

# **Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales**

**COORDINADORA:**

**NIEVES SANZ MULAS**

**AUTORES:**

**MARÍA DOLORES CALVO SÁNCHEZ**

**MARIO HERNÁNDEZ RAMOS**

**EVA M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ GALLEGO**

**JUAN SALVAT PUIG**

**NIEVES SANZ MULAS**

**EDITORIAL COMARES**

---

**BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA**

*Director de publicaciones:*

MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D de la Junta de Castilla y León  
*«La Administración sanitaria de Castilla y León y la Protección Jurídica del Paciente.  
Responsabilidades ante el incumplimiento de la lex artis»*,  
—SA-025A10-1, ORDEN EDU/443/2010, de 6 de abril (BOCYL de 15 de abril de 2010)—

© Los autores

Editorial COMARES  
Gran Capitán, 10-bajo  
18002 Granada

Tlf.: 958 46 53 82 / 27 76 85 • Fax 958 46 53 83

E-mail: [comares@comares.com](mailto:comares@comares.com)  
<http://www.comares.com>

ISBN: 978-84-9836-904-5 • Depósito legal: GR. 250/2012

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES, S.L.

---

---

# RELEVANCIA PENAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

PROF.<sup>a</sup> DR.<sup>a</sup> NIEVES SANZ MULAS

*Profesora Titular de Derecho Penal - Universidad de Salamanca*

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La actividad sanitaria, por definición, siempre supone una intromisión en la esfera más privada de la persona. Desde que el paciente «confiesa» al médico sus síntomas —y con ello aporta datos íntimos respecto a sus hábitos alimentarios, sexuales, de ocio, etc.— hasta que se somete al tratamiento prescrito —con el que se afecta su integridad física—, se ve implicada como en ninguna otra labor la esfera íntima y personal del individuo<sup>1</sup>. Porque, de acuerdo con Gómez Rivero, «no hay límite mayor a la libertad del ser humano que el estado de enfermedad»<sup>2</sup>. Un estado que reduce, e incluso anula, nuestra libertad tanto para realizar los grandes proyectos vitales como para llevar a cabo los pequeños actos de la vida cotidiana<sup>3</sup>.

En este contexto, la libertad en sentido material ni existe ni puede existir. En esas condiciones, lo único que el Derecho puede ofrecer al paciente es una libertad en sentido formal; esto es, la garantía de que, pese a todas esas limitaciones y condicionamientos fácticos, todo exista porque así lo desea el enfermo. Es por ello, y en definitiva, que tanto el origen de la asistencia sanitaria, como la realidad de cada una de las fases por las que atraviesa, sólo son legítimos si hay un acto de voluntad del enfermo. Un acto de consentimiento —que cabría definir como «autorización o permiso para que se haga algo»<sup>4</sup> que, de este modo, se convierte en

<sup>1</sup> GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, 2.<sup>a</sup> edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 35

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 82.

la espina dorsal de la relación médico-paciente<sup>5</sup>. Una voluntad, por tanto, que si no existe o está viciada puede conllevar responsabilidades jurídicas para el personal sanitario. Dentro de esas responsabilidades también están las penales.

## II. DELITOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO O VICIOS EN EL MISMO

### 1. Las posibles responsabilidades penales

La principal causa de imprudencia sanitaria es la falta de información al paciente (cerca del 70% de los casos)<sup>6</sup>. Una cifra que sin duda demuestra la gran importancia que se da a este factor como generador de *mala praxis* sanitaria, con la consecuente interposición de denuncias. Unas denuncias por falta de información, debidas, precisamente, al mayor conocimiento que, a través de los medios de comunicación, tienen los usuarios de sus derechos (hasta un 80.6%)<sup>7</sup>. El mantenimiento, por tanto, de una información continua y puntual de todo aquello que va aconteciendo a lo largo del proceso clínico, conlleva una relación fluida entre el personal sanitario y el enfermo y evitaría un gran número de denuncias<sup>8</sup>. Pese a ello, en la práctica sanitaria se asiste a una importante despersonalización de la asistencia (sobre el 50 %), asumida incluso por los médicos, lo que indica la conciencia de tal déficit<sup>9</sup>.

Aquí, trataremos de identificar aquellos casos en los que el acto sanitario no está legitimado por no existir el previo e ineludible consentimiento del paciente, o porque éste estaba viciado. Porque la falta de información, o el que ésta se facilite de forma deficiente y/o inexacta, conllevará un vicio en el posterior consentimiento otorgado por el paciente que lo convierte en inválido (que equivale a inexistente). Supuestos que por su especial gravedad pueden generar responsabilidad penal ¿Pero cuáles son esos delitos por los que podría responder el personal sanitario y por qué?

