

«RESPONSABILIDAD PENAL POR DAÑOS PRODUCIDOS POR OMISIÓN O DEFICIENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN TRATAMIENTOS MÉDICOS- QUIRÚRGICOS»

Autora: Johanna E. Merizalde Veliz

Abogada

Especialista en Derecho Constitucional

Actualmente estudiante del Máster de Derecho Penal, en la USAL

johannamerizaldeveliz@hotmail.com

Trabajo Fin de Máster Oficial en Derecho Sanitario 2016

Para su exposición en el XXII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.

Resumen:

El consentimiento informado, es una institución jurídica que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona, según lo señala la Ley 41/2002. El Tribunal Constitucional de España, lo ha definido como un «derecho humano fundamental¹» y a la vez una exigencia ética y legal para el médico. A ello debe agregarse que es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*, por consiguiente, una exigencia para llevar a efecto toda actividad médica-quirúrgica. Entonces podemos entender que la información es un derecho para el paciente y un deber para el médico e instituciones sanitarias. Cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad penal, cuando producto de la omisión o deficiencia informativa resulte un desenlace lesivo para el paciente. Es decir, la ausencia de información coloca al paciente en situación de riesgo, impidiéndole tomar medidas preventivas sobre su salud, violando además su derecho a la autodeterminación, derecho a la integridad física y dignidad humana.

Palabras clave:

Consentimiento, información, autonomía, dignidad de la persona, responsabilidad del médico, información clínica, información terapéutica, imprudencia profesional, Infracción del deber objetivo de cuidado, posición de garante, resultado típico, tratamiento médico arbitrario.

¹ Sancho Gargallo Ignacio. "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado ", SSTS, 1ª, 12 enero 2001, RJ 2001/3; 11 mayo 2001, RJ 2001/6197.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....

Metodología.....	
Objetivos.....	
Abreviatura.....	
Justificación del tema elegido.....	

CAPITULO I: ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes históricos del CI.....	1
1.2 Etapas de la evolución y desarrollo del CI.....	6
1.3 Factores que intervienen en el ejercicio del derecho a la información sanitaria.....	7
1.3.1 Información clínica.....	7
1.3.2 Información terapéutica.....	7
1.3.3 Factores Subjetivos.....	8
1.3.4 Factores Objetivos.....	8
1.4 Titularidad de la Información sanitaria.....	9
1.5 Objeto de la información.....	10
1.6 Responsable de la información.....	12
1.7 El deber de información.....	12
1.8 Autonomía de la voluntad.....	14
1.9 El respeto de la autonomía del paciente.....	15
1.10 Presupuestos esenciales del consentimiento informado.....	17
1.11 Elementos del consentimiento informado.....	20
1.12 Límites del CI.....	21
1.13 El CI en la medicina defensiva, curativa y voluntaria.....	22
1.13.1 Medicina defensiva.....	23
1.13.2 Medicina curativa.....	23
1.13.3 Medicina voluntaria.....	23

CAPITULO II.- FUNDAMENTO NORMATIVO DEL CI, EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL Y DE LA LEGISLACION ORDINARIA.

2.1 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina.....	24
2.2 En la la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.....	25
2.3 Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (1984).....	25
2.4 Constitución Española.....	26
2.5 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.....	27
2.6 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.....	28

CAPITULO III.- EL CI Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.1 El consentimiento informado como presupuesto de la actividad médica.....	33
3.2 Lex artis y los deberes médicos.....	34
3.2.1 deberes del médico.....	36
3.3 Concepto del tratamiento médico-quirúrgico.....	37
3.4 Fases del tratamiento médico-quirúrgico.....	38
3.5 Los bienes jurídicos vida, integridad corporal y protección a la salud del paciente.....	39
3.6 El deber objetivo de cuidado.....	42
3.6.1 Límites al deber de cuidado.....	45
3.6.2 Capacidades y conocimientos especiales del personal	

sanitario.....	47
3.6.3 Deber de cuidado y su relación con el riesgo permitido.....	49
3.6.4 Producción y causación del resultado típico.....	50
3.7 Posición de garante.....	51
3.8 Imprudencia médica.....	52
3.8.1 Requisitos jurisprudenciales para la valoración de un comportamiento imprudente.....	54
3.8.2 El error o fallo en el tratamiento médico.....	55
3.8.3 Imprudencia grave o leve.....	57
3.9 Responsabilidad penal por daños producidos por omisión o deficiencia del CI en tratamientos médicos quirúrgicos	59
3.9.1 Responsabilidad penal por vicios en el Consentimiento del paciente	60
3.10 El tratamiento médico arbitrario.....	62
<u>CAPITULO IV.-</u> CONSIDERACIONES FINALES, CONCLUSIONES	67
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	68

