

---

<sup>814</sup> En este sentido las STS de 4 de abril de 2000, RJ 2000/3258 y 13 de mayo de 2011, RJ2011/3279

<sup>815</sup> En este sentido las STS de 4 de diciembre de 2009, RJ 2009/8152

<sup>816</sup> En este sentido las STS de 12 de noviembre de 2010, RJ2010/8291

<sup>817</sup> En este sentido las STS de 10 de mayo de 2006, RJ 2006/2399 y 8 de abril de 2016, RJ2016/1328

<sup>818</sup> CADENAS OSUNA, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. P.365-366.

*imputación proporcional de los daños corporales derivados de la realización del procedimiento médico no consentido..... no debe aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad a los daños morales por privación del derecho a decidir, pues la vulneración del derecho a la información y al consentimiento informado del paciente genera per se (con independencia de la hipotética decisión que hubiese adoptado el paciente de haber sido su consentimiento informado debidamente solicitado) una lesión a su derecho a la autonomía en el ámbito sanitario” . .*

### **3.3. Relación de causalidad**

Uno de los requisitos, sine quantum que se tienen que dar para el éxito de una acción reclamatoria de responsabilidad patrimonial por actuación profesional, es la existencia de una relación de causalidad<sup>819</sup>; entre la actuación del profesional y el evento dañoso que soporta el paciente, lo que constituye un presupuesto de la responsabilidad<sup>820</sup>, en tal forma que la relación de causalidad ha de quedar probada, de conformidad con la reglas generales en materia probatoria contenidas en el Art. 217 de la LEC<sup>821</sup>.

La tesis del nexo causal, considera que el daño a la salud consecuencia de la intervención médica, depende de la existencia de un nexo de causalidad exclusivamente entre la infracción de la “lex artis ad hoc” por el profesional médico y el resultado dañoso producido, acreditado el cual sería exigible dicha responsabilidad y a sensu contrario, no se daría en el caso de que el resultado dañoso ocasionado, carezca de relación de causalidad con la falta de información, por ser presumible que el paciente se

---

<sup>819</sup>MORILLAS FERNANDEZ, M. (2012). *Responsabilidad civil médica y ausencia de consentimiento informado. En Responsabilidad civil médica por presunta mala práctica profesional....., Op. Cit. pags.177-183.*

<sup>820</sup>En este sentido la STS 25 de septiembre de 2003, 30 de enero de 2004, 26 de julio de 2006.

<sup>821</sup>Artículo 217 de la LEC “1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

habría sometido a la misma intervención en el caso de haber recibido la debida información por sí o por medio de sus representantes.<sup>822</sup>

Son dos, según la jurisprudencia, los daños que por omisión del consentimiento informado previo a cualquier intervención médica se pueden generar, a saber, daños corporales (físicos o psíquicos) y daño moral por vulneración del derecho a la autonomía personal del paciente (que puede ser considerado de forma autónoma o vinculado al resultado negativo de la intervención).

No obstante, el nexo causal podría estar afectado por alguna circunstancia, como recoge el código civil en su art. 1105<sup>823</sup>, referentes a la fuerza mayor y al caso fortuito, o por la intervención de un tercero o del propio paciente que desoiga las indicaciones del facultativo.

Como norma general el facultativo (deudor de la obligación) no respondería en tales casos, salvo que las partes hubieran pactado lo contrario o la ley así lo previera expresamente. Para que como consecuencia de una actuación profesional pueda apreciarse un caso fortuito, se ha de acreditar que el mismo proviene de un suceso imprescindible dentro de la normal y razonable previsión que cada supuesto exige. En caso de fuerza mayor, el resultado dañoso se produce de forma inevitable; sin posibilidad de previsión y control, excluyendo la culpa del profesional interviniente.

La prueba de la relación de causalidad según la doctrina jurisprudencial, requiere acreditar la relación entre la causa (acción u omisión), el daño o perjuicio resultante (efecto), para lo cual se han ido aplicando distintas teorías por la Jurisprudencia de TS, que han determinado diferentes criterios en que se basa la responsabilidad médica, en caso de ausencia o incorrecta prestación del consentimiento previamente informado, podemos señalar las siguientes:

### **3.3.1. La teoría del daño moral**

Es uno de los criterios que se han esgrimido para sustentar la responsabilidad civil. Entre otras la STS de 4 de abril de 2000 (Sala Tercera) considera la ausencia de consentimiento informado como un grave daño moral en los casos de intervenciones que supongan un riesgo grave para la salud con independencia de que el riesgo se concrete o no, ya que priva al paciente de tomar decisiones en relación con el tratamiento, o le impide adoptar medidas de prevención en el orden humano, quebrantando el derecho de autonomía personal del paciente, ese grave daño moral daría lugar a responsabilidad.

---

<sup>822</sup>En este sentido la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 10 de noviembre de 1997

<sup>823</sup>Artículo 1105 CC “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

### 3.3.2. La teoría de la pérdida de oportunidad

Según la cual, no puede establecerse una relación de correspondencia entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente, ya que la negligencia médica supone una pérdida de oportunidades, que los tribunales en cada caso concreto deben ponderar en función de las circunstancias concurrentes. La pérdida de oportunidades se valora haciendo un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido los riesgos personales, probables o típicos de la intervención<sup>824</sup>.

La teoría de la pérdida de oportunidad goza en la actualidad de gran aplicación por nuestros Tribunales, cuando existen dudas 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 del paciente que no se habría producido si la actuación médica hubiese sido conforme a la diligencia debida.

Por tanto, cuando se considera cierta y directa la relación de causalidad entre el daño ocasionado al paciente y la negligente actuación médica, no procede su aplicación, pues requiere necesariamente, la incertidumbre en la relación de causalidad.

Tampoco sería aplicable la pérdida de oportunidad cuando no exista ninguna prueba de negligencia que pueda establecer una causalidad jurídica entre el resultado dañoso y la intervención médica para atribuir responsabilidad al facultativo o profesional, ya que se requiere que de la actuación médica, evidencie mala praxis o actuación contra protocolo, o con omisión de medios<sup>825</sup>.

Se aplica en aquellos casos en los que no se puede afirmar con absoluta certeza, que los riesgos de la intervención podrían haberse evitado de existir una actuación diligente acorde a la “lex artis ad hoc” o estado de la ciencia.

Esta privación de expectativas constituye, según la STS de 7 de julio de 2008, *“un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones Sanitarias. Como dice la sentencia, los ciudadanos tienen derecho a que no se produzca una falta de servicio”*.

Por ello, la teoría de la pérdida de oportunidad no implica la obligación de indemnizar por la totalidad de los daños causados; pues en ocasiones, son riesgos típicos o asociados a las enfermedades padecidas por el paciente; y, en otros, la curación

---

<sup>824</sup> GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica.....Op. Cit. pags.447-451.*

<sup>825</sup> *En este sentido la STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, 28 de mayo de 2008.*

de un paciente nunca se encuentra médicamente garantizada, por lo que solo será indemnizable la pérdida de oportunidad, de que con un tratamiento más acorde a la “lex artis” se hubiera producido un resultado final distinto o más favorable al paciente.

En los supuestos de errores diagnósticos y tratamientos equivocados la jurisprudencia aplica la pérdida de oportunidad, no ya por el resultado o daño final, sino por la privación de la posibilidad de que con un diagnóstico adecuado y/o precoz se hubiese permitido al paciente elegir un tratamiento que llevase a la curación o a un periodo de mayor supervivencia, o a que el resultado final fuera menos perjudicial.

En estos supuestos, el daño evaluable es de difícil concreción y se fundamenta en el daño moral que para los progenitores representa la pérdida de la oportunidad de decidir<sup>826</sup>.

Respecto del quantum resarcitorio en los casos de falta de información y/o consentimiento informado, la indemnización no se ceñirá al resultado final, deberá modularse en función de esa concreta pérdida de oportunidad, es decir, en la facultad de decidir del paciente tomada libre y autónomamente con todas las consecuencias y riesgos posibles<sup>827</sup>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2012, la sentencia valora si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio; si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia y si el facultativo debe asumir la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto realizado conforme a la “lex artis ad hoc” o limitarse al daño moral ocasionado por la pérdida de oportunidad.

Considera la referida sentencia que el daño de que debe responder el facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, en la que no existe actuación negligente del facultativo ni tampoco de una intervención en la que se considera relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés.

El daño que fundamenta la responsabilidad no es un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. *“La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera*

---

<sup>826</sup>VALLEJO, A. M. P., (2012). *Responsabilidad médica y mecanismos correctores...*, Op. Cit, pags.14-31.

<sup>827</sup>En este sentido la STS, sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de julio de 2002



sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación”. Para el Tribunal Supremo el daño se concreta en la pérdida de oportunidad.<sup>828</sup>

En este sentido la STS de 10 de octubre de 1998, señala: *"del relato de hechos probados esta Sala deduce que la actuación de la enfermera demandada D.a Nuria no fue todo lo diligente que las circunstancias imponían, porque sabiendo como sabía (confesión judicial) lo importante que era que el miembro amputado no estuviera conservado más que con hielo natural y nunca sintético, al apercibirse del cambio de caja no comprobó este fundamental extremo para que por lo menos no se perdieran las posibilidades de un reimplante eficaz, tanto más cuando aquel cambio lo hizo un tercero sin orden o mandato de ella. Así no podía estar razonablemente segura de que el miembro seguía conservado en hielo natural. Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada D<sup>a</sup>. Nuria no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas"*.

### **3.3.3. Teoría de la equivalencia de las condiciones**

En virtud de esta clásica doctrina, se reputa como causa toda condición que hubiere contribuido a la producción del resultado<sup>829</sup>, entendiéndose, que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado, basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, con independencia de que hayan intervenido entre su conducta y el daño sucesos relevantes.<sup>830</sup>

Por tanto, exige la delimitación de los antecedentes del resultado dañoso.

### **3.3.4. Teoría de la imputación objetiva**

Mientras, la teoría de la causalidad responde a la posible existencia o no de la relación causa-efecto entre la conducta del demandado y el daño, la teoría de la

---

<sup>828</sup>TORRANO, E. R. (2012). Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012). Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, 2(3), pags.53-59.

<sup>829</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). Responsabilidad civil médica.....Op. Cit. pags.421-423.

<sup>830</sup>En este sentido STS de la sala 1<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2007.

imputación objetiva, da respuesta a una cuestión diferente, si el demandado debe responder y hasta qué extremo de las consecuencias que su conducta ha provocado.

Dentro de los criterios de imputación objetiva en el ámbito médico están:

-Teoría de la causalidad adecuada.

La causalidad adecuada sustenta la imputación objetiva del resultado lesivo a la conducta (activa u omisiva) del causante del daño, en la realización de un doble juicio de previsibilidad (verosimilitud del nexo causal), de suerte que el daño sea previsible para un observador experimentado en atención a los conocimientos que razonablemente se le presumen (previsibilidad objetiva) y a los conocimientos especiales que pueda ostentar el dañante (previsibilidad subjetiva), pero no a los desconocimientos que éste muestre y que no sean propios de un hombre prudente. Por ello, la causalidad adecuada permite excluir la imputación objetiva en los daños que resultan imprevisibles<sup>831</sup>.

Exige para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; entre el acto realizado y el resultado dañoso. Una relación de necesidad conforme a los conocimientos aceptados; valorándose en cada caso, si el acto que se demuestra como causa, tiene capacidad bastante como para producir el resultado lesivo derivado, siendo preciso probar el nexo del agente y el daño, para acreditar la culpabilidad que obliga a repararlo.

Solo si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuada, idonea tomando en consideración todas las circunstancias del caso y se encuentra en relación causal con ella, sirve como fundamento del deber de indemnizar. Por tanto, se asocia el daño a aquél antecedente que constituye su causa directa e inmediata según el curso normal de los acontecimientos<sup>832</sup>.

En los supuestos de tratamientos médicos sin consentimiento en los que se produce un daño corporal consecuencia de la intervención, entendemos que aunque los daños se relacionara con la falta de consentimiento, cuando sea presumible que el paciente hubiera consentido dicho tratamiento, en el caso de que se le hubiera solicitado su consentimiento informado, no serían imputables objetivamente dichos daños a la conducta omisiva del facultativo.

En caso de daño moral por vulneración del derecho de autonomía personal del paciente, si resultaría imputable objetivamente la omisión del deber de recabar el consentimiento informado, al facultativo, toda vez que él mismo puede prevér, que su omisión priva al paciente de la posibilidad de decidir conforme a una información

---

<sup>831</sup> CADENAS OSUNA, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. P.401-402.

<sup>832</sup> GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica.....Op. Cit.* pags.427-428.

adecuada, causandole un daño moral por lesión de su derecho de autodeterminación con independencia de la decisión que el paciente hubiera adoptado si se le hubiera solicitado el consentimiento informado para la intervención.

-Criterio de la prohibición de regreso.

En virtud del cual no debe imputarse objetivamente el daño a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en este intervienen sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero salvo que esta última conducta se haya visto favorecida por la del autor mediato.<sup>833</sup>

-Criterio del incremento del riesgo.

Que considera que en materia de responsabilidad por culpa no cabe imputar un concreto evento dañoso a una determinada conducta negligente, si tal conducta comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el resultado dañoso acaecido, en tal forma, que el mismo se hubiera producido igual, con una probabilidad similar en la certeza, de haber observado el causante del daño la conducta diligente.<sup>834</sup>

Por tanto, para imputar objetivamente el resultado dañoso al profesional hbra que determinar, si la falta de consentimiento informado al paciente, ha aumentado el riesgo de que se produzca un resultado lesivo, o si por el contrario dicho resultado se habría producido igualmente en caso de haberse solicitado el consentimiento informado al mismo.

### **3.3.5 Teoría de la probabilidad estadística**

Esta teoría considera que los casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, se puede dar por probada, cuando los elementos de juicio concurrentes conducen a un grado suficiente de probabilidad, próxima a la certeza<sup>835</sup>.

En este sentido se ha pronunciado entre otras la STS de 25 de septiembre de 1999, que señala en el fundamento de derecho tercero: "*Respecto a la inexistencia de la relación de causalidad en que, sustancialmente, viene a basarse el motivo, no cabe duda en que la relación de hechos probados no permite admitir semejante tesis, toda vez que si el Dr. D. José apreció sobre las 21 horas del 12 de septiembre de 1990 que el enfermo padecía shock séptico y no adoptó de inmediato su ingreso en la UCI y la aplicación de antibióticos, ello representó una actuación claramente omisiva, sobre todo, por la importancia que, en tales casos, tiene la adopción de un rápido*

---

<sup>833</sup>Ibidem. p.433.

<sup>834</sup>Ibidem. p.436.

<sup>835</sup>Ibidem.438

*tratamiento, y ello, aun contando con las escasas posibilidades de supervivencia del enfermo, sin que, por otro lado, sea preciso que, en casos semejantes como el que nos ocupa, el requisito del nexo causal tenga que concurrir con matemática exactitud, y sin que tenga suficiente relevancia al respecto la circunstancia de producirse el fallecimiento treinta días después; por consiguiente, las precedentes consideraciones impiden atribuir al Tribunal "a quo", en los aspectos acabados de referir, haber infringido el art. 1902 del Código Civil, lo cual, origina la claudicación del motivo analizado".*

Del mismo modo, la STS de 23 de diciembre de 2002, que prevé *"El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipóxico-isquémica producida por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena certeza procesal ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada"*<sup>836</sup>.

### **3.3.6. Teoría de la creación culposa de un riesgo**

Teoría que considera que el hecho de que el médico exponga al paciente a riesgos anormales, implica la oportunidad para el paciente de evitar el daño y basta para justificar la total reparación de la víctima, aunque el nexo de causalidad no se haya demostrado con certeza entre la culpa y el daño ocasionado<sup>837</sup>.

### **3.3.7. Teoría de los cursos causales no verificables**

Hace referencia a supuestos en que el curso causal de los hechos no se puede verificar, es decir el médico demandado podría alegar, que no es seguro que la madre hubiera abortado si hubiera sabido la enfermedad congénita del feto. No obstante sin ser constatable el curso causal normal, se puede inferir que la madre que efectúe tales técnicas las haga, no por curiosidad, sino para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo si hubiere lugar a ello<sup>838</sup>.

En este sentido, la STS de 6 de junio de 1997 señalando, en su fundamento de derecho tercero, lo siguiente: *"Surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (Mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo*

---

<sup>836</sup>En igual sentido, SSTS 20 de febrero de 1995; 5 de enero y 4 de diciembre de 2007 y 13 de julio de 2010.

<sup>837</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica.....Op. Cit. p.477.*

<sup>838</sup>Ibidem. pags.477-478.

*de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aún, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo. De todo lo cual, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias ya descritas, y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior y que muy bien ha sido calificada en la sentencia recurrida como “actuación profesional irregular”; hace que surja, lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su sentencia de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses. En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos”<sup>839</sup>.*

### **3.4. Culpa**

#### **3.4.1. Concepto de culpa**

El Tribunal Supremo ha establecido como principio general, en materia sanitaria, que debe descartarse la responsabilidad objetiva, la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad, en tal forma que estamos ante una responsabilidad subjetiva basada en la culpa del agente<sup>840</sup>. Quedando a salvo, los supuestos en los que, por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado pueda presumirse iuris tantum la culpabilidad del facultativo.