### 2. La imprudencia sanitaria

La protección de bienes jurídicos en el ámbito sanitario tiene una mayor dificultad que en cualquier otra parcela social, pues la labor de los profesionales de la

<sup>5</sup> GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 23.

<sup>6</sup> Suponen el 65,7% de los casos según los Colegios Oficiales de Médicos y el 71% según los Colegios Oficiales de Abogados. Vid., en HERNÁNDEZ GIL - HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, Master Line, Madrid, 2006, pág. 230.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 233.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 230.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 231.

medicina está basada, precisamente, en el juramento hipocrático de buscar siempre la sanación del paciente. Esto abre una vía importante: la de que nos encontremos sobre todo ante conductas imprudentes<sup>10</sup>. Una imprudencia que será graduada, de modo que: si es *grave*, generalmente constituirá delito; y si es *leve*, no pasará de ser una falta o incluso puede ser impune<sup>11</sup>.

En la imprudencia, por tanto, no importa tanto el daño causado como el grado de descuido o de impericia mostrado por el personal sanitario. El punto de partida: si cumplió o no la *lex artis*, esto es, los deberes mínimos que debe observar en base a su profesión como cirujana, enfermero, anestesista, etc.. Uno de esos deberes mínimos —como no nos cansamos de repetir a lo largo de este trabajo— es el de informar al paciente de todos los pormenores de su enfermedad, tratamiento y alternativas terapéuticas posibles a efectos de que dé su consentimiento<sup>12</sup>. Porque el paciente ciertamente no puede exigir al personal sanitario la garantía de su curación, pero sí puede y debe exigirles que, conforme a los conocimientos del momento y las posibilidades a su alcance, hagan todo lo que esté objetivamente indicado para su sanación, informándole previamente de todos los pormenores para tomar la correspondiente decisión.

Sea como fuere, para saber ante qué delito nos podemos encontrar, debemos comenzar por identificar el bien jurídico lesionado con la actuación sanitaria; esto es, si el resultado es la muerte, el bien jurídico lesionado es la vida; si es la pérdida de visión de un ojo o la falta de movilidad de un brazo, sería la salud, etc.

### 3. La protección penal de la vida

#### A. *El delito de homicidio*

Junto a la salud e integridad corporal, el bien jurídico vida, por la propia esencia de la actividad sanitaria, es el que más veces se puede ver lesionado cuando

<sup>10</sup> Si bien también hay casos de tratamientos sin finalidad curativa y algunos de los cuales también trataremos (ej. tratamientos para aumentar el rendimiento de los deportistas (doping), aborto por motivos económicos o eutanasia). *Vid.*, en VALLS PRIETO, J., «Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>11</sup> En consecuencia, la graduación de la imprudencia es absolutamente esencial, pues el que se califique como delito o falta tiene enormes repercusiones penales, aunque la responsabilidad civil sería la misma. Por un delito se puede detener y por una falta no, por un delito se puede ir a prisión y por una falta no, por un delito quedan antecedentes penales y por una falta no, etc.

<sup>12</sup> Otros deberes serían: actualizar sus conocimientos, observar la evolución del paciente, estudiar las condiciones orgánicas del paciente, comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves, remitirle o pedir ayuda a otros especialistas cuando así aconseje la situación, etc.

ésta no se realiza con escrupuloso respeto a la *lex artis*. En consecuencia, si la muerte se produce pese a que el tratamiento médico-quirúrgico se llevó a cabo con finalidad curativa, y cumpliendo con todos los requisitos de la *lex artis*, estaríamos ante un supuesto exento de toda responsabilidad criminal. Ahora bien, en el mismo caso, pero sin actuar conforme a las exigencias de las *lex artis* (por ej., por inexistencia o vicio del consentimiento informado), derivaría, generalmente, en un delito de homicidio por imprudencia, si ésta es grave (art. 142.3 CP) —prisión de uno a cuatro años más inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años—, o una falta de homicidio por imprudencia, si ésta es leve (art. 621.2 CP) —multa de uno a dos meses—.

Finalmente, si pese a realizarse la actuación sanitaria con *mala praxis*, el resultado es curativo, obviamente no cabría hablar de homicidio (porque no se ha producido ninguna muerte) sino, como mucho, de lesiones o de un delito contra la libertad (coacciones), como veremos más adelante.

## B. *El delito de eutanasia*

Ahora bien, ¿es la vida un bien jurídico disponible? Como bien sabemos, con la tecnología de que disponemos actualmente la vida se puede prolongar, o al menos parar el desenlace natural de la muerte, dependiendo de la decisión de un médico o de un familiar el que se desencadene o no ¿Qué ocurre después si esa situación se prolonga y la familia o el propio paciente no están de acuerdo en mantener la vida así? ¿El paciente puede disponer de su propia vida, pidiendo, si así lo desea, ayuda para morir al personal sanitario?