A Ramiro, mi amigo, esposo, compañero de vida y de sueños, perdón por tantas ausencias, sin tu apoyo nada sería posible, este logro es tuyo. A lo largo de este camino, la nostalgia de no verte por ratos me invadía, pero la esperanza de un mejor futuro, fue el motor durante estos doce meses de no verte.

A mi suegra, doña Maru, por su cariño y apoyo incondicional.

A mis padres, Edgar, Nancy, y hermana Carolina, por la constante motivación, y amor que me brindan.

A mi abuelito Raúl, por todo el amor, apoyo e inspiración a cada instante.

Ustedes logran cada segundo, hacer latir mi corazón, y que todo tenga sentido en la vida.

AGRADECIMIENTO

Mi imperecedero agradecimiento a la Universidad CEU SAN PABLO, de Madrid, por abrirle las puertas, y permitirme continuar con mi formación académica. También es justo agradecer a Don Ricardo De Lorenzo, Director del Máster, y Don Pedro Casado, Coordinador del Máster, gracias por su constante preocupación y apoyo; y a mi profesor y Tutor de TFM, Dr. Juan Siso Martin, agradezco infinitamente su motivación, confianza, y enseñanza, sin su contribución no hubiera sido posible realizar el presente trabajo, gracias por creer en mí.

INTRODUCCIÓN

El consentimiento informado es un derecho fundamental del paciente, que la legislación y jurisprudencia española, ha reconocido, obligando a los médicos a brindar la información clínica para que el paciente pueda acceder de forma libre, voluntaria y consiente a expresar su aceptación o negación al tratamiento o procedimiento quirúrgico que le ha sido propuesto por el facultativo que le asiste, con ello se permite además ejercer su derecho a la autonomía una vez que ha sido correctamente informado sobre los medios, finalidad, el diagnóstico, pronóstico y de los riesgos. La omisión o deficiencia de la información podría acarrear vicios y posterior nulidad del consentimiento otorgado por el paciente, además de la responsabilidad legal del médico.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2001, sala 1ª, lo define de la siguiente manera: “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”.

En cualquier tratamiento o procedimiento quirúrgico el facultativo deberá contar con el consentimiento previo del paciente y excepcionalmente sólo en los casos previstos por la ley un consentimiento por representación. El contenido de la información para que el paciente se decida por un determinado procedimiento no puede depender de formularios estándar, sino que debe adaptarse a cada situación en concreto atendiendo las circunstancias y necesidades específicas del paciente y de la patología que se pretenda tratar, pues los riesgos, consecuencias y más difieren mucho según el tipo de enfermedad. La información que debe ser suministrada al paciente tiene que ver con la información clínica y la información terapéutica, recordemos entonces que:

La información clínica, es aquella que tiene que ver con el diagnóstico, pronóstico, alternativas de tratamiento, riesgos de la enfermedad y efectos secundarios, es decir se trata de la información que actúa como presupuesto del consentimiento, permitiendo al paciente de manera libre y voluntaria decidir la opción de tratamiento que considere necesario. Por lo tanto, la ausencia o deficiencia de la información clínica afecta el consentimiento.

Información terapéutica, en cambio, no es más que el conjunto de recomendaciones que debe ser comunicada obligatoriamente al paciente para que adopte las medidas pertinentes con la finalidad de tener la eficacia en el tratamiento; por lo tanto, la omisión o deficiencia de esta información podría traer resultados lesivos para la vida o la salud del paciente; además forma parte del conjunto de presupuestos que conforman la «lex artis».

La validez del consentimiento se extenderá hasta donde haya llegado la información, de tal manera que el médico deberá informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar.

