

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD PENAL ¹

Sergio Romeo Malanda ²

Resumen: La doctrina dominante en España entiende que el consentimiento informado del paciente no juega un papel relevante en la calificación de una intervención médica como delito de lesiones, pues este delito exige un empeoramiento objetivo de la salud. Esta postura ha sido rechazada por algunos autores y también por el Tribunal Supremo en algún caso aislado. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español ahonda en esta línea y entiende que cualquier acto médico no consentido supone una vulneración del derecho a la integridad física, que es precisamente el bien jurídico que subyace en el delito de lesiones. En este artículo, el autor defiende que el principio de autonomía conduce a la adopción de un concepto subjetivo de salud, lo cual, en el ámbito sanitario, supone considerar los actos médicos no consentidos por el paciente como hechos constitutivos de un delito de lesiones.

Palabras clave: Consentimiento informado, delito de lesiones, derecho a la integridad física, tratamiento médico

Abstract: Most of the legal scholarship in Spain considers that the informed consent of the patient does not play a significant role in deciding to charge a physician with an offence of battery, because this offence requires an objective worsening of the health. This stance has been rejected by other scholars and also by the Supreme Court in any isolated decision. A recent Judgment of the Spanish Constitutional Court held that any unconsented medical treatment means a violation of the right to physical integrity, which is precisely the legal interest protected by the offence of battery. In this article, the author defends that the principle of autonomy leads to the adoption of a subjective concept of health. That means to consider the unconsented medical treatments as conducts chargeable with the offence of battery.

Keywords: Informed consent, medical treatment, offence of battery, right to physical integrity

1. INTRODUCCIÓN

Nadie cuestiona ya, hoy en día, que la obtención del consentimiento del paciente es un requisito imprescindible para la licitud del acto médico. Más dudas hay, sin embargo, sobre los efectos jurídicos de su ausencia, especialmente desde la perspectiva del Derecho penal.

¹ Abreviaturas empleadas: CP: Código penal español de 1995; F.J.: Fundamento Jurídico; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

² Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). Visiting Senior Lecturer, Faculty of Law, University of Tasmania (Australia).

El objeto de este trabajo es el estudio de la relevancia penal de aquellos actos médicos realizados por un profesional sanitario sin contar con el consentimiento válidamente prestado por el paciente. También haremos una breve referencia a su contraparte, es decir, a la relevancia penal de la omisión de un acto médico cuando así lo haya requerido el paciente.

Por desgracia, en mi opinión, el debate sobre la cuestión está muy condicionado por la aceptación de ciertos presupuestos que condicionan en gran manera la propuesta de solución. Estos presupuestos serían esencialmente los siguientes: a) por un lado, que el delito (y la falta) de lesiones, en sus distintas variantes típicas, no comprende los actos médicos *curativos* debido a la ausencia ya del tipo objetivo (si el tratamiento tiene éxito), o del tipo subjetivo (si no lo tiene)³. De ahí que la ausencia de consentimiento suponga la ilicitud del acto médico pero no su calificación como delito de lesiones⁴; y b) por otra parte, pero vinculado a lo anterior, que la ausencia de consentimiento informado no es condición suficiente para fundamentar una infracción penal por imprudencia, pues tal requisito no formaría parte de la *lex artis* entendida en sentido estricto.⁵

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia más reciente han empezado a poner en cuestión dichos presupuestos, pero aún queda mucho trabajo por hacer en un tema que, según algunos planteamientos más tradicionales, estaría ya agotado. En efecto, si damos por válida la afirmación de que las afectaciones corporales, en el ámbito de los actos médicos curativos, no pueden calificarse penalmente como lesiones, entonces la consagración del consentimiento informado como requisito de legitimidad de la intervención médica sencillamente no tendría ninguna relevancia desde el punto de vista de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta respecto de dicho delito. Podría ser, en su caso, una vulneración de la libertad de autodeterminación del paciente, pero no una vulneración de su integridad física.

Entonces, como bien dice el profesor chileno Hernández-Basualto, «lo que se impone es erradicar el consentimiento informado del discurso y del análisis jurídico-penal de la responsabilidad médica por lesiones, porque la afirmación de factores que en realidad no están llamados a cumplir ninguna función dogmática solo puede servir para enturbiarlos».⁶

El objetivo de este trabajo es cuestionar la tesis referida, hoy dominante en el Derecho penal español (tanto en la doctrina como en la jurisprudencia),

³ Por todos, Romeo-Casabona, Carlos María, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad Curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona: Editorial Bosch, 1981, p. 141 y ss., y 210 y ss. En sentido similar, en la doctrina alemana, Eser, Albin, *Estudios de Derecho penal médico*, Lima: IDEMSA, 2001, p. 38 y ss.

⁴ Romeo-Casabona, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada. Comares, 2004, p. 236.

⁵ Romeo-Casabona, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Granada: Comares, 2005, p. 231.

⁶ Hernández-Basualto, Héctor, «Consentimiento informado y responsabilidad penal médica», *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Colección Derecho Privado), n.º VI, 2010, p. 177.

pues como mantiene este mismo autor, «la pretensión de legitimidad general de las intervenciones médicas por el simple hecho de estar desde un punto de vista técnico indicadas y de ser ejecutadas de modo técnicamente correcto, en un contexto en que lo técnico y lo correcto se define en términos que son patrimonio privativo de los facultativos, sólo puede entenderse desde una visión paternalista y hasta autoritaria del estatus y de la función social de la profesión médica, que no se limita a reconocerle a quienes la profesan una innegable superioridad de conocimiento en lo pertinente, sino que además les concede un derecho de decisión sobre el cuerpo y la salud del paciente». ⁷

Para ello, comenzaré mi estudio analizando tres cuestiones previas de carácter esencial, a saber: a) el reconocimiento del consentimiento informado como derecho esencial del paciente en la legislación española; b) la naturaleza jurídico-penal del consentimiento válidamente emitido del paciente, esto es, si debe considerarse como causa de atipicidad o como causa de justificación; y c) si la ausencia de consentimiento informado supone o no una infracción de la *lex artis* médica.

A continuación haré referencia a las principales figuras delictivas que podrían ser aplicables a los supuestos de tratamientos médicos no consentidos, tras lo cual analizaré la responsabilidad penal en que podría incurrir el profesional sanitario por dichos actos médicos.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN DERECHO PENAL

2.1. Tratamiento médico y consentimiento del paciente

La necesidad de obtener el consentimiento del paciente para llevar a cabo un acto médico no es algo nuevo. En el ordenamiento jurídico español este es un requisito expresamente regulado desde hace casi 30 años. Así, el art. 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (actualmente derogado) establecía claramente que era «preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención» (con algunas excepciones). Además, se recogía igualmente el derecho del paciente a recibir, en términos comprensibles, «información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (art. 10.5 Ley 14/1986).