En nuestro Código penal no se castiga el suicidio (o mejor dicho, y por razones obvias, la tentativa de suicidio), y se atenúa la pena en las conductas de inducción al suicidio —prisión de cuatro a ocho años (art. 143.1 CP)—, cooperación necesaria al suicidio —prisión de dos a cinco años (art. 143.2 CP)— y el homicidio a petición —prisión de seis a diez años (art. 143.3 CP)—<sup>13</sup> ¿Pero qué ocurre en aquellos casos en que un enfermo que tiene una enfermedad grave e incurable, o que sufre padecimientos permanentes y difíciles de soportar, pide al personal sanitario que le ayude? En el Código penal español, cabría diferenciar entre eutanasia pasiva y eutanasia activa.

— La *eutanasia pasiva* consiste en no alargar de forma artificial la vida y es impune. Por tanto, no se castiga la no intervención sanitaria con actuaciones y tratamientos imprescindibles para mantener la vida, incluida la des-

<sup>13</sup> MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, págs. 102 y 103.

conexión de los mecanismos externos artificiales (ej. respirador artificial). Tampoco se castiga la administración de medicamentos paliativos dirigidos a mitigar el dolor aunque ello suponga un acortamiento de la vida.

- Lo único que se castiga, y que es lo que se denomina *eutanasia activa* (art. 143.4 CP), es la provocación directa de la muerte de quien te la pide por padecer la enfermedad y los sufrimientos descritos (ej., administrar a un enfermo terminal una inyección letal a petición de éste). Pero, incluso en estos casos, la eficacia del consentimiento del paciente es tal que la pena se rebaja de forma importante.

En contrapartida, y en coherencia con este prácticamente absoluto respeto a la voluntad del paciente, el aplazamiento del momento de la muerte, en contra de su propio deseo, alargando con ello el proceso, puede suponer la comisión de un delito de coacciones (art. 172 CP), por impedir con violencia el ejercicio del derecho a una muerte digna. En estos casos, el personal sanitario no puede limitarse a alegar que cumplía con su trabajo, porque dentro de las competencias del mismo no está el deber de prolongar la vida en esas circunstancias, sino de respetar el derecho del paciente a una muerte digna sin sufrimientos innecesarios<sup>14</sup>.

Se trata, sea como fuere, de un tema no exento de polémica y que crea enorme inseguridad jurídica, tanto para el propio paciente como para su familia y el personal sanitario que debe atenderlo, que en muchas ocasiones no sabe a qué atenerse. Sería deseable por ello la regulación a nivel nacional<sup>15</sup>, o al menos a nivel autonómico, de una Ley similar a la ya existente en Andalucía, *la Ley 2/2010, de 8 de abril de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte*.

### C. *El consentimiento de la embarazada y el delito de aborto*

En lo que a la regulación del aborto se refiere, como ya sabemos, contamos con la *LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (BOE de 4 de marzo de 2010). Una Ley que da una relevancia inexcusable a la voluntad de la embarazada, permitiendo el aborto a petición de la mujer hasta las 14 semanas de gestación, y en supuestos tasados por causas médicas a partir de dicho plazo.

<sup>14</sup> MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, op. cit., pág. 103.

<sup>15</sup> Al respecto, el gobierno socialista elaboró un Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida (BOCG de 17 de junio de 2011) que no se convirtió en Ley por el cambio de gobierno tras las elecciones de noviembre de 2011.

En caso de *aborto a petición*, además del consentimiento expreso de la embarazada, y de que se lleve a cabo por médico especialista o bajo su dirección, en centro sanitario público o privado acreditado, son tres los requisitos:

1. Que se le informe a la embarazada de sus derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
2. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre que se le facilitó la información necesaria y la realización de la intervención.
3. Tratándose de mujeres de 16 o 17 años, que se le informe de tal decisión al menos a uno de los representantes legales, salvo en caso de conflicto grave con peligro de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o situación de desarraigo o desamparo.

En caso de *aborto por causas médicas*, son cuatro los supuestos admitidos:

1. Hasta las 22 semanas de gestación, cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada: se requiere un dictamen de médico especialista distinto al que practique la intervención.
2. Hasta las 22 semanas de gestación, cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto: necesario dictamen de dos médicos especialistas distintos al que practique la intervención.
3. Sin plazo máximo, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida: se requiere de dictamen de médico especialista distinto al que practique la intervención.
4. Sin plazo máximo, 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>16</sup>.