El presente trabajo ha tenido como objetivo analizar y ofrecer desde el ámbito de lo penal, una propuesta respecto a la necesidad de incorporar en el Código Penal el tipo

“Tratamientos médicos arbitrario”, con el fin de proteger el derecho fundamental que le asiste al paciente, esto es el derecho a la libertad y autodeterminación, pues el paciente es el único que puede decidir si acepta o rechaza una actividad médica, salvo las excepciones del caso, como el estado de necesidad. Además de hablar sobre la imprudencia penal sanitaria. Estamos consiente que nuestra propuesta, al igual que anteriormente ya ha sido planteada por autores como GOMEZ RIVERO, y JORGE BARREIRO, pero hay quienes creen que el incorporar este tipo penal, significaría criminalizar la actividad médica, generar incertidumbre en los médicos, y esto solo haría aumentar la medicina defensiva que es únicamente es realizada pensado en proteger al médico y no en el paciente, la misma que es contraria a la ética profesional del sanitario.

La investigación consta de cuatro capítulos; el primer capítulo realice un repaso de los antecedentes históricos que tiene el Consentimiento Informado; además se trata de abordar el consentimiento como presupuesto de la actividad médica, y de la licitud jurídico-penal de la misma; el segundo capítulo, aborda el Consentimiento Informado desde el campo Constitucional y normativo; el tercer capítulo, trata de la responsabilidad penal del médico, partiendo de los aspectos que involucran la imprudencia sanitaria, deber objetivo de cuidado, posición de garante, el error o fallo médico, y tratamiento médico arbitrario; se analizara también la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España; y el cuarto capítulo, está dedicado a las conclusiones y recomendaciones.

En lo referente a la metodología, la modalidad investigativa es cualitativa, porque abarca investigación, lectura, estudio y reflexión de referentes teóricos, doctrinales, y jurisprudenciales, además de lo precisado en las normas jurídicas aplicables al problema de investigación. Por lo demás, se hace necesario aplicar una categoría de tipo interactiva, con revisión histórico conceptual, debido a que se vincula el criterio doctrinal, normativo, jurisprudencial y personal, lo que nos lleva a relacionarlo con el problema planteado en la investigación y proponer las alternativas de solución. En cuanto al diseño, será de tipo descriptivo, y normativo analítico, ya que implica el análisis de las normas jurídicas que están vinculadas directamente con el tema central de nuestra investigación, esto nos llevará a determinar si aquel cuerpo legal vigente es acorde a la realidad y planteamiento del problema de investigación, y si es necesario realizar reformas a fin a dar una solución.

OBJETIVOS

Objetivos generales:

- Conocer la evolución y desarrollo del Consentimiento informado.
- Revisar y analizar la jurisprudencia existente sobre el Consentimiento informado.
- Analizar e identificar los factores que intervienen en el derecho a la información sanitaria, los elementos y límites del Consentimiento Informado.

Objetivos específicos:

- Examinar el Consentimiento Informado desde el punto de vista Constitucional y normativo.
- Estudiar la importancia que tiene la autonomía del paciente.
- Proponer la incorporación del tipo “Tratamiento médico arbitrario”, en el Código Penal.

Abrevetura:

CE: Constitución española

CDFUE: Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea

CP: Código Penal

LGS: Ley General de Sanidad

CDM: Código Deontológico Médico

CI: Consentimiento informado

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

AP: Audiencia Pública

RD: REAL DECRETO

Arts. Artículo(s)

JUSTIFICACIÓN

En los últimos años el mundo de la medicina ha tomado un repunte extraordinario, gracias a los avances científicos, lo que además originó un cambio en la relación médico-paciente, esto a su vez ha traído que las expectativas de los pacientes sobre los diversos tratamientos médicos–quirúrgicos sean mucho más exigentes, no en vano ha existido un incremento en las denuncias y demandas contra los médicos, lo que ha ocasionado que sea necesario la intervención judicial, de manera especial el Derecho penal, con el fin de proteger bienes jurídicos de suma importancia tales como: el derecho a la vida, integridad física y derecho a la protección de la salud, ante posibles casos de imprudencia sanitaria o mala praxis.