En este sentido la STS de 16 de diciembre de 1997, es clara y recoge en su fundamento de derecho cuarto lo siguiente; “*Y es que, en sede de responsabilidad médica, conviene verificar las siguientes precisiones ajustadas a una respetuosa hermenéutica de nuestro Derecho Positivo, en relación con esa cuestionada carga de la prueba:*

*1) Que ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito, la carga de la prueba prevista en el art. 1214 CC (actualmente art. 217 LEC), es inevitable: El actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquél actor habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación,*

---

<sup>839</sup> En el mismo sentido, SSTS de 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002.

<sup>840</sup> GALAN CORTES, J.C. (2014) Responsabilidad civil médica....., Op. Cit. p.117.

*sino que el obligado no la ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de su prestación.*

*2) Trasladada esa teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual podemos concluir que:*

*1º En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación, si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado así como el no cumplimiento porque el deudor no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (art. 1101 CC), al no concurrir la exoneración del “casus” del art. 1105 CC, mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento.*

*2º En la extracontractual, ex art. 1902 CC, el perjudicado o dañado, habrá de acreditar no sólo ese daño sino la autoría de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes de prevención o el general “naeminem laedere”; es obvio, que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado (antes del “factum” dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico “alterum non laedere”), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual; al autor le basta con oponerse a la reclamación. Una jurisprudencia muy clásica, por razones de solidaridad o justicia social, viene defendiendo desde la S. 10-7-1943, que en la extracontractual rige el principio de inversión de la carga de la prueba: o sea al perjudicado que accione le basta con acreditar el daño, del que ya, sin más, resultarán los demás presupuestos de la responsabilidad del autor (acción, culpa o infracción deberes y nexo), salvo prueba de no culpa a cargo de éste o demandado.*

*3) En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o SS, tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será al acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o “lex artis ad hoc”; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales, o sea los “medios para curar” y no el resultado o la curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.*

*4) Por ello, cuando se ubica la responsabilidad del médico en sede extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción a la referida inversión del “onus probandi” o el seguimiento de que “al actor le incumbe la prueba”, con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual.*

5) Sostener, sin más, que siempre se presume la culpa del deudor (médico en el caso de autos) en base al art. 1183 CC<sup>841</sup> no es sino simplificar el problema y desconocer que este artículo sólo se refiere a las obligaciones de dar al incumplirse, entonces, la accesoria de conservar, ex art. 1094 CC<sup>842</sup>, mientras que en sede de responsabilidad médica, la prestación de hacer o “facere” profesional o medial (salvo en la singularidad de la cirugía estética, Sent. 28-6-1997), es inconcusa; sin que tampoco quepa extraer aquel aserto de que en toda clase de obligaciones se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento, ni del art. 1098 CC, ni del 1099 CC, ni, por supuesto, del art. 1103 CC ni del 1104 CC, en especial, a propósito de las obligaciones de hacer en que se enmarca la prestación del médico, porque si el primero de los citados (el 1098 CC) sanciona que “si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa”, que informa a todos los demás, es menester delimitar esa prestación, o sea, esa “alguna cosa” a lo que se obliga el facultativo para “si no lo hiciere” ejecutarlo a su costa, y ya se vio que “desde siempre” el médico se obliga a “procurar la salud o curación-medios” pero no a la curación efectiva resultando; luego sólo cuando en esa procura se demuestre su culpa o falta de diligencia responderá, y claro es, que ese presupuesto entra de lleno en el “onus probandi” del actor o paciente...”<sup>843</sup>

La culpa es un concepto abstracto, el criterio seguido por el Tribunal Supremo, repitiendo lo recogido en el art. 1.104 CC, indica que la culpa consiste en: “La omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (STS de 9 de junio de 1969).

Se ha planteado por la doctrina si dentro del concepto amplio de culpa se comprende el dolo. El Código Civil define el dolo como la actuación del contratante que, con palabras, o maquinaciones insidiosas, induce a otro a otorgar un contrato que si no, no se hubiera celebrado (art. 1.269 CC), pero no tiene una definición análoga para la culpa, además, el dolo se contempla en el ámbito contractual, pero no en el extracontractual.

La doctrina civilista mayoritaria ha definido la culpa como la actuación negligente de una persona, por contraposición, al dolo que es la actuación voluntaria y deliberada de causar daño. Podemos entender que para el legislador la conducta dolosa tiene su propia sanción y tratamiento, en el ámbito penal, estimando que el Código Civil solo debía ocuparse de los cuasi delitos, de la conducta culposa o negligente, como así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de marzo de 1995, donde ha

---

<sup>841</sup>Artículo 1183. CC “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096.”

<sup>842</sup>Artículo 1094. CC “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”.

<sup>843</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). Responsabilidad civil médica....., Op. Cit. pags.123-124.

señalado que hay que descartar por principio en todo acto médico, salvo prueba en contrario evidente, la actuación dolosa del facultativo.

Ahora bien, para que el médico responda debe serle el daño imputable subjetivamente. Además, es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en virtud del artículo 1.903 del Código Civil.

Para apreciar que ha existido culpa, hay que conectar la actuación del facultativo con el canon de diligencia que le es exigible, en su actividad profesional conforme a la “lex artis ad hoc”.

La “lex artis ad hoc” supone que *“la actuación del facultativo debe ajustarse no sólo al cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino a la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias”*<sup>844</sup>.

Por tanto, si el médico no actúa diligentemente, es decir, si en el desempeño de su labor no proporciona los medios y cuidados adecuados de acuerdo con el estado de la ciencia, será responsable de los posibles daños que produzca. En este sentido el Código Civil en su Art. 1.104 CC señala *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”* Y en el Art. 1.902 CC establece, *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*

Debe tenerse en consideración que se impone el nivel de diligencia exigible al profesional médico medio, que será aquel que se tome como referencia para analizar y calificar su actuación. No será, responsable por los riesgos atípicos ni cuando en su actuación hubiera utilizado procedimientos o de las técnicas válidamente alternativas, que se recogen en los protocolos aceptados según cada especialidad y patología. En todo caso habrá, que tener en cuenta si estamos ante un especialista o un médico generalista, aunque en ambos casos se les exigirá haber actuado conforme a su ámbito de especialización y su formación, teniendo en cuenta los medios de que disponen y de las técnicas necesarias para emitir un diagnóstico preciso. Por eso, resulta necesario analizar las conductas en cada caso concreto, en virtud de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Ahora bien, la jurisprudencia, viene ampliando la interpretación de este artículo 1.104 del Código Civil, que define la culpa o negligencia, exigiendo al médico una

---

<sup>844</sup>En este sentido las SSTS de 23 de mayo de 2006 y 18 de diciembre de 2006.



mayor diligencia para evitar el resultado dañoso, flexibilizando el concepto de culpa, e incluso buscando nuevos deberes de diligencia, para atribuir la responsabilidad al médico. En este sentido la STS de 22 de mayo de 1995: "La actividad de diagnosticar como la de sanar ha de prestarse con la aportación profesional más plena y entrega decidida, pues la importancia de la salud humana así lo requiere, siendo su protección mandato constitucional (arts. 43 y 51 CE), por lo que no cabe en esta cuestión regateo de medios ni de esfuerzos." Sin que dicha flexibilidad comporte el establecimiento de una responsabilidad objetiva en materia sanitaria.

La responsabilidad objetiva, en sentido amplio, es aquella en virtud de la cual el agente es responsable, aún cuando demuestre que no medió culpa o negligencia por su parte; ninguna clase de prueba de diligencia libraría al autor de un daño, de su responsabilidad.

En materia de responsabilidad civil médica, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, han sido nunca partidarias de estimar el criterio de responsabilidad objetiva, lo cual cambiaría totalmente las bases actuales en materia de responsabilidad civil. En este sentido el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1990, cuando manifiesta: *"...la mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad médica, no existe responsabilidad, pues, según se indica en Sentencia de 22 de febrero de 1946, en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo y, bajo otro aspecto, en concreta relación con los profesionales sanitarios en cuanto, en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva"*.

### **3.4.2. Prueba de la culpa**

La doctrina no mantiene una postura unanime en torno a la prueba de la culpa, parte de la distinción entre medicina curativa y medicina voluntaria o satisfactiva. El deudor de una obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en el acto médico y cumple con su ejecución adecuada y correcta, mientras que en la obligación de resultado, cumple ejecutando la prestación bajo su propio riesgo, de forma que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. Por tanto, se presume la culpa del deudor en las obligaciones de resultado, en tanto que en las de actividad o de medios el acreedor habrá de probarla siempre.

Así, cuando el médico asume una obligación de resultado, se considera que el paciente no tiene que establecer la culpa del mismo, es suficiente que pruebe que el resultado prometido no se ha obtenido. La prueba de la culpa equivale a la prueba del incumplimiento. Hay una presunción desfavorable para el médico de que el daño sólo puede explicarse a priori por la culpa de éste ante su incumplimiento.

Por el contrario, si el facultativo asumen una obligación de medios, la carga de la prueba de la culpa, pesa sobre el paciente. Será éste quien ha de probar, que el médico no se ha conducido con la diligencia debida, que ha incurrido en culpa o negligencia, y que ha incumplido los deberes inherentes al desarrollo de la actividad profesional conforme a la *lex artis ad hoc*.

En opinión de MORENO QUESADA, B., en las obligaciones de resultado, ante el incumplimiento se presume la culpa del deudor, pero permitiéndose destruir esta presunción (*iuris tantum*) mediante la prueba de que ha encontrado un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer. En las obligaciones de medios la no obtención del resultado, no permite presumir la culpa del deudor y solo responde de su negligencia.<sup>845</sup>

Por el contrario, otros autores señalan que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no sirve para la distribución de la carga de la prueba, ya que el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar: la obligación que le une al deudor (el hecho o causa que la origina); la infracción de tal obligación, su no cumplimiento o inexacto cumplimiento por parte del deudor; los daños que hayan derivado de esa infracción; y del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, deberá probar la culpa o negligencia del deudor.

En este sentido R. de Ángel Yagüez sostiene que de la calificación de la obligación del médico como de actividad o de resultado “*no puede extraerse necesariamente un régimen diferente al general en materia de carga de la prueba*”<sup>846</sup>.

La doctrina mayoritaria considera que no se presume la culpa del médico y que es el paciente el que debe demostrarla, para que aquél sea condenado a indemnizar, cuando de una obligación de medios se trata, y que se aplica una presunción de culpa en el médico cuando se trata de una obligación de resultado, teniendo que demostrar el paciente, solamente, que no se ha obtenido el resultado buscado, con independencia de que se trate de obligación contractual o extracontractual.

No obstante, aunque el médico actúe diligentemente en la intervención o tratamiento, si incumplió su obligación de informar, será responsable, por la omisión de su deber, que privó al paciente de su autonomía personal, de su capacidad de decidir no someterse a la intervención o al tratamiento, incumpliendo la *lex artis ad hoc*, en la que se integra el derecho de información al paciente.

---

<sup>845</sup>MORENO QUESADA, B., (1976). *Problemática de las obligaciones de hacer.....*, Op. Cit., pags.467-502.

<sup>846</sup>De ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, & ZORRILLA RUIZ, M. M. (1985). *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983)*. Anuario de Derecho Civil, pags.185-211.

Por lo que respecta a la Jurisprudencia, el TS, tradicionalmente en supuestos de falta de información, entendía que el paciente debía probar que el daño que alegaba lo había ocasionado el facultativo. En este sentido la STS de 23 de octubre de 2008, *“cuando de medicina asistencial se trata, en los supuestos de responsabilidad civil por omisión del deber de información, no es de aplicación la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que el paciente deberá probar, además de la existencia del daño, la actuación culposa del médico y la relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales”*

No obstante, no existe unanimidad de criterios en las resoluciones jurisprudenciales, en torno al derecho de información, así, unas sentencias atribuyen la carga de la prueba de la falta de información al paciente, y otras, tras admitir la inversión de la carga de la prueba, condenan al facultativo por omisión de su deber de informar.

En todo caso, la prueba de la existencia de los daños es presupuesto para que pueda fijarse la indemnización y dado que la responsabilidad médica no es objetiva, corresponde la prueba del mismo al paciente o a sus herederos. Así se infiere de la LEC en su artículo 217<sup>847</sup>.

Ante un cumplimiento defectuoso de la obligación por parte del deudor, el acreedor deberá probar, en una obligación de resultado, que éste no se ha conseguido; mientras que, si estamos ante una obligación de medios, deberá probar no sólo la no realización del resultado, sino también, que el deudor no ha empleado la diligencia requerida a tal fin. El paciente en este último caso deberá acreditar el daño, su autoría, la relación de causalidad, así como la infracción por parte del médico de los deberes profesionales derivados de la *lex artis*.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial más reciente, ha ido matizando la regla general de la carga de la prueba estableciendo excepciones, presunciones *iuris tantum* de la responsabilidad del facultativo e invirtiendo la carga de la prueba sin afectar al principio subjetivo de la culpa.

La presunción de culpa puede considerarse desde dos perspectivas distintas: presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad, o bien, presunción *iuris tantum*. La presunción *iuris et de iure* es aquella que no admite ninguna prueba en contra para desvirtuarla, correspondería con una responsabilidad objetiva. Por lo ya expuesto, negando la responsabilidad objetiva del médico, podemos negar la presunción *iuris et de*

---

<sup>847</sup>Artículo 217 LEC *“corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, de acuerdo con las normas jurídicas aplicables a ellos, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”, (...) “recae sobre el demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, enerven o extingan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la contraparte”.*

iure de su responsabilidad. Por su parte, la presunción iuris tantum apunta más bien a la forma de ejercicio de la responsabilidad y no tanto al fondo de la cuestión. Admite prueba en contrario, pero se trata de favorecer la prueba de la culpa, exonerando al perjudicado de su acreditación, que en la práctica equivale a una inversión de la carga de la prueba.<sup>848</sup>

Por ello, se exonera al enfermo de la prueba de los hechos constitutivos, y ello con independencia de cómo se haya producido la información y el consentimiento informado, verbal o por escrito, de otro modo, se estaría imponiendo una prueba diabólica al paciente, al obligarle a justificar que el facultativo no le hubiese hecho partícipe con anterioridad de los riesgos existentes, con lo que no habría otorgado el necesario consentimiento informado.

Dicha inversión de la carga de la prueba adquiere aún mayor trascendencia en el caso de la medicina satisfactiva por el carácter voluntario de la misma. La aquiescencia que se obtenga del paciente, ya sea en forma escrita, ya verbalmente, debiera constar en todo caso en la historia clínica del mismo, para que el médico pueda acreditar el cumplimiento de su obligación. En todo caso, la ausencia de la anuencia del paciente sólo daría lugar a que el facultativo fuese responsable si el paciente hubiere sufrido algún tipo de daño.

Así, la STS de 3 de julio de 2013, señala que aun existiendo falta de información al paciente, debe probarse el nexo causal entre el daño causado, y la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación.

La jurisprudencia más reciente ha aplicado principios, como la doctrina de la facilidad probatoria, del daño desproporcionado, culpa anonima, entre otras que matizan el rigor probatorio que corresponde al paciente (acreedor):

### **Supuestos de culpa indeterminada o anonima**

Cuando la práctica médica se desarrolla en el entorno de un establecimiento dependiente de la Administración Pública, en los que resulta complicada la tarea de proceder a la individualización de la persona directamente responsable del daño causado, al ciudadano le basta con probar la lesión experimentada para trasladar de forma automática al facultativo la prueba de que no actuó culposa o negligentemente en

---

<sup>848</sup>En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 26 de mayo de 1986, 12 de junio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 31 de julio y 10 de diciembre de 1996, 25 de enero y 20 de junio de 1997, 29 de mayo y 19 de junio de 1998, 12 de marzo y 18 de septiembre de 1999, 23 de octubre de 2000, 20 de marzo y 4 junio 2001, 4 de febrero y 25 de junio de 2002 o 25 de junio de 2003.

tal caso, basta que pruebe que se ha incurrido en culpa, para que nazca así su derecho a ser indemnizado.<sup>849</sup>

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la sala 1ª del TS, señala que el art. 1902, supone una responsabilidad directa no subordinada a la individualización de un responsable concreto, dado que el hecho dañoso se produce en el ámbito de actividad del Centro hospitalario por circunstancias atribuibles a sus empleados por lo que debe responder el centro y su aseguradora sin necesidad de identificación de los concretos sujetos responsables.