En consecuencia, el aborto llevado a cabo con el consentimiento informado de la mujer, y cumpliendo los requisitos mencionados es impune. Diferente es si se realiza:

- *Sin consentimiento de la mujer y de forma intencionada* (art. 144 CP): prisión de cuatro a ocho años más inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, de 3 a 10 años.
- *Sin consentimiento de la mujer y por imprudencia grave* (art. 146 CP): tres a cinco meses de prisión o multa de seis a diez meses, y si es por una ne-

<sup>16</sup> Dicho comité clínico 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. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en la red sanitaria pública. Confirmado el diagnóstico, la mujer decidirá sobre la intervención (art. 16).

gligencia sanitaria, también con la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de uno a tres años. En estos casos la mujer nunca responde por este delito cuando el aborto se produce por una imprudencia suya.

- *Con consentimiento de la mujer pero fuera de los casos permitidos por la ley* (art. 145 CP): el tercero que provoque el aborto responderá con una pena de uno a tres años de prisión más la inhabilitación correspondiente para el ejercicio de la profesión de uno a seis años. La pena se incrementa si el aborto se realiza fuera de un centro público o privado acreditado. La mujer en estos supuestos tiene una pena atenuada —multa de seis a 24 meses—. Las penas serán aun mayores, tanto para el que ejecuta el aborto como para la embarazada, si el aborto se produce a partir de las 22 semanas de gestación.
- *Con consentimiento de la mujer, en los casos permitidos por la ley, pero sin cumplir los requisitos señalados*<sup>17</sup> (art. 145 bis CP): aquí el tercero responderá con multa de seis a doce meses e inhabilitación de seis meses a dos años. Pena que aumentará si el embarazo ha alcanzado ya las 22 semanas de gestación. La mujer no responde penalmente en estos casos.

#### 4. La protección penal de la integridad y la salud

##### A. *El delito de lesiones*

El delito de lesiones, por decirlo de alguna manera, es el delito «estrella» en el campo sanitario. El fundamento es evidente: dado que la actividad sanitaria siempre incide sobre la salud o integridad física del enfermo (ej., poner una inyección o un gotero, sacar una muestra de sangre, hacer una incisión para intervenir de cualquier dolencia, amputar un miembro gangrenado, extirpar un riñón, etc.), sólo el consentimiento exime de responsabilidad por ello (estas mismas actuaciones realizadas fuera de dicho contexto serían siempre delito o falta).

Por tanto, cuando falta la conformidad del paciente es clara la responsabilidad del sanitario por las lesiones provocadas. Porque cuando falta dicho consentimiento, se está incumpliendo la *lex artis*, y si a este hecho se le une la producción de un resultado negativo para su integridad física o salud, entonces es evidente la res-

<sup>17</sup> Los requisitos son: 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 periodo de espera de un mínimo de tres días entre que se recibe la información y se lleva a cabo la intervención; c) sin contar con los dictámenes médicos necesarios dependiendo de la causa médica; d) intervención realizada fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este último caso, el juez podrá imponer una pena aún mayor.

ponsabilidad del personal sanitario por las consiguientes lesiones imprudentes. Una imprudencia que se graduará, y si es leve como mucho responderá por la falta de lesiones del art. 621.3 CP —multa de 10 a 30 días—, pero si es grave generalmente<sup>18</sup> responderá por el delito de lesiones imprudentes del art. 152 CP. En este último caso, la penalidad dependerá del resultado lesivo específicamente ocasionado. De este modo, cabría diferenciar:

- *Lesiones que requieren para su curación, además de una primera asistencia facultativa, un posterior tratamiento médico-quirúrgico*: prisión de uno a tres años más inhabilitación para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años (art. 152.1.1.º y 3 CP).

El que la lesión objetivamente requiera un tratamiento médico-quirúrgico, además de la primera asistencia facultativa, es lo que diferencia el delito de lesiones (arts. 147 a 152 CP) de la falta de lesiones (arts. 617 y 621 CP), con las consecuencias penales que ello conlleva<sup>19</sup>. No se considera tratamiento médico la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión, sino toda actividad realizada por un profesional de la medicina encaminada a curar a una persona o evitar que se deteriore su salud. Por tratamiento quirúrgico, de su parte, se entiende toda actividad en la que interviene la cirugía; esto es, cuando para restablecer la salud no es bastante la administración de medicamentos, sino que es preciso intervenir sobre el sujeto con las manos (respiración asistida, boca a boca, masaje cardíaco, etc.) o con instrumento específico (una intervención quirúrgica). En definitiva, todo lo que exija una actividad curativa ulterior, o todo lo que ya desde el primer momento requiera un plan terapéutico a desarrollar en el tiempo, debe estimarse tratamiento y, por tanto, la lesión como delito.

- *Lesiones que, además de requerir dicho tratamiento médico quirúrgico, causan la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica*: prisión de uno a tres años más la inhabilitación anterior (art. 152.1.2.º y 3 CP).
- *Lesiones que, además de requerir dicho tratamiento médico-quirúrgico, causan la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad*: prisión de seis meses a dos años, más la inhabilitación anterior (art. 152.1.3.º y 3 CP).