Lo expuesto sin duda nos da una idea que existe una confrontación entre el campo científico y jurídico. Al referirnos a la confrontación entre lo científico, queremos decir, dado que el campo de la medicina no es una ciencia exacta, esta tiende a aceptar ciertos márgenes de error, un ejemplo el error en el diagnóstico, pero aunque suene contradictorio, la actividad médica es muy propensa a dar lugar a la responsabilidad penal; mientras que en lo jurídico nos referimos a los problemas que encontramos al no estar tipificado en ninguna norma legal las conductas que podrían considerarse como imprudentes dentro de la actividad médica-quirúrgica, por ello le toca al juez el duro trabajo de analizar minuciosamente cada caso concreto y establecer jurisprudencialmente cuando una conducta podría ser por imprudencia penal.

Actualmente en el código penal, el legislador solo reconoce y sanciona los delitos de omisión del consentimiento informado del paciente, en casos de aborto, inseminación artificial, y experimentación científica. En los demás casos solo cuando una actividad médica-quirúrgica sin consentimiento del paciente, haya producido un resultado dañoso, se lo deriva al delito de lesiones y homicidio imprudente, delitos contra la libertad o el delito de coacciones. No obstante respecto a estos dos últimos delitos, creemos que pocas veces podría cumplirse con los requisitos que se establecen en ambos tipos penales, cuyo requisito principal es la violencia, o intimidación, al menos en el ámbito médico.

No obstante, en la realidad vemos que la problemática jurídico-penal de la actividad médico-quirúrgica curativa se resuelve en los delitos de lesiones o de homicidio imprudentes, precisamente por la falta de un tipo penal específico, como “tratamientos médicos arbitrarios”, cuya finalidad es proteger al paciente su derecho a la autodeterminación en los tratamientos médicos –quirúrgicos, aun con fines curativos, es decir respetando el consentimiento informado. Por ello consideramos que el realizar cualquier actividad médica sin haber obtenido previamente el consentimiento informado del paciente, constituye una violación a su libertad y autodeterminación, lo que significa privarle de escoger el tipo de tratamiento de acuerdo a los opciones que el médico le da, según el estado actual de la ciencia, y de los medios con los que se cuenta, pero también el estar debidamente informado y le permita rechazar o aceptar un procedimiento médico.

Estamos claros que precisamente pensando en el principio de mínima intervención no toda omisión o deficiencia en el consentimiento informado deberá aplicarse una responsabilidad penal al profesional sanitario, como consecuencia de la falta o deficiencia de la información, y por lo consiguiente aplicación de una pena privativa de

libertad o inhabilitación al ejercicio profesional. Más aun cuando pese a haberse realizado una intervención médico- quirúrgica, sin el consentimiento del paciente, y esta fue conforme a las reglas de la *ex artis*, no habiendo resultado lesivo, por el contrario la salud del paciente se vea beneficiada, no cabe responsabilidad penal del médico, pues el desvalor de acción del tipo penal de lesiones, no se cumple.

Precisamente porque no pretendemos que se expanda el derecho penal, ni criminalizar la actividad médica, ni mucho menos buscamos que se propague la medicina defensiva, que busca proteger la seguridad del médico, por encima de la del paciente. Por todos los motivos antes expuestos es necesario que el Código Penal, reconozca y tipifique los tratamientos médicos que se realizan sin consentimiento informado, como garantía a la libertad del paciente, libertad de decidir y exprese si consiente o no una actividad médica, aunque la finalidad de la intervención haya sido con fines curativos; con mayor razón si de estos se desprende un resultado lesivo, de tal forma que justifique la intervención del Derecho penal, amparado precisamente en el derecho constitucional de la libertad, intimidad personal, dignidad de la persona, y autodeterminación del paciente, no debiendo existir temor en criminalizar los excesos de la práctica médica. El delito que podría incluirse sería “tratamiento médico arbitrario”, como ocurre en el Código Penal Austriaco y el Código Penal portugués

CAPITULO I: ANTECEDENTES

1.1 Antecedentes históricos del CI

El tema del deber de información del médico, no es nuevo como podría pensarse, pues el mismo se comenzó a hablar a finales del siglo XIX por parte de la doctrina alemana, alcanzando esta problemática un notorio desarrollo en la jurisprudencia de este país, así como en Francia y en los Estados Unidos de América.