Del mismo modo, la STS de 9 de junio de 1998 en su fundamento de derecho quinto dispone, *"El art. 1903 del Código civil, en efecto, que, entraña una responsabilidad directa no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria. Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas. En realidad, no puede descartarse el carácter cuasiobjetivo de esta responsabilidad por el hecho ajeno del dependiente que intervino en la producción de un hecho con resultado dañoso fuera de lo que es común o habitual y, en consecuencia, bajo la presunción de una actuación negligente o culposa. La liberación de la responsabilidad del empleador solo cesa cuando pruebe que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la responsabilidad del art. 1903.4 del Código civil, con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos, haciéndose preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino, también, sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad, sin olvidar el soporte de la "aequitas", aquí siempre conveniente, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997). Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de esta Sala de 10 de diciembre de 1997, con referencia a un supuesto de defectuosa asistencia sanitaria, "que no es susceptible de individualización", considera imputable al INSALUD "como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el*

---

<sup>849</sup>BELDARRAIN, J. L. (2012). *El proceso por responsabilidad civil médica: consideración en materia probatoria. In Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado. Dykinson. Madrid, pags. 305-321.*

*funcionamiento de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya sea por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los casos que dependan del mismo”.*

Por tanto, al perjudicado le basta, con probar que alguien, en el ámbito de la actividad de la organización hospitalaria, incurrió en culpa y que dicha actuación u omisión culposa o negligente fue la causa del daño para la existencia de responsabilidad (culpa conocida doctrinalmente como anónima o indeterminada)<sup>850</sup>.

### **Doctrina de la facilidad probatoria**

La doctrina de facilidad de la prueba, significa que la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad para probar. Con carácter general, se recoge en el art. 217.6 LEC<sup>851</sup>. Precepto que se hizo eco del criterio doctrinal y jurisprudencial.

Respecto de la facilidad probatoria la jurisprudencia al hilo de lo establecido en el artículo 217.6 LEC, ha ido flexibilizando las condiciones expuestas, adjudicando la carga de la prueba a la parte que más fácilmente disponga de los diversos medios probatorios requeridos.

La doctrina y jurisprudencia de la sala 1ª del TS, considera que corresponde en materia probatoria mayor carga a quien dispone o puede disponer en razón a la normal posesión de medios de prueba.

En este sentido la STS de 23 de diciembre de 2002, señala en su fundamento tercero que *"Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba, al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal, haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada (el demandante) que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte (médico ginecólogo) omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “cómo” y “porqué” de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada. (...) Ya el perito adelantó, antes de emitir su dictamen, que “echa en falta la historia clínica obstétrica de la paciente,*

---

<sup>850</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica... .., Op. Cit. pags.238-243.*

<sup>851</sup>Artículo 217.6 LEC “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

*evolución del embarazo, evolución de la gestación ingresada, anteparto en Sanatorio, así como partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo...”. Pues bien, la falta de esa información es la que no le permite asegurar su opinión de que fue la prolongación del período expulsivo propiamente dicho la causa del sufrimiento fetal con su acidosis metabólica secundaria. Y las sentencias de instancia yerran al hacer recaer las consecuencias de ello sobre quien no se encontraba en posición favorable para probar. Sí, en cambio, podía y debía haberlo hecho la parte demandada. (...) La justificación de lo razonado tiene un sólido fundamento en la doctrina de esta Sala, la cual ha venido flexibilizando el rigor del art. 1214 CC, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. Esta doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria (asumida por la LEC 1/2000, en el ap. 6 del art. 217) se recoge entre otras en las SSTS de 8 mar. y 28 nov. 1996, 28 feb., 14 sep. y 28 oct. 1997, 30 jul. 1999, 3 y 29 may. 2000 y 8 feb. 2001. Como consecuencia de ello aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente y no al médico (SSTS de 23 feb. y 31 jul. 1996, 28 jul. y 16 dic. 1997, 12 mar y 14 abr. 1999, 23 oct. 2000 y 4 jun. 2001, entre otras), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (SS 16 jun. 1989, 2 dic. 1996, 19 feb. y 9 y 21 de dic. 1999 y 31 jul. 2002, entre otras) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria. En cuanto a este último aspecto cabe citar, entre otras, las SS 31 jul. 1996 (indicios muy cualificados por anormales), 2 dic. 1996 (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba), 28 jul. 1997 (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), 19 feb. 1998 (que alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño del paciente es desproporcionado), 29 jul. 1998 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28 dic. 1998 y 19 abr. 1999 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y recientemente 31 jul. 2002”.<sup>852</sup>*

En realidad, más que una autentica inversión de la carga de la prueba, como señala Luna Yerga, se trata de facilitar la prueba “sin que se altere la distribución de los hechos a probar, evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo”<sup>853</sup>

---

<sup>852</sup>GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica.....Op. Cit. pags 181-182*

<sup>853</sup>YERGA, Á. L. (2003). *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (4), p.165.*

En este sentido TS en sentencia de 12 de diciembre de 1998 alude a la falta de colaboración de los profesionales, y apunta de forma tímida hacia la inversión de la carga de la prueba, cuando señala *“Resulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias, que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina. En el caso de autos la causa petendi no es otra que la conducta culpabilística del facultativo anesthesiólogo que recurre, por mala, deficiente y negligente actuación, con graves y permanentes consecuencias, dañosa para la salud de la persona, que resultó perfectamente identificada, lo que hace aplicable la responsabilidad por culpa extracontractual del art 1902 CC. Conforme la doctrina más avanzada de esta sala de casación civil, en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el intubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto de caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente”*.

### **Doctrina del daño desproporcionado**

En ocasiones se traslada la obligación de probar del paciente al facultativo por razón de la actuación médica, cuando sea evidente la negligencia, conforme a la denominada teoría del “daño desproporcionado”, en los que se presume un mal uso o ejecución de los actos médicos cuando el resultado producido resulte desproporcionado al usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar, circunstancias que justifican la inversión de la carga de la prueba<sup>854</sup>.

Por tanto si en el tratamiento médico se produce un daño al paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y éste no explica la causa de tal daño, el resultado desproporcionado acredita el nexo causal entre la actuación del médico y el daño, y se considera, que el daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico.

Esta teoría responde, según reiterada jurisprudencia, a la conocida regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) profundamente estudiada por la doctrina angloamericana, a la regla o prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis* (apariencia de la

---

<sup>854</sup>En este sentido las SSTS de 30 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008.



prueba) de la doctrina alemana, a la prueba de presunciones de la jurisprudencia italiana y a la regla de la *faute virtuelle* de la doctrina francesa (*culpa virtual*)<sup>855</sup>.

La doctrina mayoritaria ha definido el daño desproporcionado, como aquel acto médico que produce un resultado anormal, insolito, y inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal.

No obstante hay autores que critican dicha definición, al contener conceptos no concretados como resultado anormal, insolito, inusualmente grave, así como por el hecho de confundir culpa con relación de causalidad.

La jurisprudencia no ofrece un concepto unitario de daño desproporcionado, por su parte el Tribunal Supremo a señalado “que serian los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e insultantemente grave y desproporcionado en relación con los padecimientos que se trata de atender”, en este sentido las SSTs de la sala de lo civil de 23 de mayo de 2007 y 8 de noviembre de 2007. También se ha señalado que sería aquel que se aleja del daño previsible o riesgo típico de cada intervención. En este sentido la STS de 25 de noviembre de 2010 señala “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible”,

El TS recoge dicha doctrina entre otras en la sentencia de 14 de mayo de 2001 donde señala, *"Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 8 de mayo de 1998 y de 31 de julio de 1996, 18 de febrero de 1997, 22 de mayo de 1998 más las que cita y la de 9 de diciembre de 1999) estableciendo con carácter general que en el ejercicio de la medicina no puede exigirse al profesional de la misma obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo, porque aquélla no es una ciencia de garantía de resultados dado que el riesgo, en un mayor o menor porcentaje según el caso, no suele ser ajeno, siquiera esto no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, en cuyo caso la desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma y al no haber la objetivación de culpa, aquí corre a cargo del que la alega probar la culpabilidad del médico, la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponersele como norma desde el título profesional que se le ha otorgado previa demostración de conocimientos, de la actualización permanente de estos con asentamiento en la experiencia propia y en el progreso de la ciencia cuya vulneración no puede quedar redimida por la instrucción que del acto se proporcione*

---

<sup>855</sup>VALLEJO, A. M. P. (2012). Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio. *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (110), pags.14-31.

*al paciente ni por el consentimiento que este preste a su práctica porque ni una ni otra alcanzan a ese no ortodoxo hacer".*

La doctrina del daño desproporcionado requiere la existencia de un daño que no se produciría sino interviniera negligencia por parte del facultativo en la esfera de su actuación.

La sala de lo civil del TS en sentencia de 9 de diciembre de 1998, señaló al respecto, “ *lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de la conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima* ”<sup>856</sup>.

Por lo tanto, es necesario conforme a la citada jurisprudencia la existencia de un daño anormal, no en el sentido de desorbitado basta con que no deba ocurrir normalmente y no este en consonancia con la *lex artis ad hoc*. No debe identificarse con los riesgos típicos que cada intervención lleva consigo, ni tampoco todo riesgo atípico tiene que ser desproporcionado, es preciso que sea anormal y desorbitado en relación al caso concreto. Es necesario así mismo que el Médico tenga el control o posibilidad de control de la intervención, quedando fuera del ámbito de su responsabilidad los daños desconocidos e imprevisibles que no están bajo su control. Y en todo caso queda exonerado cuando acredite que actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, o cuando el resultado dañoso se debió a la exclusiva culpa de la víctima.

Las principales objeciones que se ha realizado a la doctrina del daño desproporcionado son que parte de la presunción de causalidad sobre la anormalidad del resultado y en consecuencia de la culpa.

No obstante, esta doctrina no supone en modo alguno ni una objetivización de la responsabilidad médica, ni una responsabilidad por riesgo, ni la inversión de la carga de la prueba, se trata más bien de modular el rigor probatorio liberando al paciente de la carga de probar ante la evidencia del resultado, carga que se desplaza al médico que siempre podrá probar que actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, en cuyo caso no se le podrá imputar la doctrina del daño desproporcionado.

El Tribunal Supremo, aplica junto a esta doctrina del daño desproporcionado algunas figuras afines, como son:

1.-La *Res ipsa Loquitur*<sup>857</sup>, en virtud de la cual el paciente/perjudicado tendría derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de probar la

---

<sup>856</sup> GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica*.....Op. Cit. p.264.

<sup>857</sup> GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica*.....Op. Cit. p.261.

negligencia del médico, si las circunstancias del daño hacen imposible o muy difícil pensar que éste se habría producido de actuar con la diligencia debida, diligencia que solo el médico podría acreditar.<sup>858</sup>

2.-Las presunciones, sin presumir la culpa del facultativo, se puede acreditar la misma mediante presunciones.<sup>859</sup>

3.-La prueba prima facie, que supone la deducción de la culpa y relación de causalidad, de las máximas de la experiencia. Realiza un juicio de probabilidad. No constituyen presunciones propiamente dichas sino inferencias lógicas, basadas en la experiencia que, posibilitan juicios hipotéticos, obtenido de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en un orden normal y que el juez puede utilizar sin sobrepasar por ello la regla según la que la aportación de los hechos corresponde a las partes.<sup>860</sup>

4.-La culpa virtual, que supone deducir la negligencia de la anormalidad o desproporción del resultado<sup>861</sup>.

Por último, además de la aplicación de los artículos 1.902 y 1.101 del Código Civil, algunas sentencias aplican también la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (SSTS de 1 y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, entre otras). Esta Ley establece, en su artículo 28, un sistema objetivo de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo. Esta aplicación implica un cambio en la carga de la prueba de la negligencia médica, que permite atribuir la responsabilidad al hospital sin necesidad de probar previamente la culpa o negligencia de su personal médico. Esta Ley según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias sólo resulta de aplicación en el ámbito hospitalario, y no, como sostienen algunos autores, en relación a la responsabilidad personal del médico.

La sala 1ª del TS inicialmente era reacia a la aplicación de la normativa en materia de consumo a los supuestos de responsabilidad civil sanitaria, al ser contraria a un cuerpo consolidado de jurisprudencia que declaraba que la obligación del personal sanitario era una obligación de medios de base culposa y no objetiva. No obstante, desde la STS de 1 de julio de 1997, se diferencia entre la responsabilidad del médico como profesional que realiza una actividad científica y la responsabilidad del centro médico donde realiza su actividad, en el primer caso dado que es una obligación de medios solo se le puede exigir una actuación conforme a la “lex artis ad hoc” en tanto

---

<sup>858</sup>En este sentido la sentencia del TS de la sala 1ª, de 9 de diciembre de 1998.

<sup>859</sup>En este sentido la sentencia del TS de la sala 1ª, de 12 de febrero de 1990

<sup>860</sup>En este sentido la sentencia del TS de la sala 1ª, de 22 de diciembre de 2004.

<sup>861</sup>En este sentido la sentencia del TS de la sala 1ª, de 12 de diciembre de 1998,

que en el segundo se podría evaluar desde la responsabilidad objetiva, y en consecuencia serle de aplicación la normativa de consumo<sup>862</sup>.

#### **4.- ACCIONES FRENTE A LA ACTIVIDAD SANITARIA**

##### **4.1. Introducción**

Dentro de la jurisdicción ordinaria, encontramos los órdenes jurisdiccionales civil, penal, social y contencioso-administrativo. Hasta hace poco las cuestiones sobre responsabilidad médica, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud se podían ventilar en cualquiera de dichas jurisdicciones; lo que determinaba en ocasiones desconfianza e inseguridad jurídica por la existencia de un peregrinaje de jurisdicciones, que reclamaban para sí la competencia.

Por ello, la sala de Conflictos del TS dictó un auto de fecha 7 de junio de 1994, donde se acordó que en el conflicto de jurisdicción del orden jurisdiccional social y contencioso-administrativo en esta materia, la competencia correspondía a este último.

La diferencia entre acudir a una u otra jurisdicción, es relevante en lo que a tiempo, prueba y quantum indemnizatorio se refiere<sup>863</sup>.

Es notorio el intento del legislador de reconducir las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la administración al orden contencioso-administrativo, como se puede observar a través de las diferentes reformas operadas en la LOPJ. Tras la reforma operada por LO 19/2003 de 23 de diciembre, la administración pública no puede ser demandada en ningún caso para exigirle responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción civil o social, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien continuando la posibilidad de demandar a la aseguradora ante la jurisdicción civil, cuando se hace frente a la misma y no junto a la administración, por acción directa ex art. 76 LCS, al tratarse, de un derecho autónomo.<sup>864</sup>

La vulneración de los deberes del médico genera responsabilidad por la infracción del artículo 1.101<sup>865</sup> del Código Civil, en caso de acción de responsabilidad contractual, o del artículo 1.902<sup>866</sup> del Código Civil, si se opta a la vía extracontractual.

---

<sup>862</sup> GALAN CORTES, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica*.....Op. Cit. p.307.

<sup>863</sup> HERRERA CAMPOS, R.(2009), *Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables. En Estudios jurídicos sobre responsabilidad*.....Op. Cit.pags.492-493.

<sup>864</sup> GALAN CORTES, J.C. (2014) *Responsabilidad civil médica*....Op. Cit. p.41.

<sup>865</sup> Artículo 1101 CC “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”

<sup>866</sup> Artículo 1902 CC “ El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”

## 4.2. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual se regula en los Arts. 1101 y ss., del Código Civil. Podemos definirla como la responsabilidad surgida por el incumplimiento de las obligaciones que para el profesional derivan del contrato de servicios médicos, según lo dispuesto en el art. 1258 del mismo texto legal. Siendo dicho contrato diferente, del establecido entre el paciente y el centro hospitalario en virtud del cual, el hospital se compromete a prestar por lo general ciertos servicios paramédicos relativos a cuidados y atenciones hospitalarias.

Para que exista responsabilidad contractual del profesional sanitario por omisión del consentimiento informado, deberán probarse: la existencia de un vínculo contractual entre paciente y facultativo; los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber, daño, relación de causalidad y culpa o negligencia; será a sí mismo necesario, para imputar subjetivamente al facultativo el resultado dañoso, que el mismo con su conducta vulnere la obligación de medios a que viene obligado.

Declarada la responsabilidad contractual del profesional cuando concurren los presupuestos descritos habrá que determinar el “quantum respondatur”, conforme a lo previsto en los arts. 1107<sup>867</sup> y 1103<sup>868</sup> del Código civil.

Del tenor del art. 1107, el deudor de buena fe solo responderá de los daños previsibles. En el ámbito sanitario dicha afirmación, tiene especial relevancia toda vez que el continuo avance de la ciencia médica determina el hallazgo de nuevos riesgos que podrían ser conocidos en el momento de realizar la intervención pero no en el momento previo de celebración del contrato de servicios médicos. No obstante, si se tratara de daños dolosos, imputables objetivamente al deudor, este debería indemnizarlos con independencia de su previsibilidad.

Además, conforme dispone el art. 1103 del código civil, en supuestos de negligencia, el juez podrá moderar el quantum indemnizatorio, en atención a las circunstancias concurrentes.

## 4.3. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual por hecho propio, se regula en el art. 1902<sup>869</sup> del código civil. Dicho régimen de responsabilidad es aplicable no solo en

---

<sup>867</sup> Artículo 1107. “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

<sup>868</sup> Artículo 1103. “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

supuestos de ausencia de vínculo contractual entre los implicados, sino que también se aplica cuando existiendo dicho vínculo, el daño producido se ha causado en la ejecución de dicha relación contractual pero fuera del ámbito pactado, de forma ajena a la naturaleza del negocio jurídico que vincula a las partes. En el ámbito médico procederá cuando no exista contrato de prestación de servicios médicos, a saber, cuando exista contrato entre paciente y centro hospitalario, cuando exista un contrato entre paciente y entidad aseguradora, o en situaciones de emergencia donde el paciente es llevado al centro médico para ser atendido y realizarle las intervenciones clínicas indispensables pro salud sin su consentimiento dado su estado de inconsciencia o incapacidad natural.