<sup>18</sup> Porque también podría responder por la falta del art. 621.1 que dice: «Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

<sup>19</sup> Y que ya vimos al tratar el delito de homicidio.

En estos dos últimos supuestos, por tanto, hay que *diferenciar entre órgano o miembro principal* (art. 149 CP) y *órgano o miembro no principal* (art. 150 CP). A estos efectos, se considera órgano o miembro principal el que tiene una función esencial que no puede ser cubierta por ningún otro órgano o miembro de nuestro organismo, incluso si se tratase de órganos o miembros pares (ojos, oídos, riñones, pulmones, ovarios, testículos, etc.). En estos casos, los tribunales distinguen entre los que tienen una funcionalidad propia e independiente (pie, brazo, pierna, ojos, oídos o pulmones), y por tanto considera como principales; de aquellos que no las tienen (como testículos o riñones) y por tanto los considera no principales.

De igual modo, se debe *diferenciar entre deformidad grave* (art. 149 CP) y *no* (art. 150 CP). Para ello, hay que analizar su visibilidad, permanencia y el sentimiento de desagrado estético que produce en los demás (cicatrices, quemaduras, manchas en la pigmentación cutánea, pérdida de cabello o de masa corporal, cojera, etc.). Las características personales de la víctima (su profesión, edad, etc.) sólo se deben tener en cuenta a la hora de calcular la correspondiente responsabilidad civil (ej., una cicatriz en la cara se calificará siempre igual, como grave o no dependiendo de la longitud, zona, etc., y con independencia del trabajo de la víctima, de modo que si se trata de una modelo profesional tal hecho sólo se tendrá en cuenta para el cálculo de la correspondiente indemnización, en atención a los ingresos que dejó de percibir por la existencia de dicha cicatriz).

### B. *La salud del feto y el delito de lesiones fetales*

Al igual que ocurre con el bien jurídico vida, en que se diferencia la vida de la persona ya nacida —y se habla de delito de homicidio— de la vida del feto —y se habla de delito de aborto—, lo mismo sucede con el bien jurídico salud: si se trata de la salud e integridad física de una persona ya nacida, hablamos de delitos de lesiones (arts. 147 y ss. CP); pero si se trata de la salud e integridad física de un feto, hablamos del delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 CP).

Por tanto, la actividad sanitaria que, llevada a cabo con intencionalidad —aunque sea con el consentimiento de la embarazada—<sup>20</sup>, provoque una lesión o enfermedad al feto que perjudique gravemente su desarrollo, o una grave tara física o psíquica, conllevará responsabilidad penal por un delito de lesiones dolosas al feto previsto en el art. 157 CP —prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria de dos a ocho años—.

Si la conducta se lleva a cabo por imprudencia grave (ej. el caso del Cotorgan, medicamento antivomitivo prescrito a las embarazadas que en la década de los 70

<sup>20</sup> La cual respondería también por este delito.

provocó graves taras y malformaciones en los bebés) la pena será menor (art. 158 CP) —prisión de 3 a 5 meses o multa de seis a 10 meses, más la correspondiente inhabilitación de seis meses a dos años—. Obviamente, la embarazada que imprudentemente provoca tales lesiones no responderá penalmente por ello.

## 5. La protección penal de la libertad de decisión: el delito de coacciones y el tratamiento médico arbitrario

En aquellos supuestos en que la actividad sanitaria no produce un daño a la vida o la salud, y por tanto no podemos hablar de delito de homicidio o de lesiones, pero se llevó a cabo contra la voluntad del paciente, porque no se le informó oportunamente o porque se le informó incompletamente a la hora de pedirle su consentimiento, el bien jurídico lesionado aquí sería su libertad, la libertad de decidir, y por ello se enfrentaría al delito de coacciones previsto en el art. 172.1 CP.

Esto es, si la actividad sanitaria se hace conforme a la *lex artis*, y se consiguió la finalidad curativa, no cabe hablar de delito de homicidio o lesiones por mucho que faltara la información adecuada y, con ella, el consentimiento válido del afectado<sup>21</sup>. En estos supuestos, lo que se ve afectado es su libertad de decidir, no su vida, salud o integridad física (puesto que al final se curó). Porque la imprudencia y, con ello, la responsabilidad por homicidio o lesiones, existe o no en función del modo en que se realiza el acto sanitario, y eso en nada influye que el mismo estuviera o no consentido. Además, afirmar que se han producido lesiones cuando el enfermo se ha curado es un contrasentido.