En Grecia, había el concepto paternalista en la relación médico-paciente basada esencialmente donde el médico decidía la actitud terapéutica que consideraba adecuada a cada paciente, pero sin contar con la opinión del propio paciente. Esta relación era de tipo vertical, de forma que el médico desempeñaba el papel de tutor y el enfermo, era considerado débil, tanto física y moral; de ahí que histórica y tradicionalmente se haya prescindido de su consentimiento.

La relación entre el profesional médico y el paciente, es ahora de forma horizontal, en el que se respeta la autonomía del paciente. Se parte de que los pacientes tienen derechos, además se les reconoce la capacidad para tomar decisiones; solo sobre esta base se podrá construir una relación médico paciente, en la que primen los valores de la información y el consentimiento del propio paciente. Recordemos que el principio del respeto de la persona (principio Kantiano) pertenece a una concepción moral en la que se dice que la dignidad del ser humano reside en su autonomía moral, y, por tanto, en su libertad (principio de autonomía).

Por otro lado, la primera sentencia acerca del consentimiento informado tuvo lugar en las Islas Británicas en 1767, con ocasión del caso Slater ver-sus Baker & Stapleton, «se sostuvo la responsabilidad de dos médicos al haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del enfermo. El tribunal consideró que era inapropiado desunir el callo óseo sin conformidad y que constituía ignorancia y falta de diligencia contrariar la regla de la profesión, realizando lo que ningún cirujano hubiera debido hacer. Se consideró que la necesidad ética y jurídica del consentimiento era perentoria ya que el paciente debía colaborar en el acto quirúrgico que, por entonces, se realizaba sin el uso de anestesia. Por último, la Corte observó acerca del juego de comunicaciones en la relación del médico y su paciente y aceptó que era ciertamente razonable que se comunicara al paciente sobre el procedimiento a ser sometido para que pudiera tomar coraje y se preparara para sobrellevar la intervención²».

En la justicia estadounidense, se elaboró extensa jurisprudencia, una de las primeras resoluciones data del año 1906, en la que el Tribunal Supremo de Illinois, en el caso Pratt versus Davis³, limitó la aceptación del consentimiento implícito a los supuestos de urgencia vital y a aquellos en que el paciente, en uso de sus facultades intelectivas y volitivas, libre y conscientemente, deje en manos del facultativo la toma de decisiones médicas que pudieran afectarle.

Mientras que en 1914, el Tribunal de Nueva York dicta la que se considera una de las resoluciones más emblemáticas, en el caso Schloendorff versus Society of New York Hospital, al examinar un interesante supuesto, consistente en la extirpación de un

² “El consentimiento informado”, Revista medicina respiratoria / Año 2 - Número I/ Octubre 2002, pág.1

³ Palomares Bayo Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial “Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 14

tumor fibroide del abdomen de un paciente durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica (se trataba de una laparotomía exploradora) y en la que el paciente, de forma específica, había dejado expresado que no quería ser operado; en el fallo, el juez Benjamín Cardozo consideró que “todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”.

En esa etapa, es necesario recordar que uno de los primeros textos que imponía a los médicos la necesidad de obtener el consentimiento previo para los actos de experimentación científica, fue el promulgado en Alemania en 1931, bajo el título “Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre⁴”, en cuyo artículo 12 se prohibía la experimentación en los casos en los que no se había obtenido el consentimiento, excluyendo de la experimentación a los menores de 18 años y a los moribundos. En la década de los setenta se estudió esta cuestión en Alemania, encontrándose que dos terceras partes de los procedimientos por responsabilidad médica contemplaban supuestos de ausencia o insuficiencia de información, cosa parecía sucedió en la jurisprudencia francesa y norteamericana.

Durante la 1ª y 2ª Guerra y en especial después de los horrores cometidos en los campos de concentración nazis, realizando todo tipo de experimentos con seres humanos sin el menor consentimiento de éstos, se elabora el Código de Nuremberg de 1948 para enjuiciamiento de los médicos nazis.

En ese mismo año (1948) la ONU proclama la declaración universal de los derechos humanos, entre los que figura el derecho a la salud.