Durante la vigencia de este precepto, el Tribunal Supremo había llegado a afirmar 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

⁷ Hernández-Basualto (nota 6), p. 171 y s.

el propio cuerpo (...)» (SSTS –Sala Primera- de 12 de enero y 11 de mayo de 2001).

En estas sentencias se hace eco el Tribunal Supremo de la tendencia existente en el ámbito internacional al respecto, muy especialmente 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 ⁸ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo art. 3.2 se establece que «en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley (...)».

No obstante lo anterior, el impulso definitivo de la autonomía del paciente tuvo lugar con la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Según establece el art. 8 de esta norma, «[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 (...) [5] El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento».

Como puede verse, el consentimiento, para ser plenamente válido, debe estar precedido de la información que sea necesaria para poder adoptar libremente la decisión que el paciente considere más oportuna. Según el art. 10.1 Ley 41/2002:

«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.»

Para ser más exactos, el deber del facultativo no es tanto proporcionar al paciente la información, sino poner ésta a disposición del mismo, pues no debemos perder de vista que la Ley 41/2002, junto con el derecho a ser informado, también reconoce el derecho a no ser informado (v. arts. 4.1 y 9.1

⁸ Ratificado por España y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

Ley 41/2002). De este modo, para que el consentimiento prestado por el paciente sea válido no se requiere que este haya sido efectivamente informado, sino que pueda acreditarse que ha dispuesto de la información, aunque haya preferido no conocerla.

2.2. La naturaleza del consentimiento en Derecho penal: ¿causa de atipicidad o causa de justificación?

Resulta esencial aclarar, como punto de partida, el papel que juega el consentimiento del afectado en la configuración de un bien jurídico de naturaleza personal.⁹ Esto es, si una aparente afectación a un determinado bien jurídico puede no serlo realmente si el sujeto ha consentido la misma. Esta cuestión tiene una evidente relevancia en relación con el bien jurídico integridad personal cuando se lleva a cabo una intervención de carácter invasivo sobre el cuerpo de una persona.

No existe todavía en la actualidad una solución unánime a la cuestión del consentimiento. Las posturas mantenidas por la doctrina al respecto son fundamentalmente dos:¹⁰ por una parte están quienes defienden la *teoría diferenciadora* del consentimiento (posiciones dualistas), según los cuales, siempre que el consentimiento del titular del bien jurídico excluya la ilicitud del hecho lo será en unos casos porque elimina la tipicidad de la conducta y en otros porque excluye la antijuridicidad de la misma, tratándose en tal caso de una causa de justificación; por el contrario, los defensores de las *teorías unitarias* del consentimiento (posiciones monistas) mantienen que el consentimiento elimina siempre y en todo caso, bien la tipicidad, por no existir desde un primer momento tal lesión del bien jurídico tutelado; bien la antijuridicidad, actuando siempre como causa de justificación.

En mi opinión, el consentimiento excluirá siempre la tipicidad de la conducta. Atendiendo a esta circunstancia, y en relación con los bienes jurídicos individuales, carece de sentido la distinción *a priori* entre bienes jurídicos

⁹ La doctrina se muestra unánime al considerar que el consentimiento sólo tiene eficacia en los delitos en que el portador del bien jurídico protegido es el individuo. Es por ello que la disponibilidad se predica de los bienes jurídicos individuales y se excluye de los colectivos, cuyo portador puede ser la propia sociedad o el Estado (incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho). Así, Romeo-Casabona, (nota 2), p. 300; Cerezo-Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª edición, Madrid: Tecnos, 1998, p. 326; Segura-García, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal. Naturaleza y eficacia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 125 y ss.; Corcoy-Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Universidad Pública de Navarra, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

¹⁰ Más ampliamente, Romeo-Casabona, (nota 2), p. 292 y ss; Segura-García (nota 9), p. 54 y ss.; Luzón-Peña, Diego-M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, p. 7 y ss.

(individuales) disponibles y no disponibles,¹¹ puesto que los bienes jurídicos individuales se protegen con el fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de su titular. De este modo, el consentimiento presupone, en todo caso, la facultad de disponer, y excluye la posibilidad de lesión del bien jurídico cuando se ejercita tal facultad.¹² Como acertadamente dice Rudolphi, bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo.¹³

En definitiva, en una concepción neopersonalista de la sociedad como la que impera en nuestro entorno jurídico-político, no pueden concebirse los bienes jurídico-penales como bienes que se protegen por el Derecho penal en interés del individuo pero con independencia de su voluntad.¹⁴ De esta forma, si los bienes jurídicos sirven, como venimos defendiendo, para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna de éstos 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.¹⁵ Y ello aunque desde la perspectiva de un tercero (espectador objetivo) tal decisión sea irracional y comúnmente considerada perniciosa.¹⁶

¹¹ Como afirma Cuello-Contreras, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, 3.^a edición, Madrid: Dykinson, 2002, p. 731 y s., «de la esencia y naturaleza del consentimiento se deduce que son bienes jurídicos disponibles mediante consentimiento de su titular, los de los delitos contra *bienes jurídicos individuales* (...). En cambio, no son bienes jurídicos disponibles aquellos que protegen intereses generales (...)».

¹² Segura-García (nota 8), p. 99; Cuello-Contreras (nota 11), p. 725; Morillas-Cueva, Lorenzo «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en Lorenzo Morillas-Cueva (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid: Dykinson, 2009, p. 88 y s.

¹³ Rudolphi, Hans-Joachim, «Literaturbericht. Strafrecht — Allgemeiner Teil», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 86, 1974, p. 87.

¹⁴ Segura-García (nota 9), p. 114 y ss. En este mismo sentido, señala Corcoy-Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en Cerezo-Mir, José/Suárez-Montes, Rodrigo Fabio/Beristáin-Ipiña, Antonio/Romeo-Casabona, Carlos María (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, p. 262 y s., que en el caso de bienes jurídicos personales «el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección».

¹⁵ Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München: C. H. Beck, 1997, p. 462, según el cual, «si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado». No puede confundirse, a este respecto, objeto material del hecho con bien jurídico. En el caso planteado, se produce efectivamente un deterioro de la cosa concreta (del sustrato material), pero eso no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio.

¹⁶ Como dice Luzón-Peña (nota 11), p. 26, si el sujeto tiene plena «capacidad de comprensión y de hacerse cargo del alcance de la intervención, el consentimiento es válido por mucho que socialmente se considere de modo muy mayoritario como una decisión irrazonable o insensata».