Otra cuestión es que la intervención curativa se produzca de forma casual y accidental. Eso ocurrió, en el caso del médico cirujano e instrumentista ayudante de quirófano que realizaron una intervención sobre rodilla distinta a la que estaba dañada, a la que aprovechando la intervención le operaron el menisco. La Audiencia Provincial les absolvió por considerar que la intervención equivocadamente practicada constituyó un tratamiento médico curativo que no vulneraba la integridad física de la paciente. El TS, sin embargo, en Sentencia 308/2001, de 26 de febrero, mantiene la existencia de una negligencia al intervenir quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen ni diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego, tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro, por mucho que con posterioridad se le apreciaran deficiencias que podrían haber aconsejado también su operación, por lo que el tratamiento objetivamente curativo lo fue de manera absolutamente casual y accidental y sin consentimiento de la paciente.

<sup>21</sup> GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 121.

Ahora bien, como el delito de coacciones del art. 172 CP requiere la específica utilización de un acto de violencia sobre las personas<sup>22</sup>, raramente se podrá aplicar en el ámbito sanitario<sup>23</sup>. Y es que los supuestos más comunes en la actividad sanitaria son los de consentimiento ineficaz por información insuficiente, consentimiento incompleto, falta de consentimiento por olvido del facultativo, y consentimiento conseguido mediante engaño, supuestos todos ellos que no cumplen con la exigencia de violencia del delito de coacciones. No es de extrañar, por tanto, que en la práctica casi todas las condenas producidas por falta o deficiencia de información médica sean de carácter civil o administrativo<sup>24</sup>, siendo realmente escasas las condenas por estos supuestos en la jurisdicción penal. Condenas penales

<sup>22</sup> Art. 172.1 CP: «El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro *con violencia* hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados (...)».

<sup>23</sup> Es por ello que algunos autores hablan de la conveniencia de introducir un delito específico que contemple los atentados a la formación de libertad en el ámbito sanitario. Eso sí, huyendo del riesgo de criminalizar en exceso la práctica sanitaria, porque la medicina no se puede convertir en una profesión heroica que sólo unos cuantos se atrevan a ejercer. Pero tampoco se debe ir hacia una medicina defensiva en la que se priorice la seguridad del personal sanitario sobre la del paciente y, sobre todo, por encima del sentido humano que debe inspirar su modelo de relación. Sería por ello conveniente la incorporación de un delito de tratamiento médico arbitrario para evitar el defecto que de otra forma amenazaría con producirse, pues nuestro legislador sólo lo ha previsto para dos supuestos: la producción de un aborto sin el consentimiento de la mujer (art. 144 CP) y la reproducción asistida también sin consentimiento (art. 162 CP). *Vid.*, GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, *op. cit.*, pág. 129. Del mismo modo, para MORILLAS CUEVA, tampoco es totalmente descartable «la posibilidad de un tipo específico que aclare la ambigua situación actual, que delimite los contornos entre los atentados a la vida o la salud y a la libertad personal, que fije, con todas las cautelas sobre la experiencia doctrinal y comparada, los requisitos y excepciones del consentimiento y que sirva incluso de modulación garantista». Algo similar a lo que hace el CP Portugués en sus artículos 155 y 156, donde regula las intervenciones y tratamientos médico-quirúrgicos arbitrarios. *Vid.*, en MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, págs. 116 y 117.

<sup>24</sup> Entre otras, sírvanos como ejemplos: STS Sala de lo Civil (Recurso núm. 3558/1992) se establece que el médico está obligado a indemnizar el daño si no informó del riesgo y aun cuando su actuación hubiese sido correcta. Además en la sentencia se obliga al médico a probar que informó y, sobre todo, ante el incumplimiento de este deber impide alegar que se trataba de un riesgo imprevisible y, por tanto, inevitable. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Murcia, de 7 de junio de 2004, condenó por no informar en una operación de próstata. SAP Madrid, de 23 de junio de 2004, condena a una indemnización de 8.000 euros por dar una información incompleta. La Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Andalucía, en sentencia de 15 de julio de 2004, condena a indemnizar con 30.000 euros por mala información en una ligadura. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid, en sentencia de 13 de septiembre de 2005, condena a un médico por no informar de un riesgo frecuente en una operación de blefaroplastia.

que, cuando existen, generalmente se reducen a los casos de tratamientos contra la voluntad a miembros de determinadas confesiones religiosas en relación con las transfusiones de sangre (ej., Testigos de Jehová), a personas en huelga de hambre y, más recientemente, a los de detección del VIH<sup>25</sup>.