Posteriormente en 1964 se promulgó en la Asamblea Médica Mundial la Declaración de Helsinki que orienta a los médicos en experimentos con seres humanos y resalta la importancia del consentimiento voluntario dentro de los protocolos de estudio.

En el desarrollo⁵ de la teoría del Consentimiento informado que se dio en la jurisprudencia de Estados Unidos, la Sentencia del caso Canterbury y Spence, de 1972, introduce lo que se ha llamado “criterio de la persona razonable”, acerca del grado de información que hay que dar al paciente. En ese mismo año, un nuevo escándalo en torno a la investigación con seres humanos se produce, cuando la portada del New York Times informa al mundo entero del Estudio de Sífilis de Tuskegee, una localidad del Estado de Alabama en Estados Unidos en la que se inició en 1932 un estudio sobre la “historia natural” de la sífilis no tratada. Por historia natural se entiende la evolución de la enfermedad sin tratamiento alguno. Los 400 “voluntarios”, varones de raza negra, nunca fueron informados de los objetivos del estudio ni de los riesgos que corrían. Recibieron a cambio de su participación, transporte, almuerzos y funeral gratis. Aunque la penicilina estuvo disponible en 1946, nunca fueron tratados.

La tremenda polémica generada por el conocimiento de este estudio y de otros similares, como el de Willowbrook (donde se infectaba artificialmente a niños deficientes para investigar la hepatitis), llevó a la administración americana a la convicción de que era urgente revisar toda la normativa sobre investigación en seres humanos.

⁴ Palomares Bayo Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial” Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 13

⁵ Zabala Blanco Jaime, “Autonomía e instrucciones previas. Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español” Universidad de Cantabria, Departamento de Fisiología y Farmacología 2007, pág. 26

Mientras que en 1973, se crea la primera Carta de Derechos de los Pacientes promulgada por la Asociación Médica Norteamericana, y que vienen a ser especificaciones del derecho general de información y del consentimiento.

En 1976⁶, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la 27^o Sesión Ordinaria, aprueba un documento con el título "Derechos de enfermos y moribundos: Recomendaciones relativas a los Derechos de enfermos y moribundos". Elaborado por la Comisión de Salud y Asuntos Sociales, invita a los gobiernos de los entonces 18 Estados miembro a tomar medidas para que los pacientes obtengan:

- Alivio del sufrimiento
- La información que demanden relativa a su enfermedad y al tratamiento previsto.
- Preparación psicológica para la muerte
- Creación de Comisiones Nacionales encargadas de elaborar reglas éticas para el tratamiento de enfermos y moribundos
- Creación de Comisiones encargadas de examinar las denuncias presentadas contra personal médico

Pero en todo este desarrollo histórico, es necesario mencionar, el método principialista, como principal corriente bioética, toma como referencia una serie de principios fundamentales como el de justicia, no maleficiencia, beneficencia y autonomía. Surge de la propuesta de Tom L. Beauchamp, investigador y filósofo en el Kennedy Institute of Ethics y colaborador de la confección del Informe Belmont (1978) y James F. Childress docente de teología en la University of Virginia, contenida en el famoso libro Principles of biomedical ethics. Debe indicarse que en el Informe Belmont (1978)⁷ se produjo la formulación de los clásicos principios bioéticos, recordemos que según este informe, eran tres principios fundamentales de actuación el «respeto por las personas», «beneficencia» y «justicia».

Cuadro resumen del marco de análisis que propone el Informe Belmont para la investigación en seres humanos⁸

PRINCIPIO	CONTENIDO	PROCEDIMIENTO OPERATIVO
Respeto por las personas	<p>a) Debes considerar que todos los individuos son entes autónomos mientras no se demuestre lo contrario.</p> <p>b) Debes respetar los criterios, juicios determinaciones y decisiones de los individuos autónomos, mientras no perjudiquen a otros.</p>	<p>Consentimiento Informado</p> <p>a) Información</p> <p>b) Comprensión</p> <p>c) Voluntariedad</p>