Esto no es óbice, sin embargo, para que el legislador, en relación con bienes jurídicos muy concretos (esencialmente la vida y la integridad personal), decida sancionar conductas que favorecen la producción de la muerte o que afectan a la integridad corporal, aun con consentimiento del afectado. Pero en estos casos no se estarían protegiendo los bienes jurídicos vida e integridad personal en sentido estricto, sino que con ello el legislador penal estaría disuadiendo la realización de actos que considera socialmente inaceptables.¹⁷ Por ello, los actos realizados con el consentimiento del sujeto pasivo son siempre atípicos salvo que el legislador, en defensa de un bien jurídico distinto (que habría que concretar), los sancione expresamente.

2.3. Información médica, consentimiento y *lex artis*

Como hemos expuesto más arriba la validez del consentimiento en el ámbito biomédico requiere una previa información sobre los efectos (seguros y posibles) de la intervención médica, así como de las alternativas existentes.

Como regla general, los posibles efectos lesivos derivados de una intervención médica no serán imputados al profesional sanitario a título de dolo, incluso en la modalidad de dolo eventual, pues faltará el elemento volitivo. Así pues, el mayor número de supuestos de responsabilidad penal en este ámbito se imputarán a título de imprudencia, la cual existirá cuando, descartado el dolo, se constate la infracción de un deber objetivo de cuidado.

En el ámbito de la actividad médico-quirúrgica, la doctrina y la jurisprudencia determina el deber objetivo de cuidado mediante la denominada *lex artis*, definida como el 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 como adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias.¹⁸ Para determinar la *lex artis* hay que recurrir a lo que haría un profesional prudente en una situación semejante.

No cabe duda de que la *lex artis* médica tiene una faceta técnica consistente en la correcta práctica del acto médico como tal. Mayores dudas surgen, sin embargo, cuando el acto médico realizado correctamente desde un punto de vista técnico deriva en un resultado lesivo atribuido causalmente a dicha acción y previsible desde una perspectiva *ex ante*, pero, existiendo dicho riesgo, y siendo este conocido por el médico, no fue comunicado al paciente, quien autorizó la intervención sin asumir el mismo. Cabe preguntarse, en este caso, quién debe asumir los efectos perjudiciales de ese acto médico (técnicamente) correcto.

¹⁷ Cfr. Chiesa, Luis E., «Consent is not a defense to battery: a reply to Professor Bergelson», *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 195, 2011, p. 203 y s.

¹⁸ Rueda-Martín, M.ª Ángeles, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, n.º 4, 2009, p. 18 y s.

O dicho de otro modo, hay que decidir si la información es parte integrante de la *lex artis*, de tal modo que su ausencia impedirá considerar la actuación médica como plenamente correcta. Pues bien, es jurisprudencia hoy en día constante la que afirma que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción clara de la *lex artis*.¹⁹

Así, entiende el Tribunal Supremo que el deber de información resulta inexcusable en las actuaciones en las que exista un determinado porcentaje de posibilidades de resultado lesivo, de tal modo que la infracción de la *lex artis* no solo se produce cuando el acto médico se ha realizado incorrectamente desde un punto de vista técnico, sino cuando en un acto médico técnicamente correcto no ha intervenido un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico. Y en este caso, la infracción de la *lex artis* no solo se produce cuando ha habido una infracción completa del consentimiento, sino también cuando ha existido una omisión parcial de la información.

La STS (Sala Tercera) de 4 de diciembre de 2012 (F.J. 5.º) es muy expresiva al respecto: «hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado de la existencia de la mala praxis, pues el defecto o insuficiencia de consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis».

De esta forma, como afirma Pelayo González-Torre, «la *lex artis* no se limita ahora a una correcta aplicación de las técnicas curativas a partir de unos determinados y exigibles conocimientos técnico científicos, sino que incluye también unos concretos contenidos éticos que implican una determinada forma de relación del personal sanitario con el paciente, forma de relación que requiere la comunicación de la debida información al paciente por parte del facultativo. La *lex artis* podría ser definida entonces como el conjunto de conocimientos técnico-científicos y también de comportamientos éticos, que el sujeto debe aplicar en el campo de su ejercicio profesional».²⁰

Ahora bien, es necesario hacer algunas consideraciones adicionales a afirmaciones tan categóricas. No es infrecuente ver en la jurisprudencia la utilización paralela de los términos *lex artis* y *lex artis ad hoc*. La *lex artis* se entendería, de este modo, como estándar de conducta para situaciones pre-configuradas, utilizándose el término *lex artis ad hoc* para determinar la actuación correcta en función de determinadas circunstancias que concurrentes en el caso concreto. Así, se dice, en el caso concreto la actuación correcta podría requerir un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada.

En mi opinión, esta distinción carece de sentido, pues la *lex artis* siempre ha de establecerse de acuerdo con las circunstancias concretas del caso y

¹⁹ V. Pelayo González-Torre, Ángel, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada: Comares, 2009, p. 118 y ss. Por citar dos sentencias recientes donde se reafirma esta doctrina, v. SSTS –Sala Tercera- de 9 de octubre y de 4 de diciembre de 2012, y otras muchas allí citadas

²⁰ Pelayo González-Torre (nota 19), p. 34.

la situación concreta que presenta el paciente.²¹ Por ello, la determinación de la *lex artis* en relación con la existencia o ausencia de consentimiento informado debe establecerse, no con carácter general, sino atendiendo a las circunstancias del caso. No puede, en consecuencia, afirmarse que la ausencia de consentimiento informado suponga siempre y en todo caso mala praxis, sino que ello será así únicamente cuando sea posible obtener dicho consentimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta tan categórica en este sentido porque siempre se enfrenta a casos en los que el demandante (que no consintió válidamente la intervención) tenía plena capacidad para haberlo hecho. Pero cuando ello no sea así (por ejemplo, porque hay que actuar sobre un paciente inconsciente), la exigencia de consentimiento informado no será, en el caso concreto, un elemento integrante de la *lex artis*.

3. FIGURAS DELICTIVAS MÁS COMUNES

3.1. Delitos contra la vida

En el contexto biomédico uno de los bienes jurídicos que puede verse afectado es la vida humana. Para ello, el legislador ha previsto el delito de homicidio, regulado en el Código penal español en los arts. 138 y ss, y art. 621.2. Más concretamente, las figuras típicas más comúnmente aplicables serán las relativas a las modalidades imprudentes: el art. 142 CP cuando se trate de una imprudencia grave (previéndose un subtipo agravado de imprudencia profesional en el apartado tercero) y el art. 621.2 CP cuando la imprudencia sea leve.

Sin embargo, ciñéndonos a nuestro tema de estudio, las muertes producidas por el médico en el ámbito sanitario con consentimiento informado del paciente no responden a la figura referida de homicidio imprudente, sino a la problemática jurídica del homicidio consentido o a petición, así como a los supuestos de muertes con propósitos eutanásicos, que son modalidades de cooperación al suicidio expresamente reguladas en el art. 143 CP.