### III. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN SITUACIONES DE EXTREMA URGENCIA: EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA COMISIÓN POR OMISIÓN

#### 1. El consentimiento presunto

En determinados supuestos, muy comunes de otra parte, el sanitario se encuentra en situaciones límites en las que es imposible esperar a recabar el consentimiento del paciente o de sus familiares o representantes legales. Situaciones en que la espera puede implicar un peligro para la vida de ese paciente, o porque simplemente desconoce su identidad y debe actuar de forma urgente (ej., accidentado de tráfico que llega inconsciente y para salvarle la vida es necesario realizar una intervención quirúrgica urgente, o paciente al que en plena intervención se descubre la necesidad de realizarle una operación diferente a aquella para la que consintió, pero que se encuentra bajo los efectos de la anestesia e inconsciente y los familiares están ilocalizables)<sup>26</sup>.

Son supuestos, en definitiva, en los que se presume un consentimiento que justifica la actividad médica llevada a cabo sin el previo consentimiento. Ahora bien, por tratarse precisamente de presunciones, de la necesidad de realizar un juicio hipotético del paciente para presuponer si habría o no consentido a la intervención, es por lo que en nuestro Código penal se acude a otra figura mucho más concreta y perfectamente definida legalmente: *el estado de necesidad*<sup>27</sup>, basado en la ponderación estricta y objetiva de los intereses puestos en conflicto.

#### 2. El estado de necesidad en la actividad sanitaria. Requisitos

El estado de necesidad se regula en el art. 20.5.º, que dice literalmente:

Art. 20: «Está exento de responsabilidad criminal:

(...) 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:

<sup>25</sup> ASÚA BATARRITA, A., «Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal», en *JUNO*, vol. XL-XLVIII, núm. 1114, marzo de 1995, págs. 52 y 53.

<sup>26</sup> MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, pág. 117.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 119.

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 la obligación de sacrificarse».

Nos encontramos ante una figura que, traída al ámbito sanitario, justifica la intervención sanitaria sin el previo consentimiento del paciente, por tratarse de una situación extrema denominada «situación de necesidad». Esto es, el sanitario se encuentra ante una auténtica encrucijada: si espera a recabar el consentimiento del paciente, o de sus familiares, corre un grave peligro la vida del paciente o de terceras personas, y si interviene estaría actuando contra su libertad de elección, por actuar sin su previo consentimiento. Se trata, en definitiva, de un conflicto o colisión de bienes jurídicos, en que la salvación de uno supone el sacrificio de otro: la vida del paciente o de terceros, por un lado, y su libertad para decidir si quiere o no ser intervenido o tratado, por otro. En cualquier caso, la situación de riesgo viene dada por la urgencia en el actuar. Su apreciación no dependerá de la mayor o menor gravedad del riesgo, sino de que no admita demora.

Según el art. 9.2.a) y b) de la *Ley 41/2002, 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación clínica*:

«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos: a) *Cuando exista 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 LO 3/1986, se comunicará 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*».

Sea como fuere, para que la intervención sanitaria en estos casos quede justificada, y por tanto exenta de cualquier responsabilidad penal, es necesario que se den tres requisitos:

#### A. *Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar*

El sanitario necesariamente debe comparar el mal causado y el mal evitado. Y para ello, no basta con comparar los bienes jurídicos en conflicto (ej., vida y libertad), sino que se deben ponderar todos los intereses en juego; esto es, se trata de

una valoración integral del hecho, que comparativamente debe ser menor que el hecho evitado <sup>28</sup>.

En este sentido, y por ejemplo, un médico no podrá alegar estado de necesidad si, para salvar la vida de un joven paciente, extirpa un riñón a otro que carece de posibilidades de salvarse, pero lo hace sin su consentimiento. Si aquí nos contentáramos con comparar el bien jurídico lesionado (salud) y el bien jurídico salvado (vida), nos habríamos dejado en el tintero el fondo valorativo de la cuestión que es éste: el mal evitado no puede eludirse empleando medios tan lesivos como el utilizado por ese médico; a los ojos del Derecho, su acción ha causado un mal mayor que el evitado, porque no sólo lesiona la salud, sino incluso la dignidad que como persona merece el paciente moribundo.

**B. *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto***

El que intenta alegar estado de necesidad, no puede colocarse de forma intencional en dicha situación para luego justificar su conducta. En el ámbito sanitario los problemas pueden originarse en torno al derecho/deber de información, ¿hasta qué punto puede el médico ampararse en el estado de necesidad cuando el riesgo es probable o previsible?

Si el sanitario sabe que probablemente por el padecimiento del sujeto y, previsiblemente, dadas sus concretas circunstancias, puede aparecer dicha situación de urgencia, y asume el tener que actuar sin la voluntad del paciente, realmente está prescindiendo de su consentimiento. Por tanto, si provoca unas lesiones responderá por las mismas, si bien con la pena atenuada por la presencia de la situación de necesidad (pero no estará exento completamente de pena, porque faltaría este requisito).