La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno se regula en el art. 1903.4 CC.,<sup>870</sup> este supuesto será aplicable en los casos de centros privados donde el paciente no haya suscrito contrato de servicios médico alguno ni con el centro ni con ninguno de sus profesionales.

No obstante, la responsabilidad por hecho propio del art. 1902 del CC., es presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad por hecho ajeno contenida en el Art. 1903.4 CC.<sup>871</sup>

Además, deberá de existir una relación de dependencia entre el causante directo del daño y el centro médico que deba responder por el hecho ajeno.<sup>872</sup> Pero no se considera que exista dicha dependencia o subordinación, cuando es el propio paciente el que elige al profesional, limitándose el centro médico a facilitar sus instalaciones y personal auxiliar indispensable para la atención del paciente, en cumplimiento del contrato de hospitalización suscrito.

Así mismo, es preciso que el profesional dependiente actué en el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas conforme a la estructura organizativa de la empresa.<sup>873</sup>

Por último, la previsión del art.1903 in fine, determina que la responsabilidad del empresario es subjetiva<sup>874</sup> (si bien se invierte el onus probandi de la culpa); directa, independiente y solidaria<sup>875</sup>.

---

<sup>869</sup> Artículo 1902. “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

<sup>870</sup> Artículo 1903.1 y 4” La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

<sup>871</sup> En este sentido la STS de 10 de noviembre de 1997, RJ 1997/7868.

<sup>872</sup> En este sentido la STS de 5 de abril de 2010, RJ 2010/4034.

<sup>873</sup> En este sentido la STS de 10 de octubre de 2007, RJ 2007/6813.

<sup>874</sup> En este sentido la STS de 22 de noviembre de 1999, RJ 1999/8618.

<sup>875</sup> En este sentido la STS de 22 de junio de 1988, RJ 1988/5124.

En este sentido queda el centro médico obligado a probar, si quiere eximirse de responsabilidad, el cumplimiento de su obligación de vigilancia y control de los profesionales de él dependientes, en el cumplimiento de sus deberes en sede de información y consentimiento (facilitando formularios de consentimiento adaptados a cada procedimiento concreto).

La responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes puede exigirse directamente a aquél, sin necesidad de demandar previa o simultáneamente al profesional causante directo del daño; ni de la insolvencia de éste para el pago de la indemnización por aplicación del art. 1902 CC., a diferencia de la responsabilidad civil subsidiaria “ex delicto” contemplada en el art 120 del Código Penal<sup>876</sup>.

Así mismo, la responsabilidad del empresario es autónoma e independiente respecto de sus empleados respondiendo aun cuando no sea posible la identificación del causante directo del daño o no sea posible su condena debido a su imputabilidad. Y cuando se declara ambas responsabilidades (del profesional y del empresario), la jurisprudencia se postula favorable a su carácter solidario<sup>877</sup>.

Amen de lo anterior, el art. 1904.1 permite al empresario repetir contra sus dependientes lo que hubiera satisfecho (en la parte de culpa de que sea responsable), salvo lógicamente que no sea posible determinar la identidad de aquel o sea inimputable<sup>878</sup>.

#### **4.4. Doctrina de la unidad de la culpa civil**

Para lograr un resarcimiento del daño en favor de la víctima, en principio es factible ejercitar acciones por responsabilidad contractual o extracontractual de forma alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra.

No obstante, por el principio de congruencia, si se opta por ejercitar sólo una de dichas acciones en el proceso, el juez en principio ha de atenerse a la clase de acción ejercitada. Si bien la jurisprudencia como tendremos ocasión de analizar a moderado en determinados supuesto dicha consecuencia.

La jurisprudencia mayoritaria sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones de resarcimiento la originada por el contrato y la derivada del acto ilícito extracontractual cuando, el hecho causante del daño constituya a la vez,

---

<sup>876</sup> Artículo 120. “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: .....  
3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

<sup>877</sup> En este sentido la STS de 9 de junio de 1998, RJ 1998/3717

<sup>878</sup> CADENAS OSUNA, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*.p.456-472.

incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro. Dado que de manera expresa o tácita, existe un contrato entre médico y paciente, y los posibles daños derivados de la actuación del profesional médico por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus deberes son exigibles, en virtud del citado art. 1.101 CC. Si bien, no es lo mismo la reclamación por la vulneración de un contrato que si se opta por la vía de la responsabilidad extracontractual, entre otros aspectos en lo relativo al plazo legal de ejercicio de las respectivas acciones.

No obstante, aunque el perjudicado alegue en su reclamación solo la responsabilidad contractual, o solo la responsabilidad extracontractual del médico, en algunas ocasiones puede que el órgano jurisdiccional, en virtud de la doctrina de la unidad de culpa civil<sup>879</sup>, admita una u otra acción aunque no se hubiera calificado de manera correcta en la demanda, siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de las dos acciones, sin que ello suponga ni incongruencia de la resolución, ni indefensión de los demandados<sup>880</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>881</sup> ha seguido la tendencia de la indiferencia del fundamento jurídico: cuando los hechos puedan servir de fundamento a cualquiera de las dos acciones, el tribunal puede admitir una u otra sin incurrir en incongruencia, siempre y cuando la pretensión sea la indemnización de daños y no se altere la petición del demandante, el *petitum*, por el tribunal. Al demandante le basta con aportar los hechos y una pretensión de indemnización, sin aportar un fundamento jurídico de su pretensión, pues será el tribunal quien especificará la base del fundamento jurídico de la pretensión indemnizatoria en la sentencia.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo también ha acogido una tesis más restrictiva, que entiende que la congruencia también afecta al fundamento jurídico de la demanda y no solo a los hechos aportados. En los casos donde puede concurrir el art. 1.101 CC y el art. 1.902 CC, el demandante es libre de proporcionar solo los hechos al tribunal sin aportar un fundamento jurídico u otro, o de ejercitar solo una de las dos acciones. Y el tribunal podrá conceder en cada uno de estos casos sobre la base de uno u otro fundamento jurídico sin incurrir en incongruencia. Pero si el demandante escoge uno de estos fundamentos, el tribunal no lo puede alterar pues incurriría en incongruencia. Esta tendencia es minoritaria. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1998.

---

<sup>879</sup>YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *La responsabilidad civil profesional (y medico sanitaria en particular), al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. Derecho y Salud. Vol.9, núm. 1, enero-junio. Pags.35-50.*

<sup>880</sup>En este sentido STS de 1 de abril 1994.

<sup>881</sup>En este sentido la STS de 18 de febrero de 1997, RJ 1997/1240



La mayoría de sentencias defienden la primera tendencia al ser más beneficiosa para las víctimas del daño que pretenden la reparación. Sin embargo, la minoritaria parece la más ajustada al art. 218.1 LEC.<sup>882</sup>

No obstante, jurisprudencia consolidada de la Sala 1ª del TS<sup>883</sup>, respecto del vínculo que se genera entre el paciente y la entidad hospitalaria pública y el personal médico de la misma, que le brinda la asistencia sanitaria bajo un sistema de cobertura o aseguramiento obligatorio, sostiene, que no cabe apoyarse en la unidad de culpa civil, para calificar la naturaleza jurídica de la relación que vincula al paciente o usuario del servicio sanitario con el ente público prestador del mismo, pues la misma no es en puridad de naturaleza contractual, y por tanto las reclamaciones contra el ente público y su entidad aseguradora, en el orden civil deberán basarse en la responsabilidad extracontractual, y en consecuencia con sujeción al plazo anual de prescripción del art. 1968.2 del CC y no al quinquenal del art. 1964 del mismo texto legal.<sup>884</sup>

#### **4.5. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública**

El antecedente inmediato de nuestro actual sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública, lo hallamos en el art. 121 de la ley de 16 de diciembre de 1954, que declaraba la responsabilidad de la administración por los daños causados como consecuencia “del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa”.

Dicha previsión se contempla así mismo en el art. 106.2 de la nuestra Constitución; en los arts. 40 y 41 de la ley de régimen jurídico de la administración del Estado de 20 de julio de 1957, en el art. 54 de la ley de bases de régimen local de 2 de abril de 1985, en el art. 139 de la antigua ley 30/1992 y en el art. 32 de la actual ley 40/2015.

La vigente ley 40/2015, establece en su art. 32 que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas de las lesiones sufridas en sus bienes y derechos cuando estas se produzcan de resultas del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y siempre que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; siempre que el causante del daño forme parte de la organización

---

<sup>882</sup>Artículo. 218.1 LEC: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

<sup>883</sup>En este sentido SSTTS de 12 de febrero de 2000, 11 de junio de 2001, 19 de diciembre de 2008 y 29 de mayo de 2009.

<sup>884</sup>GALAN CORTES, J.C. (2014) Responsabilidad civil médica....Op. Cit. p.69.

administrativa(funcionario, personal contratado, autoridad o agente de la misma en sentido amplio) y que la actuación a la que se imputa causalmente el daño, que se pretende resarcir, se haya producido en el ejercicio de funciones públicas de su cargo dentro de la administración.

El funcionamiento de los servicios públicos será anormal cuando no cumpla el estándar mínimo de diligencia exigible en su prestación, lo que según la jurisprudencia se produce cuando se practica un procedimiento médico sobre un paciente sin su previo consentimiento informado, lo que supone un quebranto de la “lex artis ad hoc” reveladora de un anormal funcionamiento del servicio sanitario.<sup>885</sup>

La alusión legal al funcionamiento normal de los servicios públicos, como generadora de responsabilidad de la administración por los daños que sean consecuencia de los mismos, determina que nuestra jurisprudencia haya considerado el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración, fundado no en la culpa sino en el riesgo que implica para los particulares la actividad potencialmente dañosa desarrollada por la administración.

No obstante lo expuesto, “debe descartarse el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración, pues incluso cuando la ausencia de culpa no determine la existencia de vínculo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño sufrido por el particular y aun admitiendo que la diligencia de la administración no interrumpe o excluye la imputación objetiva de las lesiones, en tal hipótesis se descarta al antijuridicidad del daño y por tanto la responsabilidad de la administración”<sup>886</sup>.

Del tenor del art. 36 de la ley 40/2015, se infiere el carácter directo y exclusivo de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, por lo que el particular lesionado en sus bienes y derechos que quiera ser resarcido por los daños sufridos por el funcionamiento de los servicios públicos, deberá dirigirse exclusivamente contra la administración, y no contra el causante directo del daño y ello sin perjuicio de que dicho profesional pueda personarse en el procedimiento contencioso contra la administración por su actuación dolosa o gravemente culposa para ejercer su defensa frente a las acusaciones y ulterior derecho de repetición de la administración frente al mismo.

Respecto del quantum de la repetición recogido en el art. 36.2 de la ley 40/2015, debe ponderarse el resultado dañoso producido, a diferencia de la responsabilidad del art. 1904 CC, en que se faculta al que satisface la indemnización a repetir lo abonado, en la responsabilidad de la administración no se impone la equivalencia entre la cantidad abonada por la administración al particular en concepto de indemnización y la

---

<sup>885</sup> En este sentido la STSJ Asturias de 24 de julio de 2017, JUR 2017/167797

<sup>886</sup> CADENAS OSUNA, D. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*.p.497.

que posteriormente repite del agente, pudiendo ser dicha cantidad modificada en su procedencia y cuantía por los tribunales<sup>887</sup>.

---

<sup>887</sup> *Ibidem*, p.499-500.



## CONCLUSIONES

1º.- El consentimiento informado en su concepción actual tiene su origen a mediados del siglo XX, si bien, su evolución ha sido paralela a la propia evolución de la relación médico paciente; desde un modelo de beneficencia, asentado en la búsqueda exclusiva del bien del enfermo, sin contar con su opinión, hacia un modelo de autonomía, donde el paciente es reconocido como sujeto personal, que en uso de su libertad participa en las decisiones respecto de su salud, y no acepta imposiciones unilaterales. Dicha evolución ha transformando la relación médico-paciente, en una relación contractual, que concibe al paciente como un consumidor de servicios, con derechos y obligaciones, entre los que cabe destacar el derecho de información. Esta nueva perspectiva ha determinado un aumento de la litigiosidad, y el ejercicio de la conocida como “*medicina defensiva*” con el consiguiente deterioro de la de la relación médico-paciente.

2º.- Las primeras manifestaciones del consentimiento informado en España las situaríamos en el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, (aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972) y, los Reglamentos de régimen interno de diferentes centros hospitalarios. El Reglamento General, recogía en su art. 148.4 el derecho de los enfermos a autorizar, directamente, o a través de sus familiares, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones que implicaran un riesgo previsible, así como su derecho a ser advertidos de su estado de gravedad; si bien dicha previsión era aplicable sólo en la sanidad pública y no en la medicina privada.

No obstante, será la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (Art. 10 en su redacción original), nuestra primera normativa legal general en este punto, al exigir la obligación de obtener el previo consentimiento informado del paciente por escrito, para la realización de cualquier intervención.

En 1997, El CEDHB de Oviedo, estableció dicha obligación, al disponer que una intervención en el ámbito de la sanidad solo pueda efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

La actual regulación se contiene en la LAPac, que recoge en similares términos al CEDHB de Oviedo la obligación de obtener el consentimiento informado, y el derecho del paciente a revocar por escrito libremente su consentimiento en cualquier momento.

Existiendo leyes especiales que también regulan la materia como la relativa a los trasplantes de órganos, para donante y receptor, en los arts. 4. 6.º y 6 de la Ley de extracción y trasplante de órganos de 27-10-1979, e igualmente para el aborto en el art. 17 de la LO 2/2010, de 3-3 modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de

septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

**3º.-** El Consentimiento Informado se define en el art.3 de la LAPac., como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Los principios generales que informan la vigente LAPac son:

- Ámbito de aplicación en toda España.
- Respeto a los Derechos Fundamentales de Intimidad y dignidad del ser humano.
- Necesidad de Consentimiento Informado previo a cualquier intervención.
- Primacía de la Autonomía de la voluntad.
- Deber de colaboración del paciente.
- Deber de secreto profesional.
- Deber de información y documentación clínica del profesional sanitario.

**4º.-** La información al paciente constituye un presupuesto del consentimiento informado. La LAPac, configura el derecho a la información, como un derecho-deber, en el que se encuentran implicados dos sujetos, el obligado a informar y el titular del derecho a la información; conformando el derecho de los pacientes a la información y la exigencia del consentimiento informado, un derecho fundamental preferente. Nuestra jurisprudencia recogió el deber de información del médico por primera vez en la sentencia de 8 de octubre de 1963, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la que expresamente se establece como requisito previo para la validez del consentimiento.

La jurisprudencia actualmente, conforma el derecho de información como uno de los elementos integrantes de la “lex artis ad hoc” o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, cuya omisión puede determinar "culpa sanitaria" conforme a los arts. 1902 y 1903 CC.Una información no ya inexistente sino simplemente defectuosa, puede hacer inválido el consentimiento. La validez del consentimiento exige que el paciente decida sobre el conocimiento de cuestiones relevantes para decidir el acto médico.

**5º.-** El contenido mínimo de la información que hay que facilitar al paciente, según recoge en el artículo 4 de la Ley básica, es:

- a) La finalidad de la intervención.
- b) Naturaleza, de la intervención se va a realizar.
- c) Riesgos, molestias y riesgos secundarios posibles, incluidos los de la no intervención y los relativos a las características individuales de cada paciente.
- d) Consecuencias, beneficios que comporte la intervención.
- e) Alternativas posibles a la intervención propuesta.

Junto con dichos contenidos mínimos debería incluirse en la información los motivos que llevan al sanitario a elegir entre las distintas opciones, así como el deber de informar al paciente del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento.

**6°.-** La titularidad del derecho a la información es única y recae en el paciente. No obstante se da la posibilidad de que los destinatarios de la información sean personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho (en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita), cuando la persona afectada carece de capacidad para entender la información, en un momento concreto por su estado físico o psíquico.

La LAPac, reconoce el derecho a la información asistencial a las personas con discapacidad de modo adecuado a su posibilidad de comprensión, así mismo, hace referencia al paciente menor de edad, cuando regula el llamado "consentimiento por representación", y establece la necesidad de recabar el consentimiento de los menores emancipados y de los menores mayores de dieciséis años (equiparando al menor maduro con el mayor de edad, no incapacitado y consciente). Estableciendo excepciones a la obligación de informar al paciente como son a) el privilegio terapéutico, entendiéndose por tal, la facultad del médico de actuar profesionalmente sin informar al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave, y b) la renuncia a ser informado expresa o tácitamente. La ley básica contempla límites al derecho a no saber, cuando exista un conflicto de interés entre dicho derecho y la propia salud del paciente o de un tercero.

**7°.-** La obligación de informar según la Ley básica, corresponde al médico responsable del paciente, y a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto. Al que también corresponde el juicio sobre la capacidad del paciente para tomar decisiones, la ponderación de la necesidad de recabar un consentimiento por escrito, la cumplimentación de la historia clínica y la facultad de proponer el alta forzosa del paciente en caso que éste no acepte el tratamiento prescrito.