Es decir, en relación con la protección de la vida humana, el consentimiento del sujeto pasivo tiene, en Derecho español, una eficacia muy limitada y sólo en unos pocos casos podría esgrimirse para eximir de responsabilidad al médico, sin perjuicio de que su existencia permita la aplicación de figuras delictivas que llevan aparejada una pena sustancialmente inferior que la prevista para el delito de homicidio.

²¹ De ahí que se haya afirmado, con razón, que la expresión *lex artis ad hoc* resulte tautológica. Así, Romeo-Casabona (nota 5), p. 209, nota 38; Rueda-Martín (nota 18), p. 19, nota 45.

3.2. Delitos contra la integridad personal. Especial referencia al bien jurídico protegido en el delito de lesiones

Mucho más interés tiene el delito de lesiones, delito regulado en los arts. 147 y ss. CP. Además, los supuestos menos graves son constitutivos de falta (arts. 617 –modalidades dolosas de lesiones leves y maltrato de obra- y 621 –modalidades imprudentes- CP).

Para comprender si un profesional sanitario puede incurrir en responsabilidad penal por alguna de estas figuras delictivas hay que analizar el bien jurídico protegido, a fin de poder concretar las conductas que lo afectarían. Está claro que una actuación médica realizada correctamente y con consentimiento informado del paciente no supone una vulneración de dicho bien jurídico y, en consecuencia, es atípica. Sin embargo, más dudas se plantean con los supuestos de actos médicos (aún los realizados correctamente desde un punto de vista técnico), cuando no se haya obtenido el consentimiento del paciente. Como se ha dicho anteriormente, para la doctrina dominante en España, estos casos también deberían ser considerados atípicos. Sin embargo, un sector minoritario aboga por su tipicidad, como delito o falta de lesiones o, en su caso, como falta de maltrato de obra. Y como veremos a continuación, los desarrollos jurisprudenciales más recientes parecen llevar también a esta solución.

Por un lado, como hemos visto, la jurisprudencia ordinaria ha establecido que las intervenciones médicas no consentidas son supuestos de *malpraxis* médica. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español viene manteniendo desde antiguo que ello también lesiona el derecho fundamental a la integridad física. Y con ello, al bien jurídico-penal “integridad personal”, derivado del mismo.²² Este bien jurídico tiene una doble proyección, la integridad física (que estaría integrada por el contenido constitucional del derecho fundamental a la integridad física) y la integridad psíquica.²³

²² Algunos autores se refieren a la “salud” (en un sentido amplio) como el bien jurídico protegido. Yo prefiero hablar de “integridad personal” dado el contenido “objetivo” que mayoritariamente se otorga a dicho concepto y que puede llevar a confusión, al asumir aquí una concepción subjetiva. En todo caso, se trata de una cuestión meramente terminológica. Cfr. Romeo-Casabona (nota 4), p. 204 y ss.

²³ V. art. 3 de Carta de los 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”.

De esta forma, es posible incluir en este bien jurídico, como supuesto de menor afectación al mismo, la falta de maltrato de obra, que por no causar lesión alguna, presenta, por lo general, problemas para integrarla conceptualmente como conducta que suponga una afectación a la salud. Para ser más concretos, y si tomamos como referencia el delito básico de lesiones recogido en el art. 147 CP, este emplea los términos “integridad corporal” y “salud física o mental”. La protección del bien jurídico “integridad personal” abarca perfectamente todos estos supuestos. Así, la proyección del bien jurídico en la integridad física comprende tanto la integridad corporal (conductas invasivas no consentidas sobre el cuerpo del sujeto pasivo) como la salud física (afectaciones a la integridad física que no requieren necesariamente contacto corporal. Por ejemplo, producir sonidos muy altos que producen dolor de

En efecto, la Constitución debe ser el punto de partida para extraer los bienes jurídicos dignos de protección. El primer lugar al que habrá que acudir para su búsqueda serán los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución española, por ser éstos los ejemplos más claros de preceptos constitucionales que justifican la existencia de bienes jurídicos derivados de los mismos para garantizar su protección.²⁴

Con ello no se trata de defender una exacta coincidencia entre el ordenamiento constitucional y el penal. Es más, ello no significa que todos los derechos fundamentales deban ser considerados automáticamente bienes jurídicos, y mucho menos bienes jurídico-penales. Lo que se quiere decir con ello es que en los derechos fundamentales cabe advertir más fácilmente el sistema de valores constitucionalmente relevante,²⁵ o dicho de otra manera, en los derechos fundamentales directamente reconocidos a los ciudadanos es posible encontrar reflejados los bienes jurídicos defendibles.²⁶

Además, la importancia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución para el conjunto del ordenamiento jurídico justifica la protección de los bienes jurídicos que de ellos se derivan a través del Derecho penal.²⁷ Como dice Muñoz-Conde, «el Derecho penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de las necesidades específicas y de determinados principios característicos, y convertidos en bienes jurídicos».²⁸

cabeza, o liberar una sustancia que, inhalada, causa vómitos); y la vertiente psíquica de la integridad personal (la que hemos denominado integridad psíquica), se correspondería la con la salud psíquica o moral. En todo caso, se trata de una cuestión meramente terminológica.

²⁴ En este mismo sentido, Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid: EDERSA, 1979, p. 92, según el cual «los límites en cuanto al contenido para la creación y configuración de figuras delictivas resultan, en primer término, del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución»; Terradillos-Basoco, Juan María, «La constitución penal. Los derechos de la libertad», en Capella, Juan-Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 360.

²⁵ Carbonell-Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37; Laurenzo-Copello, Patricia, *El aborto no punible*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 107, según la cual, «los derechos fundamentales no se agotan en su función garantística, sino que expresan, al mismo tiempo, una decisión constitucional sobre los elementos o bienes esenciales en torno a los cuales se estructura y organiza la comunidad».

²⁶ Cfr. González-Rus, Juan José, *Bien jurídico y Constitución (bases para un teoría)*, Madrid: Fundación Juan March, 1983, p. 41; Morillas-Cueva, Lorenzo, «Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, p. 74.

²⁷ Cfr. Zugaldía-Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3.^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 48; Martín-Retortillo, Lorenzo/de Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988, p. 69; Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 16 y ss.

²⁸ Muñoz-Conde, Francisco, «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en Quintero-Olivares, Gonzalo/Morales-Prats, Fermín (coords.), *El Nuevo*

Como ya hemos dicho, el derecho a la integridad física tiene naturaleza de derecho fundamental. Así, el art. 15 CE establece 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”.