**C. *Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse***

En cuanto a la posibilidad de que el sanitario se amparase en el estado de necesidad para salvar su propia salud o vida, debemos recordar que el sanitario viene obligado, por el ejercicio de su profesión, a correr determinados riesgos (ej., el contagio). Tanto en la sanidad pública como en la privada, el sanitario acepta el riesgo que para sus propios intereses pueda suponer el ejercicio de su profesión; luego la

<sup>28</sup> Esto es, habrá que tener en cuenta el conjunto de circunstancias: el valor de los bienes, entidad de los daños materiales e ideales producidos, o esperables, proximidad y gravedad del peligro, importancia funcional de los bienes afectados, grado de idoneidad de la acción salvadora, insustituibilidad del daño producido y, por último, si el peligro proviene o no de la parte sobre la que recaiga la lesión.

falta de asistencia, por ejemplo, a pacientes infecciosos, no podrá ser amparada por la eximente de estado de necesidad, ya que existe el deber jurídico de correr el riesgo, exponiéndose al contagio.

Ahora bien, ese deber de sacrificio no puede ser absoluto, y desde luego cesará cuando el riesgo para la propia vida o salud del sanitario supere el ámbito del sacrificio inherente a su profesión; esto es, no debe confundirse con la obligación absoluta de sacrificarse hasta el extremo de perder la vida. En cualquier caso, no se trata de un requisito de carácter esencial, lo que significa que no concurrir, si bien no se eximiría completamente de pena, ésta sí disminuiría de forma importante.

### 3. La responsabilidad del sanitario por no evitar el resultado. La comisión por omisión

La responsabilidad del sanitario también se puede dar por «no hacer», esto es, por no evitar un resultado que estaba en obligación de evitar y podía haber evitado. En estos casos, el sanitario respondería por las lesiones o la muerte consiguiente, en comisión por omisión; esto es, con la misma pena que si lo hubiera hecho directamente.

Ej., Cirujano que practica una incisión en el vientre de su paciente para llevar a cabo una operación quirúrgica y luego omite practicar las suturas precisas para llevar a buen término la operación, con la consecutiva hemorragia y muerte del paciente. En este supuesto, el cirujano respondería por dicha muerte en comisión por omisión.

#### A. La posición de garante del sanitario

Ahora bien, para responder en comisión por omisión, es necesario demostrar que el sanitario ocupa una *posición de garante* respecto del paciente (art. 11 CP)<sup>29</sup>. Y los supuestos que nos podemos encontrar son:

- La posición de garante existe siempre que el sanitario se compromete expresamente a tratar al paciente.

<sup>29</sup> Art. 11 CP: «Los delitos o faltas 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 equiparará 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».

- Cuando el sanitario realiza un previo acto de injerencia, con lo que pone en peligro al paciente, situación que lo convierte en su garante (ej., médico de urgencia que abandona al enfermo tras comenzar a realizar los primeros auxilios, etc.)<sup>30</sup>.

**B. *Límites a la posición de garante: la intervención sanitaria en huelgas de hambre y negativas a la transfusión de sangre de Testigos de Jehová***

Hay supuestos en los que la posición de garante no desaparece pese a la negativa del paciente. Es lo que sucede en situaciones especiales como las huelgas de hambre o la negativa a transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová. Cuando la decisión del paciente en estos casos se traduce en una situación de riesgo inminente de pérdida de su vida, el sanitario estará obligado a actuar, de tal forma que si no lo hace podría responder por homicidio en comisión por omisión —con idéntica pena que si lo hubiera matado con sus propias manos—. Fuera de estos casos, allí donde el paciente pueda, y quiera, evitar cualquier tipo de prestación sanitaria, debe anular totalmente los vínculos que en su día fundamentaron esa relación de «garantía» del sanitario para con su vida o salud, decayendo con ello cualquier responsabilidad por la no actuación de éste.

En todo caso, y como ya adelantamos en su momento, el compromiso del sanitario no sólo se refiere a curar o sanar la dolencia que se le ha confiado, sino también a paliar los sufrimientos del paciente derivados de la misma. De ahí que su responsabilidad puede surgir, no sólo en los casos en que omita una terapia curativa, sino también en aquellos otros en los que no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento.

<sup>30</sup> En estos casos, los supuestos más discutidos son los del *médico de guardia* y *médico rural* ¿su condición les convierte con carácter general en garantes de los pacientes que demanden su auxilio? En principio, tienen un deber legal de actuar basado en el estado de necesidad (médico de urgencia) o de carencia de otros profesionales alternativos (médico rural). De este modo, la situación de riesgo que origina el médico cuando se niega a atender al paciente, es consustancial a las situaciones de monopolio y urgencia en la prestación médica, dado que asumieron legalmente tal deber. Por el contrario, se trataría de una simple omisión del deber de socorro, por ejemplo, cuando el médico de forma particular decide poner su consulta en un paraje perdido de la sierra.