La determinación de la capacidad del paciente para consentir corresponde al médico responsable del tratamiento, pero la decisión del médico responsable, puede ser cuestionada, se puede solicitar una evaluación alternativa y en caso de que le sea negada y no se esté de acuerdo con la decisión del decisor sustituto, puede recurrir al amparo judicial.

**8°.-** El médico transmitirá la información de modo "verdadero, comprensible y adecuado" dejando constancia en la historia clínica, prevista en soporte papel o informático. Como regla general la información será oral, y excepcionalmente escrita de conformidad con lo dispuesto en el art 8.2 de la LAPac en los siguientes supuestos: 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.

**9º.-** El consentimiento informado según tiene señalado la doctrina jurisprudencial tiene rango de Derecho Humano Fundamental. Mediante el consentimiento informado, el paciente emite su conformidad al acto médico tras haber recibido una correcta y adecuada información.

El Tribunal Supremo ha señalado que el consentimiento informado "constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a 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".

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencia nº 37/2011, de 28 de marzo, al analizar si la incorrecta prestación del consentimiento informado, o la omisión total de éste es mera legalidad ordinaria o está en juego la vulneración de derechos fundamentales; considera que la actuación médica llevada a cabo sin recabar previamente el consentimiento del paciente, que debía ser informado, sí puede considerarse, de lesiva de su derecho fundamental a la integridad física y moral, desde una nueva perspectiva.

La obligación de informar al paciente y de obtener su consentimiento integran la "lex artis ad hoc" del médico, y supone el ejercicio de derechos fundamentales de la personalidad del paciente, dado que el derecho de autonomía del paciente forma parte del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral, reconocidos en el art. 15 de la CE., y que su incumplimiento total o parcial genera en principio responsabilidad por incorrecta prestación del servicio sanitario.

**10º.-** Para que el consentimiento sea válido según el artículo 8 de la Ley básica, debe reunir los siguientes requisitos:

-Ser libre y voluntario.

-Ser debidamente informado.

-Ser específico para cada acto médico, sin que sea válido un consentimiento general o global.

-Ser personal (salvo en los supuestos de ausencia de capacidad o en casos de delegación, el propio paciente debe ser quien consienta el acto médico).



-Ser previo al inicio de cualquier acto médico y es revocable en cualquier momento.

-Como regla general el consentimiento será verbal, concretando supuestos en que deberá constar por escrito, como son las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, en procedimiento que suponga un riesgo o inconveniente "de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Además existen supuestos en leyes especiales sobre técnicas de reproducción asistida, extracción y trasplante de órganos, ensayos clínicos, etc., que exigen consentimiento por escrito. Y en todo caso, el artículo 10.2 de la Ley básica señala que el médico deberá ponderar en cada caso la necesidad del consentimiento escrito teniendo en cuenta que "cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

**11º.-** La prestación del consentimiento se podrá realizar por representación, 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.

En estos casos, el consentimiento prestado por el representante habrá de ser adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del enfermo y con respeto a su dignidad personal.

Si se trata de menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, habrán de otorgarlo ellos mismos directamente. La Ley prevé que en caso de actuación de grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de decisión correspondiente. La Ley básica obliga a que si el paciente tiene doce años cumplidos, deba escucharse su opinión antes de que su representante autorice la intervención. Para ciertos actos médicos especialmente trascendentes se adopta el criterio de la mayoría de edad, como pueden ser la extracción y trasplante de órganos, la utilización de técnicas de reproducción asistida, la cirugía transexual, y el documento de voluntades anticipadas. Pero incluso estas limitaciones por razones de edad, pueden ser cuestionadas atendiendo a la capacidad natural del menor. La interrupción voluntaria del embarazo, no es uno de los actos médicos para los que se exige mayoría de edad, a tenor del artículo 9.4 de la ley básica.

**12º.-** Excepcionalmente los facultativos podrían llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos:

a).- Riesgo para la salud pública. Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley, que habrá que entender referidas al control de enfermedades transmisibles.

b).- Urgencia. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. En estos supuestos el médico, frente a una hipotética reclamación por intervenir sin autorización, siempre estaría amparado por la eximente de estado de necesidad, ya que el paciente no habría podido ejercitar su libertad de elección.

c).- Otro supuesto de excepción al consentimiento informado, no contemplado en la Ley básica, lo encontramos en la Ley General Penitenciaria, donde se establece que la Administración velara por la vida, integridad y salud de los internos.

La carga de la prueba del consentimiento informado corresponde al médico, tal como establece la jurisprudencia, y de conformidad con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, prevista en el artículo 217.6 LEC, sin que la existencia del consentimiento a la intervención médica suponga exoneración al médico en caso de posible negligencia.

**13°.-** El Derecho penal encuentra su razón de ser en la protección de los intereses socialmente relevantes, los llamados bienes jurídicos, pero solo son protegidos por el Derecho Penal, los bienes jurídicos esenciales para la sociedad, en la medida que están destinados a proteger aquellos intereses cuya violación suponga un perjuicio serio para el correcto funcionamiento del sistema social (la vida, la integridad física, la salud pública, etc.) y el libre desarrollo (autorrealización) de las personas. En este sentido los bienes jurídicos se configuran como límite y garantía de los fines del Estado en el marco de una política criminal concreta, que legitima la injerencia del Derecho penal en la libertad de las persona y que tienen como referencia la Constitución.

El Derecho penal, a lo largo de su historia ha otorgado relevancia al consentimiento del titular del derecho, como elemento del delito. En nuestro ordenamiento jurídico, el vigente Código Penal no lo regula con carácter general dentro de eximentes del art. 20, ni en otro precepto de la parte general, sino que lo prevé en concretos delitos de la parte especial, donde presenta cierta relevancia, cuando concurren requisitos legalmente establecidos, en función de que se trate de bienes jurídicos individuales o supraindividuales y de que sean o no disponibles para su titular.

La doctrina mayoritaria considera que, en delitos contra bienes jurídicos individuales o personales disponibles, el consentimiento de su titular suele ser eficaz como eximente; si bien, cuando se trata de los bienes jurídicos más básicos y esenciales e irreparables de la persona, como la vida, o de muy difícil reparación como la integridad física, psíquica y la salud, en los que el consentimiento en la destrucción de

los mismos determinaría la imposibilidad de cambiar luego la decisión y sus efectos, probablemente anómalos por ser contrarios al instinto de conservación (donde cabría sospechar anomalías graves en tales decisiones o incluso la posibilidad de abusos para obtener tal consentimiento), no sería eximente (así en el homicidio del art.143.3 CP, en las lesiones constitutivas de delito, salvo en los trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual: arts. 155 y 156, donde tiene eficacia atenuatoria (en el CP: art. 143.3 y 155, 1º)<sup>888</sup>. Tampoco en bienes jurídicos individuales menos esenciales el consentimiento del titular eximiría de responsabilidad cuando el ataque a los mismos afecta simultáneamente a intereses o bienes jurídicos supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer (en la usurpación de estado civil ajeno del art. 401o en la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural del art. 289).

Por otro lado, en bienes jurídicos que afectan a intereses colectivos o supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer, en que el afectado no es solo el sujeto pasivo sino también la comunidad, no es relevante el consentimiento; porque toda la comunidad, como tal no puede consentir; el hecho de que el Estado actúe como representante de la comunidad y pueda permitir que se realice la conducta en principio típica, supone no un consentimiento, sino una figura paralela, la autorización oficial.

Frente a estos criterios mayoritarios, hay un sector doctrinal, que considera que los bienes jurídicos individuales no solo protegen el sustrato material que los conforma sino también la posibilidad de disposición por parte de su titular, en base a la interpretación de protección de los bienes jurídicos conforme a la constitución ósea, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación como presupuesto de la dignidad; en base a ello, conciben todos los bienes jurídicos individuales como disponibles, pudiendo renunciar su titular a su protección, cuando está impida su autorrealización conforme a su ética personal.

Esta visión liberal y personalista del bien jurídico penal concibe al individuo como fin supremo de la sociedad y del Estado. Estimando no justificada la intervención del Derecho penal y del Estado de forma paternalista salvo que las medidas paternalistas sean necesarias, idóneas y proporcionales y pretendan garantizar, que el consentimiento emitido por el titular, cumpla con los requisitos de validez, o evitar un perjuicio a la autorrealización de terceros ajenos.

**14º.-** La naturaleza jurídica del consentimiento en el ámbito penal es una cuestión discutida ampliamente por la doctrina científica. Las principales diferencias radican en la relevancia jurídica que se otorga al consentimiento en la teoría jurídica del

---

<sup>888</sup> MARTINEZ RUIZ, J. (2005). *La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces. In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (pp. 409-423).*

delito, excluyendo la tipicidad, la antijuridicidad o una u otra según los casos. La cuestión no es menor, toda vez que en el caso de excluir la tipicidad, ello determinara para el autor del hecho su no imputación “ad initio”, en tanto que los partidarios de considerar el consentimiento una causa de justificación, ubicándolo en la antijuridicidad no evitarían la imputación del autor, lo cual no es cuestión baladí, por todas las implicaciones que comporta el proceso penal.

Dentro de la doctrina existen tres posiciones en orden a la relevancia del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito, conocidas como posiciones monistas, dualistas y tripartitas.

Las posiciones monistas, partiendo de la distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales, consideran que los bienes jurídicos universales solo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo y en consecuencia dan mayor disponibilidad al titular sobre el bien jurídico. Para ellos la acción solo realiza el tipo en la medida en que comporte una lesión del ámbito del dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Estos autores parten de la unidad entre el bien jurídico y su poder de disposición por el titular, y de la disponibilidad del sujeto sobre los bienes jurídicos contenidos en los artículos 15 a 19 de la Constitución Española, como derechos fundamentales inherentes a la persona que consagra el art. 10.1 de la misma. Conciben el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.

Los partidarios de las teorías dualistas, parten de la distinción de la doctrina alemana entre acuerdo (que se refiere a tipos que describen actuaciones contra la voluntad del sujeto, en los que el consentimiento excluye la tipicidad) y consentimiento en sentido estricto (en los tipos contra bienes jurídicos personales distintos a la libertad en los que el consentimiento opera como causa de exclusión de la antijuridicidad). Sus partidarios consideran que se produce una ponderación de intereses entre el reproche penal de la lesión del bien jurídico, por el interés de la comunidad en su protección y la libertad personal de disposición del titular.

Junto con las posiciones monistas y dualistas encontramos las posiciones intermedias en cuya virtud podemos diferenciar dos supuestos:

-Cuando el consentimiento es jurídicamente válido, emitido por el titular del bien jurídico con plena capacidad y sin ningún vicio de la voluntad, puede suceder:

Bien que estemos ante un caso de atipicidad por falta de toda relevancia jurídica y por tanto ad initio ante una causa de atipicidad, ya que aunque sí se vea afectado el bien jurídico falta ya el tipo indiciario por haber adecuación social y jurídica si la conducta es válidamente consentida.

O bien que el consentimiento jurídicamente válido sea eficaz y permita la conducta, pero ésta sea en principio típica, ya que hay afectación, lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no hay adecuación social por no ser una conducta considerada socialmente como adecuada, de modo que la permisón o autorizaci3n por el consentimiento supone una causa de justificaci3n debida a la ponderaci3n de intereses. Pero ello no se produce en bienes jurídicos muy importantes, como la salud e integridad física y psíquica y la vida, bienes jurídicos cuya conservaci3n prevalece a la libertad de disposici3n del sujeto. Por ello no se autoriza la eutanasia consentida, disponiendo a lo sumo, como es el caso del art. 143.4 del C3digo Penal una atenuaci3n cualificada.

-Cuando el consentimiento es de fácto la situaci3n es la siguiente:

En algunas figuras delictivas, un consentimiento de hecho del sujeto pasivo, aunque jurídicamente no sea plenamente válido y no excluya la antijuridicidad del acto, sí es en cambio suficiente para excluir la ilicitud penal de la conducta consentida. En los consentimientos de hecho, la conducta consentida no está permitida, pero por razones propias de cada tipo delictivo no se considera lo bastante grave como para que sea penalmente relevante de conformidad con el principio de intervenci3n mínima del Derecho Penal.

**15°.-** La doctrina señala como requisitos del consentimiento en el ámbito penal los siguientes: titularidad del bien jurídico; capacidad; libertad y conciencia; y exteriorizaci3n.

S3lo puede consentir el titular del bien jurídico llamado a ser afectado por la conducta punible, como norma general se debe prestar personalmente y excepcionalmente se puede otorgar por un representante legal dependiendo de la naturaleza jurídica del objeto de la tutela penal. Además se exige que el titular tenga la posibilidad de disposici3n del objeto protegido penalmente. En los casos de consentimiento válido jurídicamente, quien consiente ha de tener la plena titularidad del bien jurídico en cuya lesi3n o afectaci3n consiente. No obstante en algunos tipos el consentimiento fáctico, no precisa la plena titularidad jurídica del bien jurídico como requisito de la capacidad de obrar o negociar de quien consiente; siendo suficiente una titularidad parcial de alguno de los aspectos del bien jurídico.

Para consentir se requiere que el titular del derecho, goce de capacidad de comprensi3n y de decisi3n (imputabilidad), lo que en Derecho civil se denomina plena capacidad de obrar.

En el ámbito de los tratamientos médico-quirúrgicos, la ley básica, se conforma con una capacidad de entendimiento suficiente, aunque el sujeto sea menor, o pueda tener alguna anomalía psíquica no grave, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opini3n. No obstante, para algunos

actos médicos de especial trascendencia o gravedad por sus repercusiones, la ley requiere la mayoría de edad para prestar el consentimiento. Así 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; y para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño, y con verdadera voluntad del acto del que consiente y, es inoperante si emana de quien, aún con libertad, no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite. Para los supuestos de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas, se exige un “consentimiento informado”. Ello implica que el médico responsable ha de dar al paciente toda la información precisa, exacta y lo más completa posible al alcance de su comprensión, en función de sus concretas circunstancias personales.

El consentimiento, ha de exteriorizarse ya que si ello no ocurre, no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas. El consentimiento no requiere de manifestación expresa y basta tan sólo una acción cualquiera concluyente y tampoco requiere ser conocido por el agente. El consentimiento ha de ser anterior a la realización del hecho o también producirse durante la ejecución pero antes de la consumación, aunque en este caso no siempre eximirá totalmente. La ratificación o consentimiento posterior del sujeto pasivo, es irrelevante, porque equivale al perdón. El consentimiento del sujeto pasivo puede ser libremente revocado por éste antes de la realización completa del hecho.

**16°.-** El tratamiento médico ha sido objeto de una especial valoración por parte de la doctrina penal, pues en él pueden verse afectados bienes jurídicos esenciales para el Derecho Penal, como son la libertad, vida, la salud y la integridad corporal. Por ello, la interpretación de los tipos penales a que la actividad médica podía dar lugar, ha estado condicionada por las ideas de permisión social, adecuación social y valoración positiva del tratamiento médico en atención a la nobleza de su función y de sus profesionales.

Así encontramos de un lado planteamientos teóricos que asignan a la licitud jurídico-penal del tratamiento médico un componente esencialmente objetivo, vinculado al carácter socialmente valioso o útil del mismo. En esta línea, la doctrina más tradicional, excluye la responsabilidad penal por el tratamiento médico en base a la exigencia del ejercicio legítimo de la profesión, oficio o cargo, en atención a la consideración social del médico como profesional dotado de un conocimiento superior, o de un privilegio social, con el que no resulta fácilmente compatible la exigencia de

una responsabilidad penal, no siendo relevante el consentimiento del paciente como elemento de licitud de la conducta del médico. Por ello, cuando el tratamiento médico se realice con finalidad curativa, este medicamento indicado y ejecutado conforme a la “lex artis”, no daría lugar a un delito de lesiones, pudiendo en su caso, dar lugar a un delito contra la libertad.

Para los partidarios de estas posiciones en la indicación médica, el consentimiento es irrelevante, por su naturaleza a priori objetiva, pues para su determinación es importante el estándar médico vigente en cada momento, aunque también sea compatible con cierta libertad de terapia. Tampoco para la determinación de la “lex artis” aplicable a cada tratamiento parece relevante a priori el consentimiento del paciente, pues la misma depende, de la concreción de patrones preferentemente objetivos. Por tanto, la relevancia del consentimiento del paciente se concretaría en el ámbito de la justificación.

Frente a dichos planteamientos se sitúan las posiciones teóricas que parten del papel central de la voluntad del sujeto pasivo, para fundamentar la licitud jurídico-penal del tratamiento médico, manifestada en el consentimiento del mismo. Lo que exige formular el juicio de valoración-penal del tratamiento médico tomando en cuenta el consentimiento del paciente.

La doctrina más reciente vincula el consentimiento, al derecho de autodeterminación y considera los bienes jurídicos salud e integridad, vinculados a las preferencias valorativas del paciente; desde una perspectiva subjetiva de la salud. Por ello, la indicación médica se trataría como un requisito “abierto”, no dependiente de valoraciones médicas objetivas, sino de la elección del paciente (especialmente en los tratamientos cuya ejecución u omisión genera un riesgo grave de perjuicio para salud, por implicar pérdida o inutilidad de miembros corporales, o alteración sustancial de las funciones del organismo, donde es dudoso determinar el resultado más beneficioso para salud del paciente sin tener en cuenta sus preferencias).