La integridad física puede verse afectada cuando una persona es sometida a intervenciones corporales de diverso tipo. Como afirma Arruego-Rodríguez, el derecho fundamental a la integridad física (y moral) salvaguardaría a la persona como realidad biológica en su doble dimensión física y psicológica, corporal y espiritual. De este modo, el derecho fundamental poseería una naturaleza estrictamente negativa o reaccional y no sólo protegería al individuo frente a toda agresión en su cuerpo en su doble vertiente física y psíquica, sino que, además, proscibiría toda intervención no consentida en aquellos bienes.²⁹

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en este sentido en importantes sentencias.³⁰ Así, la STC 120/1990, de 27 de junio, es muy clara a este respecto cuando afirma lo siguiente:

«Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo 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. Por ello, este derecho constitucional 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 (...)» (F.J. 8).

De este modo, el bien jurídico “integridad personal” (como reflejo del derecho fundamental a la integridad física) se ve afectado ya con la intervención no consentida, siendo irrelevante a estos efectos que dicha intervención

Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Cizur Menor: Aranzadi, 2001, p. 567. En el mismo sentido se muestra Romeo-Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 90, cuando se refiere a la «doble dimensión de los derechos fundamentales: como derecho subjetivo y como norma objetiva que identifica un bien jurídico (valor) constitucional».

Este planteamiento se ha visto igualmente acogido por el propio Tribunal Constitucional, el cual, en su sentencia 212/1996, de 19 de diciembre (F.J. 3), establece lo siguiente: «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico (...) en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos».

²⁹ Arruego-Rodríguez, Gonzalo, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Granada: Comares, 2011, p. 37 y ss.

³⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia ya consolidada. V. Arruego-Rodríguez (nota 29), p. 55 y ss.

tenga una finalidad curativa. Como también afirma Arruego-Rodríguez, “el hecho de que una intervención no consentida genere dolor, malestar o riesgo para la salud, supone un plus de afectación del derecho pero no una *conditio sine qua non* para estimar que se ha vulnerado”.³¹ En el mismo sentido se pronuncia la STC 207/1996:

«(...) aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (...), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por “toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular”» (F.J. 2).

Por su parte, en la sentencia STC 37/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse acerca de una intervención médica llevada a cabo sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma, y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información. Por tanto, debe dilucidar si esa omisión del consentimiento informado del recurrente en el supuesto examinado ha producido o no una lesión de su derecho (fundamental) a la integridad física.

Y la respuesta del Tribunal Constitucional no deja lugar a dudas cuando afirma lo siguiente en el F.J. 5:

«(...) el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas (...).

(...) para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

³¹ Arruego-Rodríguez (nota 29), p. 50.

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

En conclusión, «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» (F.J. 7). Trasladado este criterio al ámbito del Derecho penal, habrá que sostener que tal intervención, en tanto vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, afecta igualmente al contenido esencial del bien jurídico en que se proyecta el referido derecho fundamental, esto es, el bien jurídico-penal integridad personal.

En definitiva, el contenido de este bien jurídico, como el de todos los bienes jurídicos de carácter personal, ha de determinarse desde el respeto a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del sujeto afectado, de ahí que deba analizarse, no desde una perspectiva objetiva, sino subjetiva, pues es el titular del bien jurídico “quien defina individualmente cuál es su concepto de salud, como la forma más evidente del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad”.³² Por ello, toda actuación sobre el cuerpo humano no consentida realiza el tipo objetivo de un delito o falta de lesiones o, en su caso, de maltrato de obra, siendo irrelevante la naturaleza curativa o no del comportamiento, sin perjuicio de que ello pueda ser valorado en un juicio posterior relativo a la antijuridicidad del hecho o a la culpabilidad del autor.

3.3. Delitos contra la libertad

La realización de actos médicos sin el consentimiento del paciente afecta indudablemente al derecho de autodeterminación del mismo. En definitiva, se ve afectada su libertad. Y si ello supone una restricción de los movimientos, se afecta, más concretamente, al derecho a la libertad deambulatoria, manifestación ésta de la libertad que tiene expreso reconocimiento constitucional (art. 17.1 CE) y que, en el ámbito penal se corresponde con el delito de detención ilegal, regulado en los arts. 163 y ss. CP.

La otra figura delictiva que podría ser de aplicación sería el delito de coacciones graves (art. 172 CP) o, en su caso, la falta de coacciones leves (art. 620.I.2.º CP). Esta es precisamente la figura delictiva por la que aboga

³² Corcoy-Bidasolo (nota 14), p. 265.

la mayoría de la doctrina en España, una vez excluida la aplicación del delito de lesiones.

No obstante, la doctrina también duda sobre la posibilidad de acudir al delito de coacciones, ya que este consiste en impedir a otro *con violencia* hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto.

El principal problema se suscita por la exigencia de violencia para la comisión de este delito. Y se dice que en la mayoría de actos médicos no consentidos no existirá violencia propiamente dicha. No obstante, ello puede salvarse con una interpretación amplia del término violencia, que es la acogida por la jurisprudencia, que comprende dentro de este concepto, no sólo los supuestos de *vis física*, sino también la intimidación, el empleo de fuerza en las cosas o, incluso, meros supuestos de vías de hecho.³³

3.4. ¿Es la solución (*de lege ferenda*) el delito de tratamientos médicos arbitrarios?

Ante la dificultad que la mayoría de la doctrina se encuentra para dar una respuesta penal a estos casos de actos médicos no consentidos, se ha planteado la posibilidad de tipificar esta conducta de forma expresa. En el Derecho comparado, esta es la opción por la que han optado países como Austria y Portugal, que específicamente contemplan las consecuencias del tratamiento curativo cuando es realizado sin consentimiento.

Así, el artículo 110 del Código Penal austriaco, incluido en la sección que tipifica los delitos contra la libertad, contempla un tipo específico dedicado al tratamiento curativo arbitrario. Este precepto se refiere al tratamiento curativo realizado sin el consentimiento del paciente, aun cuando se lleve a cabo conforme a la *lex artis*, y comprende no sólo los supuestos de falta absoluta de consentimiento, sino también aquellos casos de consentimiento ineficaz, dentro de los que hay que incluir los supuestos en los que el médico no ha proporcionado la información necesaria y completa al paciente.

Por su parte, el artículo 156 del Código Penal portugués recoge un tipo penal específico dentro de los delitos contra la libertad (justo a continuación del delito de coacciones graves), dedicado a la intervención y tratamiento médico-quirúrgicos arbitrarios realizados sin el consentimiento del paciente. El Código Penal portugués clarifica aún más la cuestión, ya que no sólo regula un tipo específico de tratamiento curativo arbitrario dentro de los delitos contra la libertad, sino que, además, en el artículo 150, declara expresamente, en el ámbito de las lesiones, que el tratamiento médico curativo llevado a cabo conforme a la *lex artis* no es constitutivo del delito de lesiones.

³³ V. Muñoz-Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 153 y s., quien se muestra muy crítico con esta interpretación.

En España, la doctrina mantiene opiniones contrapuestas sobre la conveniencia de la introducción de un delito similar.³⁴ En cualquier caso, de llegar a hacerse, entiendo, de forma contrario a lo dispuesto en la legislación penal portuguesa, y en coherencia con lo manifestado anteriormente sobre el delito de lesiones, que esta figura debe ser analizada, no como una modalidad especial de coacciones, sino como un tipo especial de lesiones.³⁵

4. RECHAZO DEL TRATAMIENTO MÉDICO Y DERECHO PENAL

Entrando ya en el análisis particular de situaciones concretas en las que el consentimiento informado del paciente (o su ausencia) puede originar algún tipo de responsabilidad penal, el primer escenario que cabe plantearse es aquel en el que el paciente, una vez ha recibido toda la información oportuna sobre su estado de salud y las alternativas posibles de actuación, decide rechazar, de forma libre y consciente, el tratamiento ofrecido. Se trata, pues, de establecer hasta qué punto una persona está legitimada para tomar una decisión de esta naturaleza, que puede afectar muy negativamente a su salud o, incluso, llevar necesariamente a la muerte (por ejemplo, no autorizar la amputación de un miembro gangrenado).

El art. 8.1 Ley 41/2002 requiere que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente cuente con el consentimiento libre y voluntario del mismo, consentimiento que, una vez prestado, puede ser revocado en cualquier momento (art. 8.4 Ley 41/2002). De este modo, en ausencia de consentimiento (porque no lo ha habido desde un primer momento o porque, habiendo existido, ha sido revocado), los profesionales sanitarios deben abstenerse de intervenir.

Así pues, la exigencia de consentimiento informado previo del paciente para proceder a una intervención médica tiene su necesario reflejo en la capacidad del mismo de renunciar a dicha intervención. A este respecto, el art. 2.4 Ley 41/2002 es muy claro cuando recoge que “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”.

En tal caso, se deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el art. 20 Ley 41/2002:

«1. 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 sani-

³⁴ Se muestra favorable al mismo, Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 504; en contra, Romeo-Casabona (nota 5), p. 232; con algunas dudas, Morillas-Cueva (nota 12), p. 116 y s.

³⁵ De esta misma opinión, Puppe, Ingeborg, «La justificación de la intervención médica curativa», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, n.º 1, 2007, p. 3. Aparentemente, esta también sería la opinión de Roxin (nota 15), p. 460, pues entiende que a falta de una tipificación expresa de los tratamientos curativos arbitrarios, el delito aplicable sería el de lesiones. Por lo tanto, danto a entender que, en todo caso, el bien jurídico afectado es la integridad personal.

tario, 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.

2. 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.»

La inactividad médica en estos casos no podrá dar origen a responsabilidad penal del médico por omisión, a pesar de no haber realizado un acto médico que con una probabilidad rayana en la certeza hubiera evitado el resultado lesivo. La responsabilidad penal en comisión por omisión requiere la existencia de una posición de garante (v. art. 11 CP), la cual no concurre en este caso. En efecto, ante la negativa del paciente, el deber del médico no es actuar, sino muy al contrario, respetar dicha voluntad (cfr. igualmente, STS de 27 de junio de 1997).

Ahora bien, si la voluntad de paciente supone la realización de conductas positivas por parte del médico, las cuales serían determinantes para la producción de la muerte querida por el paciente, entonces nos encontraremos antes la posible aplicación de las figuras delictivas más arriba referidas de cooperación al suicidio.

5. RESPONSABILIDAD PENAL POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

5.1. La intervención médica contra el consentimiento del paciente

Pero ¿qué sucede si, pese a la negativa del paciente, el médico decide intervenir? Se trata, efectivamente, de un acto médico dirigido a proteger la vida o la salud del sujeto, pero en contra de la voluntad de aquél.

En todo caso no habrá ninguna duda en afirmar que la conducta del médico vulnera el bien jurídico libertad, en alguna de sus manifestaciones. Así, puede entenderse que el acto médico atenta contra la libertad de autodeterminación, la cual se castiga en nuestro Derecho a través del delito (o, en su caso, falta) de coacciones (arts. 172 y 620.I.2.º CP). Además, si el acto médico supone una restricción de la movilidad, también se verá afectado este bien jurídico en su vertiente de libertad deambulatoria, con lo que estaría realizando también la conducta típica de detención ilegal (art. 163 CP). Se trataría de un concurso de normas penales, que se resolvería a favor de esta última figura delictiva por razones de especialidad (art. 8.1.ª CP).

Sobre lo anterior parece no haber dudas. La cuestión aquí es si, además de lo anterior, se está cometiendo un delito o falta contra la integridad personal. En mi opinión, y como coherente consecuencia de lo expuesto más arriba, cualquier intervención corporal no consentida vulnera el bien jurídico integridad personal y, por ello, el hecho deberá ser calificado como delito de lesiones, o falta de lesiones o maltrato de obra, según corresponda. Entre el delito (o falta) de lesiones y el delito de detención ilegal existirá un concurso (normalmente ideal o medial) de delitos (art. 77 CP). Por el contrario, el concurso entre el delito (o falta) de lesiones y el delito (o falta) de coacciones entiendo que sería de normas penales, el cual se resolvería a favor de la figura delictiva que prevea la pena más grave atendiendo al criterio de alternatividad (art. 8.4.ª CP).

A efectos de determinar la tipicidad de la conducta es irrelevante que el acto médico tenga una finalidad curativa, pues entiendo, según lo también expuesto, que este aspecto no forma parte del bien jurídico protegido. Hay que estar de acuerdo, pues, con la profesora Corcoy-Bidasolo cuando afirma que «el consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito indispensable para que la intervención médica no sea directamente calificada de lesiones o, en su caso, de coacciones (...) cualquier actividad médica realizada sin el consentimiento del paciente tiene relevancia penal aun cuando “mejore” su salud física o disminuya el riesgo de muerte.»³⁶

En conclusión, la conducta de quien, ante la negativa de una persona a consentir la amputación de una pierna, lo que supondrá un seguro fallecimiento, seda al sujeto y procede a la amputación, deberá ser calificada, aunque haya salvado su vida, como un delito de lesiones cualificadas dolosas (art. 149 CP: pérdida de miembro principal con pleno conocimiento y voluntad) y otro de detención ilegal (art. 163 CP), en concurso medial (art. 77 CP). La “buena intención” del médico, así como el beneficio supuestamente conseguido — p. ej., mejorar su salud, evitar el fallecimiento- podrán ser alegados por el autor para lograr la aplicación de una eximente o una atenuación de la pena, lo cual resulta discutible.