En nuestra opinión, la posición más razonable pasa por conjugar ambas perspectivas, la definición de la salud como interés en principio objetivo está condicionada por las preferencias subjetivas del paciente, lo que implica una redefinición de los bienes jurídicos afectados en el tratamiento médico.

**17º.-** La realización de tratamientos médico- curativos sin consentimiento del paciente, según la doctrina tradicional no darían lugar a un delito de lesiones; los realizados de forma exitosa por ausencia del elemento objetivo del tipo, al no haber afectación a la salud, y en los realizados con resultados lesivos, por falta de elemento subjetivo del tipo, dada la finalidad curativa de la intervención.

Frente a dicha doctrina, modernamente se considera la falta de consentimiento podría afectar al derecho de autodeterminación del paciente, a su libertad, que tiene expreso reconocimiento constitucional en el artículo 17. 1 de la Constitución. Se plantea

doctrinalmente, si además de la libertad se ve afectado el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución y en consecuencia el bien jurídico integridad personal, que comprende tanto la integridad física como psíquica; ya que cualquier intromisión no consentida en el cuerpo ajeno (aunque sea con fines curativos) supondría lesionar la integridad física del individuo, cuya garantía debe entenderse como derecho a mantener el propio organismo libre de cualquier intromisión externa no deseada. Desde esta perspectiva será el titular del bien jurídico quien defina su salud, como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 de nuestra constitución.

Según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido, en la conducta de tratamiento médico no consentido sería; por una parte, la salud y la integridad corporal, y, por otra, el derecho de autodeterminación (o la libertad) del paciente; la inexistencia de un auténtico consentimiento informado del paciente; podría determinar que, al no ser válido dicho consentimiento, ya no opera la eximente del Art. 20.7 C.P., y los autores responderán del resultado lesivo causado mediante el tratamiento médico o quirúrgico.

Sin embargo, otro sector sostiene que, aunque tales lesiones no hayan sido válidamente consentidas por el paciente indebidamente informado, no se respondería del delito de lesiones; bien porque concurren los requisitos del estado de necesidad; bien porque se niega la tipicidad de las lesiones por sostener que el tipo, (para unos el tipo objetivo para otros el subjetivo), es incompatible con el carácter objetivamente curativo y no lesivo para la salud de la intervención, cuando el resultado es favorable; o cuando el resultado es desfavorable, con la finalidad curativa de la actuación médica. Por ello, parte de la doctrina ha defendido que lo que hay es más bien un ataque a la libertad de disposición del paciente, que a lo sumo sería constitutivo de un delito leve de coacciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que se infringe “la *lex artis ad hoc*” no solo cuando se produce el acto médico de forma incorrecta desde el punto de vista técnico, sino también cuando no ha intervenido un consentimiento del paciente, o sus familiares debidamente informados por el médico, y no solo cuando se ha omitido completamente la información sino también de forma parcial.

**18°.-** La falta de consentimiento informado puede determinar diferentes consecuencias jurídicas en el ámbito penal, podemos distinguir, siguiendo a Lorenzo Morillas, las siguientes situaciones:

- Intervenciones con consentimiento del paciente. Es criterio pacífico en la doctrina que en delitos contra la colectividad no tiene eficacia y a “sensu contrario” si la ostenta en los de carácter individual salvo en aquellos que no son disponibles ni renunciables, como por ejemplo la vida y la salud que constituyen precisamente bienes jurídicos vinculados directamente con la actividad médica.



Respecto del bien jurídico “vida”, nuestro texto punitivo lo considera un bien jurídico irrenunciable, no obstante en determinadas intervenciones médico-quirúrgicas que constituyen actuaciones peligrosas, el consentimiento del paciente no justifica pero si constituye uno de los requisitos que determinan que el ejercicio de la profesión sea legítimo, requisito esencial para subsumir la conducta del profesional en el ámbito de la causa de justificación del artículo 20.7CP, constituyendo otra excepción los supuestos de renuncia del sujeto pasivo a la vida privándose de ella, o solicitando o consintiendo que otro se la quite. En el primer supuesto si la actuación médica es conforme a la “lex artis” con el consentimiento del paciente y se produce el resultado lesivo muerte, el profesional estaría amparado por la circunstancia del artículo 20.7, y en el caso de que se obrara sin las exigencias de la “lex artis” podríamos encontrarnos ante la imprudencia profesional del artículo 142 CP o incluso ante un homicidio por dolo eventual del artículo 138 CP, en los que el consentimiento no impide la responsabilidad del facultativo. Por lo que respecta al segundo supuesto, nuestro Código Penal no sanciona el suicidio intentado y atenúa algunos tipos penales en los que tiene influencia la voluntad o consentimiento de la víctima y que tienen como resultado su muerte, así el artículo 143 CP., lo que refleja cierta relevancia del consentimiento en relación al bien jurídico vida.

Por lo que respecta al bien jurídico “salud” entendiendo por tal la ausencia de enfermedad o alteración física o psíquica. Un amplio sector de la doctrina lo concibe como un bien jurídico disponible, en contra del criterio mantenido en el código penal que considera que el consentimiento no exime de responsabilidad penal, aunque admite cierta atenuación de la pena cuando se otorgue con las circunstancias establecidas en el artículo 155, lo cual no deja de ser contradictorio, pues si la salud es un bien jurídico disponible, el consentimiento debería ser relevante como eximente y si es indisponible carecería de cualquier relevancia. Además el propio código no castiga las autolesiones, ni los supuestos de trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilizaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156.

Amén de lo anterior, podemos distinguir entre intervenciones curativas medicamente indicadas e intervenciones no curativas con o sin infracción de la “lex artis”. En intervenciones curativas medicamente indicadas según la mayoría de la doctrina estaríamos ante un supuesto de atipicidad, dada la finalidad curativa de la intervención. Por su parte en las intervenciones no curativas para unos autores el consentimiento del paciente legitimaría la actuación y estaríamos ante una causa de justificación del artículo 20.7, mientras que para otros autores estaríamos ante una causa de atipicidad, dado que el resultado final de la intervención puede producir un bienestar físico o psíquico similar a una intervención curativa.

Por último, si la intervención produce un resultado lesivo y el facultativo no obra conforme a la “lex artis”, con menoscabo de la salud del paciente, estaríamos ante un delito de lesiones por imprudencia profesional del artículo 152 o en su caso, ante unas lesiones causadas por dolo eventual.

## 2. Intervenciones sin consentimiento del paciente.

- Con resultado negativo por tratamiento técnicamente inadecuado. La doctrina entiende que en estos supuestos se produce un resultado lesivo imprudente o doloso eventual, que conculca el bien jurídico salud o vida, no obstante ello no evita la conculcación de la libertad de autodeterminación del paciente, que comportaría la posibilidad en abstracto de un delito de coacciones cuando no existe consentimiento, en concurso real, sin que exista un concurso ideal de delitos al tratarse de bienes jurídicos de distinta naturaleza y conductas diferenciadas.

- Con tratamiento técnicamente adecuado. Se conocen con el nombre de tratamientos médicos arbitrarios, en los que el resultado positivo o negativo no es imputable al facultativo por el tratamiento técnicamente correcto llevado a cabo en ambos casos, pero sin consentimiento del paciente. En este punto la doctrina se divide, para unos estaríamos ante un delito de lesiones, y para otros estaríamos ante un delito contra la libertad, no faltando autores que consideran que la solución pasaría por la utilización de instrumentos no punitivos, como respuesta ante la actuación que menosprecie la libertad decisoria de los pacientes de acuerdo con el principio de intervención mínima del Derecho penal. Sin perjuicio de la posibilidad de un tipo específico, que sería deseable y que aclare la ambigua situación actual, con el fin de delimitar los límites entre los atentados a la vida a la salud y a la libertad personal, señalando los requisitos y excepciones del consentimiento.

3. Intervenciones médicas contra el consentimiento del paciente. Se trataría de una intervención para proteger los intereses del paciente pero contra su voluntad, para un sector doctrinal, se vulneraría el bien jurídico “libertad”, “libertad de autodeterminación” que podría subsumirse en el Código Penal en los artículos 172 y 163 en el caso de llegar a afectarse la libertad deambulatoria, que a efectos de punición comportaría un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.1 del CP. Se plantea asimismo si además de dichos bienes jurídicos se estaría vulnerando la “integridad personal” y dicha conducta podría subsumirse en el artículo 147 del CP. En cuyo caso se podría producir un concurso ideal o medial entre el delito de lesiones y el delito de detención ilegal o coacciones; o un concurso de leyes (art. 8 C.P.) entre el delito de lesiones, y el delito de coacciones o detención. Siendo irrelevante que el acto médico tenga una finalidad curativa, ya que dicha finalidad podría, en su caso ser alegada como causa de justificación que elimine la antijuridicidad del hecho, pero sin afectar a la tipicidad.

No obstante, cuando el sujeto puede consentir y el médico actúa sin su consentimiento la conducta realizada sería dolosa y al contravenir las exigencias de la “lex artis” médica no vendría amparada por las causas de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo.

4.- Situaciones de extrema urgencia, consentimiento presunto. Cuando el médico se encuentre en situaciones límites en las que es imposible recabar el consentimiento del paciente, de sus familiares o representantes legales, la difícil elaboración teórica del consentimiento presunto, al que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad como causa de justificación, la necesidad de acudir a un juicio hipotético del paciente de que consentiría ha sido cuestionado por la doctrina española que acude en estos supuestos a la circunstancia eximente de estado de necesidad justificante del artículo 20.5 en el que se produce una ponderación de bienes jurídicos afectados y exige para su apreciación que la intervención médica sea la única manera posible de mantener el bien jurídico, siempre y cuando concurren los requisitos legales.

**19°.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del vigente CP., " *la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*". En el ámbito de la responsabilidad civil médica ex delicto, la doctrina jurisprudencial y científica distinguen entre medicina curativa, necesaria o asistencial (considerada una obligación de medios de forma practicamente unanime por la doctrina) y la llamada medicina voluntaria o satisfactiva (donde existe división doctrinal respecto a si el médico asume una obligación de medios, de actividad o de diligencia, o de resultado).

La importancia práctica de esta distinción se manifiesta en dos aspectos: el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor (médico) y en el del establecimiento de la carga probatoria.

La naturaleza jurídica de la obligación del médico en medicina satisfactiva, ha sido abordada por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, señaló en la sentencia de 27 de septiembre de 2010 que "no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice, ello sin perjuicio de que la obligación de medios se intensifica, no sólo en el aspecto ya aludido de la información previa al consentimiento del paciente, sino también en cuanto a que se han de extremar los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la actuación médica".

**20°.-** La responsabilidad civil del médico exige con independencia de que sea una obligación contractual o extracontractual; probar la culpa, es requisito determinante y común en ambos tipos de obligaciones, según se infiere de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil. Así mismo y de conformidad con la doctrina jurisprudencial se debe probar la existencia del daño y su vinculación causal con un determinado acto u omisión dañoso. Señalando como criterio la adecuación a la "lex artis ad hoc", dentro de la cual se incluye el deber de información del médico al paciente y de obtener su consentimiento.

El Tribunal Supremo ha establecido como principio general, en materia sanitaria, que debe descartarse la responsabilidad objetiva, la presunción de culpa y la

inversión de la carga de la prueba; estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad, en tal forma que estamos ante una responsabilidad subjetiva basada en la culpa del agente. Ahora bien, la jurisprudencia, viene ampliando la interpretación del artículo 1.104 del Código Civil, que define la culpa o negligencia, exigiendo al médico una mayor diligencia para evitar el resultado dañoso, sin que dicha flexibilidad comporte el establecimiento de una responsabilidad objetiva en materia sanitaria.

Para apreciar que ha existido culpa, hay que conectar la actuación del facultativo con el canon de diligencia que le es exigible, en su actividad profesional conforme a la “lex artis ad hoc”; que supone que “la actuación del facultativo debe ajustarse no sólo al cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino a la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias”.

**21º.-** La doctrina jurisprudencial más reciente, ha ido matizando la regla general de la carga de la prueba estableciendo excepciones, presunciones “iuris tantum” de la responsabilidad del facultativo e invirtiendo la carga de la prueba sin afectar al principio subjetivo de la culpa. Así ha aplicado principios, como la doctrina de la facilidad probatoria, del daño desproporcionado entre otras que matizan el rigor probatorio que corresponde al paciente (acreedor), entre las que podemos señalar las siguientes:

- Cuando la práctica médica se desarrolla en el entorno de un establecimiento dependiente de la Administración Pública, en los que resulta complicada la tarea de proceder a la individualización de la persona directamente responsable del daño causado, al ciudadano le basta con probar la lesión experimentada para trasladar de forma automática al facultativo la prueba de que no actuó culposa o negligentemente, en tal caso; basta que pruebe que se ha incurrido en culpa, para que nazca así su derecho a ser indemnizado.

- La doctrina de facilidad de la prueba, implica que la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad para probar. Con carácter general, se recoge en el art. 217.6 LEC.

- En ocasiones se traslada la obligación de probar del paciente al facultativo por razón de la actuación médica, cuando sea evidente la negligencia, conforme a la denominada teoría del “daño desproporcionado”, en los que se presume un mal uso o ejecución de los actos médicos cuando el resultado producido resulte desproporcionado al usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar, circunstancias que justifican la inversión de la carga de la prueba.

**22°.-** Para el éxito de cualquier reclamatoria de responsabilidad patrimonial por actuación profesional, es preciso acreditar la existencia de una relación de causalidad, entre la actuación del profesional y el evento dañoso que soporta el paciente, de conformidad con la reglas generales en materia probatoria contenidas en el artículo. 217 de la LEC.

La doctrina jurisprudencial, ha utilizado distintas teorías para considerar acreditada la relación de causalidad, entre las que se encuentran: La teoría del daño moral, la teoría de la pérdida de oportunidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la imputación objetiva, la teoría de la probabilidad estadística, la teoría de la pérdida de oportunidad, la teoría de la creación culposa de un riesgo, y la teoría de los cursos causales no verificables.

**23°.-** Ante este panorama legislativo y jurisprudencial, podemos concluir la necesidad de establecer un nuevo marco jurídico, respecto de los supuestos de intervenciones médicas sin consentimiento o con consentimiento defectuoso; delimitando claramente los bienes jurídicos que se tutelan, su contenido objetivo/subjetivo, su titularidad, la posibilidad de disposición de los mismos, su relevancia jurídico-penal y las consecuencias de su incumplimiento en el ámbito de la teoría jurídica del delito.

Estimamos necesario el establecimiento de tipos penales específicos que regulen la materia; para evitar la inseguridad jurídica que genera la situación actual; que conduce a una excesiva judicialización del ejercicio de la medicina, con deterioro de la relación médico-paciente, ante el temor por parte del profesional sanitario de sufrir denuncias; con consecuencias muy costosas a la sociedad, como las excesivas pruebas diagnósticas que se practican para evitar errores por parte de los profesionales, y un trato al paciente cada día más deshumanizado.



## BIBLIOGRAFIA

AAVV, Diccionari Enciclopèdic de Medicina, Casassas, O. (1990) (dir), Acadèmia de Ciències Mèdiques de Catalunya i Balears, Enciclopèdia Catalana, Barcelona.

ABASCAL JUNQUERA, A. (2011), “El deber de información al paciente como Derecho Fundamental, a la integridad física. Doctrina de la STC 37/2011, de 28 de marzo”, Sepín responsabilidad civil y seguro núm. 22, 3r trimestre 2011 (junio).

ABEL LLUCH, X. (2003), El derecho de información sanitaria. Diario La Ley.

ACEDO GARCIA, S. (2005), “Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario: ¿emergencia de la autonomía del menor?, un análisis del derecho francés”, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Nº8, [http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/Acedo\\_Minores.pdf](http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/Acedo_Minores.pdf) consultado el 11/10/2015

ALEMANY, M. (2003) “Las estrategias de la benevolencia. Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

ALONSO OLEA, M. (2001), El Consentimiento informado en medicina y cirugía, Revista de Administración Pública nº 155.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, PROCEEDINGS OF THE NATIONAL MEDICAL CONVENTIONS.

ANTÓN ONECA, J. (1949) Derecho Penal. Parte General, Madrid.

ANTÓN ONECA, J. (1965). Notas críticas al Código Penal: las lesiones. Libro Homenaje al Padre Pereda. Bilbao: Universidad de Deusto.

ANTON ONECA, J. (1986). Derecho Penal, 2ª edición anotada y puesta al día. Madrid: Akal.

ANTON, C. D. R. V. (1987). Derecho penal. Parte general. Tirant lo Blanch, Valencia.

APDCMA. (2004) Guía de protección de datos personales para servicios sanitarios públicos, Thomson-Cívitas, Madrid.

ARAN, M. C. G., & CONDE, F. M. (2010). Derecho penal. Parte general. 8ª ed. Tirant lo Blach. Valencia.

ARANA AMURRIO, J.I. (1998), El Médico y la Historia. En “El Médico”, n. 691.