5.2. La intervención médica sin el consentimiento del paciente

Otra posibilidad, más común que la anterior, es que la intervención médica se realice sin consentimiento del paciente, pero no contra su voluntad, por

³⁶ Corcoy-Bidasolo (nota 14), p. 269. Posteriormente reitera que «la conducta del médico que realiza un tratamiento sin consentimiento puede también ser calificada, atendiendo al caso concreto, como lesiones» (p. 279).

Esta tesis ha tenido también cierta acogida en el Derecho comparado. V. Roxin (nota 15), p. 460; Hernández-Basualto (nota 6), p. 180 (Chile). Además, es la teoría dominante en el Derecho penal anglosajón. V. Skene, Loane, *Law and Medical Practice*, 2.ª edición, Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2004, p. 89; Clough, Jonathan/Mulhern, Carmel, *Criminal Law*, 2.ª edición, Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2004, p. 44; Blackwood, John/Warner, Kate, *Tasmanian Criminal Law*, Vol. II., Hobart. University of Tasmania Law Press, 2006, p. 488; Chiesa (nota 17), p. 205.

ejemplo por encontrarse éste inconsciente.³⁷ En estos casos, y según lo expuesto, también habría que afirmar que el acto médico realiza el tipo de lesiones correspondiente.

Pese a las reticencias de la doctrina dominante,³⁸ la jurisprudencia española ha acogido de forma aislada la tesis aquí expuesta. Así, por ejemplo, la STS de 26 de octubre de 1995, recoge como probados los siguientes hechos:

«existiendo inconsciencia de la paciente, por estar sometida a anestesia, (...) el “desgarro en colgajo del útero” de la paciente, producido al extraerle el feto al efectuarle la cesárea de urgencia, obligó a “inhibir la hemorragia y suturar el útero”, y que “una vez comprobado que el útero se podía conservar, al controlarse la hemorragia, se eliminó la posibilidad de realizar la histerectomía, y a continuación el señor C., cuando la vida de la paciente no corría peligro, (...) considerando que era una indicación médica correcta, que beneficiaba su salud y que era la única que podía adoptar dicha decisión, no estando en condiciones de hacerlo, sin considerar siquiera la posibilidad de comunicárselo a algún familiar, procedió sin su consentimiento a practicarle una ligadura de trompas por el método “Pomeroy”, que supone la esterilización de la paciente (...)».

El médico resulta condenado por un delito de lesiones dolosas del art. 419 del Código penal de 1973 (actual art. 149 CP). En este caso, sin embargo, no se ve afectado el bien jurídico libertad pues la víctima sí consintió la sedación (si bien con otro fin).

Cuestión diferente es que, en casos como este, en el cual el paciente no ha mostrado expresamente su consentimiento, puede plantearse la duda acerca de la existencia de un consentimiento tácito o presunto del paciente para proceder a la intervención. De admitirse dicho consentimiento, el médico podría alegar la existencia de un error.

Desde nuestra perspectiva, al ser el consentimiento un elemento (negativo) del tipo, parece que este debería ser tratado como error de tipo que, en el caso de ser vencible, conllevaría el castigo del hecho a título de imprudencia (art. 14.1 CP). No obstante, para quienes entienden que el consentimiento actúa como causa de justificación, el error debería tratarse en todo caso como error de prohibición (art. 14.3 CP), con lo que el médico verá reducida la pena prevista para el delito doloso, tal y como hizo el Tribunal en el caso expuesto.

³⁷ En estos casos, no hay que olvidar la posibilidad regulada en el art. 11 Ley 41/2002 de emitir instrucciones previas, a través de las cuales, «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 (...)». Esta cuestión plantea otra serie de problemas, sobre los que no puedo detenerme ahora. Sin embargo, como regla general, habrá que aceptar que aquellas actuaciones médicas amparadas en unas instrucciones previas estarán realizadas con el consentimiento (expreso y escrito) del paciente.

³⁸ V. Romeo-Casabona (nota 4), p. 236; Morillas-Cueva (nota 12), p. 113.

Cuestión diferente es que aceptar la mera existencia de un error (sea de tipo, sea de prohibición) en estos casos sea una apreciación muy generosa por parte del tribunal, especialmente si tenemos en cuenta que en intervenciones de cierta entidad el legislador exige que el consentimiento se preste por escrito (por lo tanto, debe ser expreso).³⁹ No parece que sea razonable permitir al autor de un hecho de esta naturaleza alegar la existencia de un error cuando la norma parte de una presunción *iuris tantum* de ausencia de consentimiento. Es decir, en intervenciones que requieren un consentimiento expreso (por escrito) cualquier médico sabe (y no resulta creíble lo contrario) que no hay consentimiento mientras el paciente no lo manifieste expresamente. La duda puede suscitarse, sin embargo, en aquellas otras en las que basta con un consentimiento verbal, en las que la doctrina sí admite la posibilidad del consentimiento tácito.

En definitiva, en intervenciones que, por su relevancia, requerirían consentimiento escrito, no puede acudirse al consentimiento presunto para defender la atipicidad del acto médico. Situaciones de esta naturaleza pueden suscitarse cuando el médico se plantea, en el curso de una operación en la que el paciente se encuentra inconsciente por anestesia general, la ampliación de la intervención o rectificación de los objetivos previstos al principio. En estas circunstancias, coincido con Romeo-Casabona en que si el nuevo acto médico es necesario y urgente será lícito al estar justificado; pero si la intervención no resulta totalmente necesaria, o aun siendo necesaria no es urgente, el médico debe abstenerse de cualquier extralimitación del consentimiento otorgado.⁴⁰

Es decir, si el sujeto no puede consentir y el médico actúa, la conducta realizará alguna de las figuras delictivas de lesiones dolosas (la mera intervención no consentida sobre el cuerpo ya constituye, como mínimo, una falta de maltrato de obra), pero se tratará de una conducta lícita (no antijurídica) al concurrir la causa de justificación de ejercicio legítimo de la profesión (art. 20.7 CP).

5.3. Intervenciones médicas con “consentimiento” no informado

No obstante lo anterior, los casos más comunes (y problemáticos) de responsabilidad médica por ausencia del consentimiento del paciente son aquellos en los que ha existido una información parcial, es decir, el paciente ha aceptado la intervención médica, pero no era plenamente consciente de los efectos que para su salud se derivaban de la misma.

³⁹ De acuerdo con el art. 8.2 Ley 41/2002, «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».

⁴⁰ Romeo-Casabona (nota 5), p. 230.

Al aceptar la intervención en sí misma, quedarán descartados los delitos contra la libertad, así como los delitos contra la integridad personal con relación a aquellos hechos que queden abarcados plenamente por el consentimiento del paciente.

No se puede decir lo mismo, sin embargo, respecto de aquellos efectos lesivos derivados del acto médico de los cuales el paciente no tenía conocimiento.⁴¹ Aquí pueden plantearse dos escenarios posibles:

- a) En primer lugar, puede que el facultativo no haya informado, tal y como exige el art. 10.1.a) Ley 41/2002, de «las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad». En estos casos, tales efectos lesivos serán imputables al médico a título de dolo directo de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias). Por ejemplo, si se practica una intervención neurológica dirigida a lograr unos determinados efectos beneficiosos, pero no se le comunica al paciente que, como consecuencia necesaria de la misma, se producirá la pérdida de la visión. En este caso, el médico responderá por un delito de lesiones agravadas del art. 149 CP (pérdida de sentido).
- b) En segundo lugar, es posible que la falta de información haya recaído sobre «los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención» [art. 10.1.c) Ley 41/2002]. En estos casos, parece indudable que existe relación de causalidad entre el acto médico y el resultado, así como que dicho resultado es la materialización del riesgo inherente a la acción. Además, siendo el paciente una persona plenamente capaz de tomar una decisión, dicho riesgo debe ser asumido por éste para eliminar la imputación objetiva del resultado lesivo al acto médico. De no ser así, será el médico quien asuma las consecuencias perniciosas del mismo.

La duda en este caso es si dicho resultado debe imputarse, desde la perspectiva subjetiva, a título de dolo (eventual) o de imprudencia. Salvo que existan datos en un caso concreto que lleven a pensar lo contrario, como regla general cabrá entender que el médico que realiza el acto peligroso (incluso aunque se trate de un alto riesgo), en modo alguno contará (o si se prefiere, asumirá, consentirá, se conformará) con la materialización efectiva del riesgo en el resultado lesivo. Por ello, lo normal será excluir el dolo eventual e imputar el resultado a título de imprudencia, siempre y cuando se haya infringido un deber de cuidado.⁴²

⁴¹ También Muñoz-Conde (nota 33), p. 123, entiende que el consentimiento viciado por falta de información será irrelevante y no impedirá la aplicación del delito de lesiones.

⁴² De la misma opinión, Hernández-Basualto (nota 6), p. 181.

A este respecto, hay que recordar, tal y como entiende el Tribunal Supremo, que (tratándose de sujetos capaces) se infringe la *lex artis* cuando se lleva a cabo un acto médico no consentido (bien por ausencia total de consentimiento, bien por vicios en el consentimiento debidos a una ausencia total o parcial de información). En estas circunstancias, la infracción de la *lex artis* se corresponde con la infracción del deber de cuidado por lo que el resultado será imputado al médico a título de imprudencia.

Por lo tanto, hago de nuevo mías las palabras de Corcoy-Bidasolo ⁴³ cuando afirma que «la ausencia de consentimiento, o el consentimiento viciado por una información incompleta, tendenciosa o parcial, conlleva la responsabilidad penal del médico por lesiones u homicidio imprudente, en los casos en los que se produce un resultado fallido (...) A partir de concebir «salud» como reflejo del libre desarrollo de la personalidad, también será resultado fallido aquél que afecte a la integridad física o psíquica aun cuando mejor (sic) la salud, entendida como “mayor probabilidad de vida”».

Para finalizar, aún queda por analizar una última cuestión. Cuando, por una u otra razón, el resultado lesivo deba imputarse al autor a título de imprudencia, hay que proceder a determinar, por un lado, si se trata de una imprudencia grave o leve; y a comprobar, por otra parte, si existe una figura delictiva que recoge expresamente la acción imprudente realizada (ex art. 12 CP).

Respecto a la primera cuestión, la gravedad o no de la imprudencia dependerá de la mayor o menor aproximación al estándar de cuidado exigible al hombre medio (en este caso, al profesional medio). En el ámbito que nos ocupa, un criterio de determinación podrá ser el grado del riesgo que no se comunica. Recordemos que, según lo dispuesto en el art. 10.1.c) Ley 41/2002, debe informarse de “los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”.

Si se trata de un alto riesgo, cuyo deber de información no es discutido, su ausencia dará lugar a imprudencia grave. Si, por el contrario, se trata de riesgos no tan claros, la dificultad para decidir si hay que informar o no de los mismos es mayor, y la ausencia de información, cuando se acredite que ésta debió haberse proporcionado, podrá dar lugar a una imprudencia de tipo leve. Evidentemente, si la comunidad médica no ha llegado a un acuerdo acerca de si hay que informar al paciente de un determinado riesgo, la ausencia de dicha información no infringirá la *lex artis* y en definitiva, no habrá responsabilidad por imprudencia.

Lo anterior es importante porque, tratándose de imprudencias leves, la conducta será típica o atípica atendiendo al grado de afectación a la integridad personal. Así, las lesiones por imprudencia leve serán, en todo caso, consideradas como falta, y únicamente cuando se cause una lesión constitutiva de delito, es decir, que requiera para su sanación, además de una primera

⁴³ Corcoy-Bidasolo (nota 14), p. 273 y s.

asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 621.3 CP, en relación con los arts. 147 y ss. CP). Además, hay que tener presente que esta infracción sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 621.6 CP).

En relación con lo anterior, parece razonable que, en aplicación del principio de mínima intervención que debe regir el Derecho penal, todos los casos que fueran calificables como faltas de lesiones por imprudencia leve se recondujeran hacia la jurisdicción civil o contencioso-administrativa, según corresponda.

Con la legislación actual, ello será posible, como de hecho sucede en la práctica (incluso tratándose de supuestos que podrían llegar a ser calificados como delitos de lesiones por imprudencia grave), si el paciente que resulta afectado opta por no recurrir a la jurisdicción penal y plantea directamente una demanda judicial de reclamación patrimonial en las jurisdicciones civil o contencioso-administrativa.

De *lege ferenda* parece razonable, por lo dicho, hacer desaparecer del catálogo de infracciones penales los supuestos de responsabilidad por imprudencia leve. Así parece haberlo entendido también el prelegislador español, pues en el Borrador de Anteproyecto de Código penal (de abril de 2013), se eliminan tales figuras delictivas. Ello ayudará a alejar de la jurisdicción penal, de una forma mucho más natural, los supuestos menos graves de responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado.

6. CONCLUSIONES

El consentimiento libre e informado del paciente es un requisito esencial del acto médico. Su ausencia supone la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y, en consecuencia, del bien jurídico integridad personal. De ahí que cualquier intervención corporal no consentida por el sujeto pasivo realiza el tipo objetivo del delito o falta de lesiones (o de la maltrato de obra). Por el contrario, dado que el consentimiento del sujeto pasivo elimina el desvalor de resultado, todo acto médico consentido debe ser considerado atípico (respecto de las infracciones penales que protegen la integridad personal).

Por su parte, en caso de ausencia de consentimiento informado por falta de información suficiente sobre los efectos (seguros, probables o meramente posibles) de la intervención, ello podría dar lugar a responsabilidad penal por imprudencia.