ARANGUEZ SANCHEZ, C. (2005). La producción de armas biológicas mediante ingeniería genética. In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (pp. 181-203).

ARENALDI RIOS, J. (2006). El consentimiento en materia penal. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, (1).

ATIENZA, M. (2010). Bioética, Derecho y argumentación. Palestra, Temis. Lima – Bogotá.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (1990). El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física. Poder Judicial, (12).

BACIGALUPO ZAPATER, E. (1981) “Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho penal”, en Rev. Der. Públ., núm. 84.

BAJO FERNANDEZ, M. (1989) Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BAJO FERNANDEZ, M. (1998). El Deber Ético Del Respeto a la Voluntad Ajena en el Derecho Penal. Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº2.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ (1993), Capítulo XVI. Derecho penal económico: concepto, contenido y cuestiones comunes. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, segunda edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BAJO FERNANDEZ. (1989), Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BARBARA RIUDOR, D. (1925), Etimologías médicas, ed. Tipografía Católica Casals, Barcelona.

BEAUCHAMP, TOM, L. y CHILDRESS, J. (1999) F. Principios de ética biomédica, (traducción a la 4ª edición), Masson. Barcelona.

BEAUCHAMP, TOM, L. y McCULLOUGH, L.B. (1987), Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos, Labor, Barcelona.

BELDARRAIN, J. L. (2012). El proceso por responsabilidad civil médica: consideración en materia probatoria. In Responsabilidad médica civil y penal por



presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado. Ed. Dykinson, Madrid.

BELLO JANEIRO, D. (2010) «Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009. Responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado. Información adecuada y suficiente. Falta de consentimiento escrito. Prueba del consentimiento por otros medios. Carga de la prueba de la información médica. Incongruencia omisiva. Doctrina jurisprudencial a efectos de casación civil», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 83, mayo-agosto.

BELTRAN AGUIRRE, J. L. (2009) “Tratamiento de datos de salud en la prestación de servicios sociales”, Derecho y Salud, Volumen 18, Número 1, Enero-Junio.

BENAVENT GARCES, A, FARRER FERRANDIS, E. y FRANCISCO del REY, C. (2001), Enfermería S21. Fundamentos de enfermería, Madrid, DAE (Grupo paradigma).

BENITEZ GOMEZ, J. M. (1984). Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general. Ed. Civitas. Madrid.

BENITEZ ORTUZAR, I.F. (2009), La Imprudencia en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson, Madrid.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. (1982) El delito de lesiones, Ediciones De la Universidad de Castilla- La Mancha; Universidad de Salamanca.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. (2001). El consentimiento en las lesiones veinte años después. Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. Vol 2. Ediciones De la Universidad de Castilla- La Mancha; Universidad de Salamanca.

BERLIN, Isaiah.(1988). Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid.

BERNTORP, E. (2001) “La conducta en los ensayos clínicos”, Artículos Ocasionales de la Federación Mundial de la Hemofilia, nº 3, Julio, Montreal, Canadá.

BLAS ORBAN, C. (2006), El equilibrio en la relación médico-paciente, Bosch Editor, Madrid.

BUENO ARÚS, Francisco (1986). II. El consentimiento del paciente. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen I, Tecnos, Madrid.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994). Manual de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, PPU, Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1986). Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987.

CADENAS OSUNA, D. (2018). El consentimiento informado y la responsabilidad médica.

CALLAHAN, D. (2000). La inevitable tensión entre la igualdad, la calidad y los derechos de los pacientes. Bioética y cuidado de la salud. Equidad, calidad, derechos. Santiago de Chile: Programa Regional de Bioética, OPS/OMS.

CAMPO IZQUIERDO, A.L. (2012), “el consentimiento informado” Actualidad civil, nº 12, quincena del 16 al 30 de junio, tomo 1, Ed. La Ley.

CAMPOS, L. (1997), Diccionario médico etimológico Esteve de anatomía humana, ed. Prous Science, Barcelona.

CAMPS, V. (1999) “Presentación”, Cuaderno de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, Libertad y Salud, Nº1, Barcelona.

CARBONELL MATEU - GONZÁLEZ CUSSAC. (1996) en VIVES ANTÓN et alii, Comentarios al Código Penal de 1995. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.

CARRO GONZALEZ, F. J. (2012). Tesis doctoral “Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria”.

CASAS BARQUERO, Enrique (1987). El consentimiento en el derecho penal, Universidad de Córdoba, Córdoba.

CASAS BARQUERO, Enrique (1987). El consentimiento en el derecho penal, Universidad de Córdoba, Córdoba.

CASTAÑÓN, J. M. P. (1990). Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 43(2).

CASTAÑÓN, J. M. P. (1990). Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, 43(2).

CASTELLÓ NICÁS, N. (2005). La manipulación de genes humanos (art. 159 del Código Penal Español). In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (pp. 163-181).

CEREZO MIR, J. (1998) Curso de Derecho penal español. Parte General II, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED (10).

CICCONE, L. (2005) *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, Ediciones Palabra, Madrid.

COBO DEL ROSAL, M. (1964) “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal”, ADPCP.

COBO del ROSAL, M. /VIVES ANTON, T.S .(1999), *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch Valencia.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

CORDOY BIDASOLO M. y MIR PUIG, S. (2011), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

COSTA, C. A. C. (2015). *Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial.*; ULPIANO, *Digesto, Libro XLVII, tit. X, 1. Ulpianus*

COUCEIRO VIDALI, A. (1991), *La información al paciente*, Jano, Vol. XLI.

COUSIÑO, M. L. (1979), *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

CUELLO CONTRERAS, J. (2002), *El Derecho Penal Español, Parte General. Nociones Introductorias. Teoría Jurídica del Delito*, 3ª ed. Dykinson, Madrid.

CURY URZUA, E. (2004). *Derecho penal. Parte General*, 7ª Ed. Universidad Católica de Chile.

De LORA, P. (2008). *Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces*. Enrahonar: Quaderns de filosofia, (40-41).

De ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, & ZORRILLA RUIZ, M. M. (1985). *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983)*. Anuario de Derecho Civil.

De ASIS SANZ GAMDASEGUI, E. (2009) “La responsabilidad patrimonial de la administración por asistencia sanitaria” en *Manual sobre responsabilidad Sanitaria*. Abogacía del Estado. Dirección del servicio jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra.

De CURREA-LUGO, V. (2005) “La salud como derecho humano”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 32, Bilbao.

DE LA GANDARA. (1995) Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva. Colex, Madrid, 1995.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J (1997). El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (editor). Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona.

De MIGUEL BERIAIN, I. (2008) Bioética y nuevas biotecnologías en salud humana, Premio “Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)”, Gijón.

De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2009) Muerte digna y constitución. Los límites del testamento vital, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. & Del BARRIO FERNANDEZ, J. L. (2013). La responsabilidad médica como nuevo fenómeno: análisis de causas y conceptos. In La medicina ante el derecho (pp. 9-41). Dykinson. Madrid.

Del RIO, J. A. (2003). La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (y II). Revista española de drogodependencias, (4).

Del ROSAL BLASCO, B. (2016), Del Homicidio y sus Formas. En Sistema de Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed. Dykinson. Madrid.

Del ROSAL, Juan. (1978) Tratado de Derecho Penal Español (Parte General), Vol. I, edición corregida por COBO DEL ROSAL, M. ed. Dykinson. Madrid.

DELGADO GARCIA, J. (1998) La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales. Aspectos penales. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Fund. Mapfre Medicina.

DIAZ MARTINEZ, A. (2011). El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral, Aranzadi Civil-Mercantil num.5/2011, Pamplona.

DIAZ MARTINEZ, A. (2011). El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética. Aranzadi Civil: Revista Doctrinal, (10).

DIAZ PINTOS, G. (1995) Interferencias legales en la autonomía del paciente: las imprecisas fronteras del derecho, en “Medicina e Morale”, n. 6.

DÍEZ RIPOLLÉS – GRACIA MARTÍN. (1997), et alii, Comentarios al Código Penal. Parte Especial (I), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DIEZ RIPOLLES, J.L. (2009), «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, nº 11 (11-r1) (mayo).

DURLING, V. A. (2015). Derecho Penal. Autoridades de la Universidad de Panamá, Dykinson, 53.

DWORKIN, Gerald. (1990). El paternalismo. Traducido por Jorge F. Malem Seña. En:

BETEGÓN, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO (dir.). Derecho y moral. Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona.

EMANUEL, E.J. EMANUEL, L.L (1999). Cuatro modelos de la relación médico-paciente. Bioética para clínicos. Triacastela. Madrid.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS, The Free Press, New York 1978, vol. IV.

ESPINAR, J. M. Z., ALONSO, E. J. P., & RUIZ, D. M. (2004). Derecho penal. Parte general. Tirant lo Blanch. Valencia.

ESPINOSA LABELLA, M. (2009). Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová. Revista Aranzadi Doctrina, (3-2009).

FADEN RUTH, R., BEAUCHAMP TOM, L. (1986) A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press. New York.

FALCONI, R. J. G. (2014). Acuerdo y consentimiento en derecho penal: fundamentos dogmáticos y consecuencias jurídicas (Doctoral dissertation, Universidad de Sevilla). Tesis dirigida por MIGUEL POLAINO NAVARRETE.

FEIJOO SÁNCHEZ. (2001) Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, J.M. Bosch Ed., Barcelona.

FEITO GRANDE, L. (2011) “La bioética en la Universidad Complutense de Madrid”, en DE LA TORRE DÍAZ, J. (editor), Pasado, presente y futuro de la bioética española, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

FERNANDEZ MONTALVO, R. (2010) “Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Derecho y Salud, Vol. 19 Extraordinario XVIII Congreso.

FERNANDEZ URZAINQUI, F.J. (2006), Código Civil, Aranzadi.

FLORS MATIES, J. (2002) Comentario al art. 770 LEC. A: MONTERO AROCA, J. (coord. y dir). En Separación, divorcio y nulidad matrimonial, (Vol.4). Tirant lo Blanch. Valencia.

FRAGA, F. J. (1991). Obligaciones de medios y de resultados:(a propósito de alguna jurisprudencia reciente). Anuario de derecho civil, 44(1).

FRISCH. (2004) Comportamiento típico e imputación del resultado, Editorial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

GAFO, J, (1998) 10 palabras clave en Bioética, Editorial Verbo Divino, Estella (Navarra).

GALAN CORTES, J.C. (1999). La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev. Médica, Vol. 15(1), Uruguay.

GALAN CORTES, J.C. (2001), Responsabilidad médica y Consentimiento informado, Civitas. Madrid.

GALAN CORTES, J.C. (2010). Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la obligación del médico. Reacciones adversas a los medicamentos. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, (83).

GALAN CORTES, J. C. (2014). Responsabilidad civil médica, ed. 4ª.Aranzadi. Navarra.

GARCÍA ARÁN. (1983) “Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español”, en Homenaje a Pérez Vitoria, t. I, Barcelona.

GARCIA GARNICA, M. D. C. (2006). La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. In La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas. Editorial Aranzadi.

GARCIA GARNICA, M.C. (2010). Aspectos básicos de la Responsabilidad Médica. Thomson. Pamplona.

GARCÍA VITORIA. (1987), “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”, en Homenaje al Prof. Sáinz Cantero, RFDUG 12.

GARRIDO, M. (2003). Derecho Penal, T. II., Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

GARRIDO, M. (2005). Derecho Penal Parte General, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (2001) “El consentimiento en las lesiones”, en el Prólogo a la segunda edición del Código Penal, 7ª ed., Ed. Tecnos. Madrid.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990) (1ª ed. en la Ed. Reus, Barcelona, 1966). Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (2005), «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en Diario El Mundo 19 de abril.

GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid.

GOIKOETXEA, M. J. (1999) “Introducción a la Bioética”, Cuadernos de Teología Deusto, Núm. 20, Universidad de Deusto.

GÓMEZ BENITEZ, J. M. (1984). Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid.

GOMEZ PAVON, P. (1997), Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, ed. Bosch. Barcelona.

GOMEZ RIVERO. (2007), (1ª ed. en la misma editorial, 2003), “La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia”, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

GOMEZ SANCHEZ, Y, (1994) El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid.

GONZALEZ MORAN, L. (2006). De la bioética al bioderecho: libertad, vida y muerte (Vol. 14). Dykinson. Univ Pontificia Comillas. Madrid.

GONZALEZ MORAN, L. (2012) “Información y consentimiento en el ámbito de los análisis clínicos y de la utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica”, en: JUNQUERA De ESTEFANI, R. y De La TORRE DIAZ,

J., (editores), Dilemas bioéticos actuales: Investigación biomédica, principio y final de la vida, Dykinson, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1986). La dignidad de la persona, Civitas, Madrid, 1986.

GONZALEZ R. ARANAIZ, G. (2008) “Bioética: saber y preocupación”, en JUNQUERA DE ESTEFANI, R. (director), Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Editorial Comares, Granada.

GONZALEZ-CUELLAR, N. (1990), Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid.

GONZALEZ-TORRE, Á. P. (2009). El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado. Comares. Granada.

GRACIA GUILLEN, D. (1989), Fundamentos de Bioética, Eudema Universidad, Madrid.

GRACIA GUILLEN, D. (2002) “De la bioética clínica a la bioética global: Treinta años de evolución”, Acta Bioética, año VIII, No 1.

GRACIA GUILLEN, D. (2004) Como arqueros al blanco. Estudios de bioética, Triacastela, Madrid.

GRACIA GUILLEN, D. (2007), Fundamentos de Bioética, Triacastela, Madrid.

GRACIA GUILLEN, D. (2011). Bioética. En ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, T. 1º. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano & Ed. Comares. Bilbao-Granada.

GUERRA VAQUERO, A.Y. (2013), “nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo sobre consentimiento informado”, Diario la Ley, núm. 8140, Sección Tribuna, 3 de septiembre de 2013, año XXXIV, Ref. D-293, Ed. La Ley.

GUERRA, F. (2007). Historia de la Medicina. Norma- Capitel. Madrid

GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Lex Nova, Valladolid.

HEINRICH, J. (2002). Tratado de Derecho Penal, Parte General, editorial Comares. Granada.



HERRERA CAMPOS, R. (2009), Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables. En MORILLAS CUEVA, L., &

HERRERA MORENO, M. (2010). Delitos relativos a la manipulación genética. In Lecciones de derecho penal: parte especial (pp. 129-142). Tecnos.

IBAÑEZ REQUERO, J. L. (2002). El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Actualidad administrativa, (31).

IGLESIAS-REDONDO, J. (2005), Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano, Ariel. Madrid.

INFORME BELMONT. Belmont, I. (1979). Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento. En: <http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>.

JAKOBS, Günther. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid.

JEAN MICHAUD. (1997), Informe explicativo del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina. Publicado por Diario Medico, el 4 de abril.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND (2002). Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Comares, Granada.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1976) Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, Ed. Losada, tercera edición, Buenos Aires, (propuso, como criterio general y subsidiario, atender al límite de la imputabilidad penal, que se fijaba entonces en los 16 años).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1952). Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires. p.574.

JIMENEZ De PARGA, M. (2004) “El derecho constitucional a la protección de la salud”, en La Salud como valor constitucional y sus garantías, Editor: Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid, Madrid.

JORGE BARREIRO, A. (1982). La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. Cuadernos de política criminal, (16).

JORGE BARREIRO, A. (1990) “la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid.

JUNQUERA De ESTEFANI, R. (1998) Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica, Tecnos, Madrid;

JUNQUERA De ESTEFANI, R. (2004), “La Autonomía como derecho básico del paciente. La regulación española”, en Junquera, R. (coordinador), Algunas cuestiones de bioética y su regulación Jurídica, Grupo Nacional de Editores, Sevilla.

JUNQUERA De ESTEFANI, R. (2012) “Derecho, Bioética y Bioderecho, un cruce de caminos para un derecho emergente: el derecho a ser informado en la asistencia biomédica”: In dilemas bioéticas actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida. Universidad Pontificia Comillas. Dykinson, Madrid.

JUNQUERA De ESTEFANI, R. (2013) “La información y el consentimiento informado”, *Moralía*, (36).

JUNQUERA De ESTEFANI, R. y De La TORRE DIAZ, J. (2013) La reproducción médicamente asistida, un estudio desde el derecho y desde la moral, UNED, Madrid;

KANT, E. (1998) Obras Completas, en Núñez García J., Las seis versiones de la Bioética. En “Persona y Bioética”, n. 4.

KATZ, J. (1989). El médico y el paciente: su mundo silencioso. Fondo de Cultura Económica.

LAIN ENTRALGO P. (1988) CINISELLO BALSAMO, Antropología Medica, Edizioni: Paoline.

LAIN ENTRALGO, P. (1964). La relación médico-enfermo. Revista de Occidente, Madrid.

LAIN ENTRALGO, P. (1969) El médico y el enfermo, ed. Guadarrama, Madrid.

LAIN ENTRALGO, P. (1983). La relación médico-paciente. Editorial Alianza, Madrid, España.

LAIN ENTRALGO, P. (1994). Historia de la medicina. Ediciones Científicas y Técnicas, Barcelona.

LARA NAVA, M. D. (1983) “Juramento”, en Tratados Hipocráticos, Editorial Gredos, Madrid.

LARIOS RISCO, D., GARCIA LUNA, C., PALOMAR OLMEDA, A. (2007), Marco jurídico de la profesiones sanitarias. lex nova.

LAZARO, J. GRACIA, D. (2006). La relación médico-enfermo a través de la historia. In Anales del sistema sanitario de Navarra (Vol. 29). Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.

LIZARRAGA BONELLI, E. (2004), "La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". En Autonomía del paciente, información e historia clínica 2 (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), 1.a ed., obra coordinada junto a GONZALEZ SALINAS, P., ed. Thomson-Civitas, Madrid.

LOBATO GOMEZ, J. M. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Anuario de Derecho Civil, 45(II).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. (1999). El consentimiento en el derecho penal Dykinson, Madrid.

LOPEZ CHAPA, S. (2007) "Autonomía del paciente y libertad terapeutica." Edic. Bosch, Barcelona.

LOPEZ ESPUELA et al. (2010) "La intimidad de los pacientes percibida por los profesionales de enfermería", Nure Investigación, nº 46, Mayo-Junio.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús (1999). El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos. En: Revista de Derecho Privado, abril, 1999.

LUZON CUESTA, J.M. (2015), Compendio de Derecho Penal. Parte general, Dykinson, Madrid.

LUZON CUESTA, J.M. (2017), Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid.

LUZON PEÑA, D. M. (1988). Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, (1).

LUZON PEÑA, D.M. (2012). El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. Revista General de Derecho Penal, (18), 5.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2012). Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

- MAINETTLI JA. (1989) Ética médica. Introducción histórica. Quirón. La plata.
- MAIWALD. (1995) “El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes”, en AA VV, Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), ESER / GIMBERNAT/ PERRON (edit.), Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid.
- MAIWALD. (1995), “El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes”, en AA VV, Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio Hispano-Aleman de Derecho Penal) ESER/GIMBERNAT/PERRON (ed.). Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, p. 133.
- MARCOS del CANO, A.M. (2001), Bioética y Derechos Humanos, UNED.
- MARIN VELARDE, A. (2012). Obligación de actividad versus Obligación de resultado en la actividad medica curativa. Dykinson, Madrid.
- MARTINEZ CALCERRADA, I. (1986), Especial estudio de la denominada lex artis ad hoc en la función médica. Actualidad civil, núm. 24, [En MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M., (1995) Responsabilidad civil y penal del anestesista, Granada, Comares]
- MARTÍNEZ ESCAMILLA. (1992) La imputación objetiva del resultado, EDERSA, Madrid.
- MARTINEZ RUIZ, J. (2005). La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces. In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (pp. 409-423).
- MARTINEZ SAMPERE, E. (2005) “El derecho a la mujer a decidir su maternidad”, en RUIZ De La CUESTA, A. (coordinador), Bioética y Derechos Humanos. Implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla.
- MAURACH ZIPF, H. (1994) Derecho penal. Parte general. Trad., 7ª ed., Bofill Gensch-Aimone Gilson. Buenos Aires.
- MAYORAL MADRIGAL, C. & PATIÑO GONZALEZ, I. I. (2016). Autonomía. De su concepción a su concreción en ética biomédica. Revista de Filosofía y Letras Departamento de Filosofía / Departamento de Letras. ISSN: 1562-384X. Año XX. Número 70 Julio-Diciembre.
- MEZGER. (1935). Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 2ª edición alemana (1933) y notas de Derecho español de RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A., Editorial revista de Derecho Privado, Madrid.

MEZGER, E. (1955). Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

MIR PUIG, S. (2015) Derecho Penal, Parte General, 10ª ed, Editorial, Reppertor. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago.(1994). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ariel, Barcelona.

MIR. PUIG, S. (1976). Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. Bosch. Barcelona.

MORENO QUESADA, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer. Revista de Derecho Privado, (LX).

MORILLAS CUEVA, L. & SUAREZ LOPEZ, J. M. (2006). Régimen penal de la violencia en el deporte. In Régimen jurídico de la violencia en el deporte. Editorial Bosch. Barcelona.

MORILLAS CUEVA, L. (2009) Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson. Madrid.

MORILLAS CUEVA, L. (2010). Derecho Penal Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. La Ley Penal, Madrid.

MORILLAS CUEVA, L. (2012) Falta de consentimiento informado y modalidades delictivas. En YAGÜE, F. L., CUEVA, L. M., & BALMASEDA, O. M. (2012). Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado). Ed. Dykinson. Madrid.

MORILLAS CUEVA, L. (2013). Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, en concreto “Consentimiento y Consentimiento Presunto ¿Dos formas de un mismo todo?, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MORILLAS FERNANDEZ, M. (2012). Responsabilidad civil médica y ausencia de consentimiento informado. En YAGÜE, F. L., CUEVA, L. M., & BALMASEDA, O. M. (2012). En Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado). Ed. Dykinson. Madrid.

MUNAR BERNAT, P.A. (2012), El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar. En YAGÜE, F. L., CUEVA, L. M., & BALMASEDA, O. M. (2012). En Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional:(el contenido reparador del consentimiento informado). Ed. Dykinson. Madrid.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. (2010). Derecho Penal. Derecho Penal. Parte General, octava edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE, F. (2010) Derecho Penal, Parte Especial, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M. (2010), “Derecho Penal, Parte General, 8ª edición”, Tirant lo Blach, Valencia.

MUÑOZ CONDE. (2010) Derecho Penal, Parte Especial, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

NINO, C. S. (1989), Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. (1985), “La reforma del consentimiento en las lesiones”, en M. COBO (Dir.), Comentarios a la legislación penal, T. V, Vol. 2, Edersa, Madrid.

OLMEDO CARDENETE, M. D. (2005). Las lesiones al feto y el objeto de protección en los artículos 157 y 158 del código penal español. In Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (pp. 267-279).

PARDO LOPEZ, M. M. (2007) “Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español”, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Número 25.

PARRON, P. y BARREDA. (2003)“El carácter básico de la ley de información clínica, motivo de impugnación ante el Constitucional”, en rev. ADS, núm. 92.

PELLEGRINO E.D., THOMASMA D.C. (1988), For the Patient’s Good, Oxford University Press, New York.

PEMAN GAVIN, J. (1994), “Hacia un estatuto del enfermo hospitalario”, en Revista de la Administración Pública, núm. 103 (enero-abril).

PEÑARANDA. (2003), “Lesiones (I). El consentimiento en las lesiones”, en AA VV (Miguel Bajo, dir.), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

PEREZ LUÑO, A.E. (2004) “Bioética e intimidad. La tutela de los datos personales biomédicos”, Revista Aldaba Nº32.

POLLAK KURT. (1969) Los discípulos de Hipócrates, P&J, Barcelona.

POLAINO ORTS, M. (2004). Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. Cuadernos de política criminal, (82), 163-204.

PORRAS DEL CORAL, M. (2005), “Biotecnología, Bioética y Derechos Humanos”, en

PULIDO QUECEDO, M. (2001),”el consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental? Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2001(Tribuna). Ed. Aranzadi, Pamplona.

PULIDO QUEVEDO, M. (2011), “el consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física”, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 825/2011, Tribuna.

PUPPE, I. (2006). División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. InDret, 4.

QUINTANO RIPOLLÉS (1950). “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”, ADPCP, TIII.

QUINTANO RIPOLLÉS. (1962). Tratado de la parte especial del derecho penal: Infracciones contra las personas (Vol. 59). Editorial Revista de Derecho Privado.

REBOLLO DELGADO, L. GOMEZ SANCHEZ, Y. (2008), Biomedicina y Protección de Datos, ed. Dykinson, Madrid.

REYNAL REILLO, E. (2017) Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario, Ed. Aranzadi, Pamplona.

RIOS CORBACHO, J. M. (2008). La problemática de las lesiones deportivas en el derecho penal. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, (22), 147-163.

RODOTA, S. (1999) “Salud y libertad”, Cuaderno de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, Libertad y Salud, Nº1, Barcelona.

RODRIGUEZ ARRUEGO, G. (2011) vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina, Comares, Granada.

RODRIGUEZ ARRUEGO, G., & RODRIGUEZ CHUECA, R. L. (2000). Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina: reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio. Revista de derecho y genoma humano, (12).

RODRÍGUEZ DEVESA. (1994), Derecho penal. Parte General, 17ª ed., Dykinson. Madrid.

RODRÍGUEZ DEVESA. (1995), Derecho penal español (Parte Especial), Dykinson, Madrid.

RODRIGUEZ LOPEZ, P. (2004), La autonomía del paciente, Información, Consentimiento y Documentación Clínica. Dilex, Madrid.

RODRIGUEZ MACHADO, C. I. (2012). Consentimiento en Materia Penal, El Derecho Penal y Criminología, 33.

RODRÍGUEZ MOURULLO. (1979) Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid.

ROMEO CASABONA, C.M. (1979). Los Trasplantes de Órganos. Informe y documentación para la reforma de la Legislación Española sobre trasplantes de órganos. Bosch, Barcelona.

ROMEO CASABONA, C.M. (1981) El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), ed. Bosch, Barcelona.

ROMEO CASABONA, C. M. (1983). El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980. Ed. JM Bosch. Barcelona.

ROMEO CASABONA, C. M. (1986). El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico: Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones. Madrid.

ROMEO CASABONA, C.M. (1992), “Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español”, en Jornadas sobre derechos de los pacientes 1990, INSALUD. Madrid.

ROMEO CASABONA, C.M. (1995), El consentimiento del paciente al tratamiento, tema monográfico, Jano, Vol. XLVIII, núm. 114.



ROMEO CASABONA, C. M. (Coordinador) (2000) Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid.

ROMEO CASABONA, C.M. (2002). El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: En: Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas prácticos del consentimiento informado. Fundación Víctor Grífols i Lucas. Barcelona.

ROMEO CASABONA, C. M. (2005). Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo. Comares, Granada.

ROMEO CASABONA, C. M. (2006) La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao.

ROMEO CASABONA, C.M. (2011). Bioderecho y Bioética. En ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, T. 1º., Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano & Ed. Comares, Bilbao-Granada.

ROMEO CASABONA, C. M. (2017). El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. Revista Iberoamericana de Bioética, (3).

ROMEO MALANDA, S. (2004) "Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", en rev. ADS, núm. 102.

ROMERO MALANDA, S. (2013), Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes. Cuadernos de Política Criminal. 110.

ROXIN, Claus (1992). Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Traducido por Miguel Polaino-Navarrete. En: Cuadernos de Política Criminal N° 46, Edersa, Madrid.

ROXIN, Claus. (1997). Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

ROXIN, Claus. (2007) ¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. In La Teoría del bien jurídico:¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ediciones Jurídicas y Sociales. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. HEFENDEHL (ed.).

RUBIO TORRANO, E. (2002). Derechos fundamentales y consentimiento informado. Aranzadi Civil, Tribuna, 19.

RUEDA MARTIN, M.A. (2009) “La concreción del deber objetivo del cuidado en la actividad medico quirúrgica curativa”, revista para el análisis del derecho, indret 4.

RUIZ De La CUESTA, A. (coordinador), Bioética y Derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas, Universidad de Sevilla, Sevilla.

SAINZ CANTERO, J. A. (1990). Lecciones de Derecho penal. Parte general, ed. Bosch. Barcelona.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, J. E. (2001). La " codelincuencia" en los delitos imprudentes en el código penal de 1995. Marcial Pons, Madrid.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E. (2009) Intervención Médica y Consentimiento Informado: “Algunas consideraciones sobre el deber de información al paciente”. En Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson. Madrid.

SANCHEZ CARAZO, C. (2004) “Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información” en FEITO, L. (editor), Bioética: La cuestión de la dignidad, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

SANCHEZ CARO, J. (1993), "El derecho a la información sanitaria: aspectos civiles", en rev. La Ley.

SANCHEZ SILVA, J. M. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 35(3).

SANCHO GARGALLO, I. (2004) Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado, InDret 2/2004.

SANTANA VEGA, Dulce María (2000). La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, Madrid.

SANTOS MORON, M. J. (2002). Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio (1). La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, (7).

SEGURA GARCÍA (2000). El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal. Tirant Lo Blanch, Valencia.

SEGURA GARCIA, B. (2007). Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria. In Marco jurídico de las profesiones sanitarias. Lex Nova.

SEOANE, J. A. (2008) “La relación clínica en el siglo XXI: Cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, DS, Vol. 16, 2008, XVI Congreso «Derecho y Salud».

SEOANE, J.A. (2015) “las autonomías del paciente”. Dilemata, No 3(2010).<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/rt/printerFriendly/35/50>.

SIMON LORDA, P. (1996) Apunte histórico sobre el desarrollo de la Bioética, en “Documentos semFyC”, n. 7.

SILVA SANCHEZ , J.M. (1999) “medicinas alternativas e imprudencia médica”, Edic. José María Bosh, Barcelona

SIMON LORDA, P. (2000), El consentimiento informado, Triacastela. Madrid.

SIMON LORDA, P. & GUTIERREZ, J. J. (2001). Consentimiento informado. Medicina clínica, 117(3).

SIMON LORDA, P. (2002), Problemas prácticos del Consentimiento Informado, Fundació Víctor Grífols i Barcelona.

SIMON LORDA, P. (2006) “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, An. Sist. Sanit. Navarra, Vol. 29, Suplemento 2.

SIMON LORDA, P. (2008). La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 28(2).

SIMON LORDA, P. y BARRIO CANTALEJO, I. M. (1995) "El consentimiento informado y la enfermería: un modelo integral", Jano 24-30 marzo, vol. XLVIII, núm. 1117.

SIMON LORDA, P. y CONCHEIRO CARRO, L. (1993), El consentimiento informado: teoría y práctica (I), Medicina Clínica, num.100.

SINGER, P. (1997) Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, Paidós Transiciones, Barcelona.

SOLE RESINA, J. (2014), “la protección de las personas mayores y con discapacidad”, en la nueva perspectiva del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia, en GARCIA GARNICA, M.C.(Dir.) Ed. Dykinson. Madrid.

SOTO NAVARRO, Susana (2003). La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada.

STRATENWERTH, Günter (2007). La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

STRATENWERTH, Günter. (1976). Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. Traducido de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, Günter. (2005). Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible, traducción de Manuel Cancio Melía e Marcelo A. Sancinetti, Civitas. Madrid.

STUART MILL, J. (1984) El Utilitarismo, Alianza Editorial, Madrid.

STUART MILL, J. (1988) Sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid.

SUANZES PEREZ F. (1999) “los delitos de lesiones, especial referencia de las lesiones al feto” en lecciones de Derecho Sanitario, Universidad de Coruña, A Coruña.

SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson, Madrid.

SUAREZ LOPEZ, J.M. (2009) La Responsabilidad Penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). (2009). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson, Madrid.

SUÁREZ MONTES, R.F. (1959). El consentimiento en las lesiones. Pamplona: EUNSA (Ediciones Universidad de Navarra).

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. (1997) “Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal”, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, N° Extra 10.

TAMARIT SUMALLA. (1990). “La reforma de los delitos de lesiones”, PPU, Barcelona.

TAMARIT SUMALLA. (1996) Comentario al artículo 155, en QUINTERO OLIVARES – VALLE MUÑIZ et alii, Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona.

TOMAS VALIENTE LANUZA, C. (2000) La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143), Tirant Lo Blanch, Valencia.

TORRANO, E. R. (2012). Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012). Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, 2(3).

URROZ, M. B. (2004). La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado. In Autonomía del paciente, información e historia clínica:(estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Thomson-Paraninfo.

URZUA, E. C. (1992). Derecho penal: parte general. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

VALLEJO, A. M. P. (2012). Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio. Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, (110).

VALLS PRIETO, J. (2009), Bienes Jurídicos Protegidos en Intervenciones médicas. En MORILLAS CUEVA, L., & SUAREZ LOPEZ, J. M. (Eds.). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Librería-Editorial Dykinson, Madrid.

VAZQUEZ FERNANDEZ, F. (1989) voz Autonomía en Gran Enciclopedia Rialp, Tomo III, Madrid.

VIDAL y BENITO, M.C. (2015), “Acerca de la buena comunicación en medicina” Capítulo I, Modelos de relación médico paciente. [http://www.intramed.net/sitios/librovirtual6/pdf/06\\_01.pdf](http://www.intramed.net/sitios/librovirtual6/pdf/06_01.pdf)

VILLACAMPA ESTIARTE, Responsabilidad penal del personal sanitario: atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios. Thomson-Aranzadi. p. 97.

VON LISZT, F. (1999). Tratado de Derecho Penal. Volumen II. Traducción de la 20ª edición alemana de JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Ed. REUS, 4ª ed., Madrid.

WELZEL, H. (1995).Derecho Penal. Parte General, traducido del alemán por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires.

WESSELS, Johannes. (1976). Derecho Penal. Parte General, traducido de la sexta edición alemana por Conrado A. Finzi, sexta edición alemana (1976), Depalma, Buenos Aires, 1980, pags.100-101

YERGA, Á. L. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). La responsabilidad civil profesional (y medico sanitaria en particular), al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *Derecho y Salud*. Vol.9, núm. 1, enero-junio.

ZAMARRIEGO CRESPO, J. (1999) “los médicos y el consentimiento informado”, en deontología, función social y responsabilidad de las profesiones sanitarias, ciclo de conferencias organizado por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.