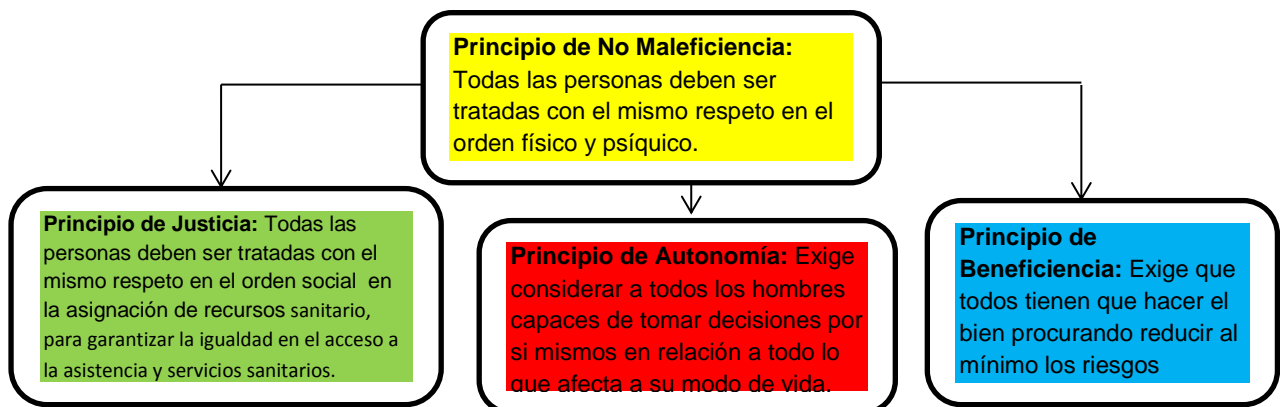
⁶ Zabala Blanco Jaime, "Autonomía e instrucciones previas. Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español" Universidad de Cantabria, Departamento de Fisiología y Farmacología 2007, pág. 31

⁷ Palomares Bayo Magdalena, y otros, "El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial" Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 4

⁸ Zabala Blanco Jaime, "Autonomía e instrucciones previas. Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español" Universidad de Cantabria, Departamento de Fisiología y Farmacología 2007, pág. 30

	c) Debes proteger del daño a los individuos no autónomos, lo cual puede exigir hacer caso omiso de sus criterios, determinaciones y decisiones.	
Beneficencia	a) No debes hacer daño. b) Debes extremar los posibles beneficios. c) Debes minimizar los posibles riesgos.	Evaluación de la relación riesgo/beneficio
Justicia	a) Debes proporcionar a las personas aquellos beneficios y ventajas que les correspondan. b) No debes imponer a las personas aquellas cargas que no les correspondan	Selección de sujetos

Pero fueron Beauchamp y Childress quienes, en 1979, con el libro “Principles of Bionedical Ethics ” llevaron el enfoque principialista ha dicho ámbito de la medicina, marcando un hito en el desarrollo de la bioética, donde se produjo la formulación de los clásicos principios bioéticos, quedando de la siguiente manera.



Estos principios en ocasiones pueden entrar en contradicción, por lo que Diego Gracia, propone en su conocido texto de Fundamentos de Bioética, la siguiente propuesta. El separa los principios en dos niveles: el nivel 1, se encuentran los principios de no maleficencia y justicia, y el nivel 2, por los de autonomía y beneficencia. El nivel 1 tendría prioridad sobre el nivel 2, debido a que se trata de principios de nivel general, que además vendrían exigidos por el Derecho, mientras que los principios del nivel 2 se mueven más en el ámbito de lo personal y privado y no podrían exigirse jurídicamente. Está claro que en caso de conflicto entre principios, deberá realizarse una ponderación atendiendo a cada caso concreto en atención a las consecuencias e implicaciones que pueden conllevar con el paciente.

De lo expuesto, debemos considerar que la relación entre el médico y el paciente debe entenderse hoy día como una relación de igualdad y no como una relación de superioridad del médico, como antes se creía; debemos recordar que el paciente tiene

derechos que se deben respetar de modo primordial, entre estos el principio de autonomía.

En España, la Constitución de 1978 declara los derechos a la vida y a la salud como derechos fundamentales.

Después, como un hecho importante en el tema del de la legislación sanitaria, en 1986, se publica la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en sus artículos 9, 10 y 11, establece los derechos y deberes de los usuarios. Su publicación supone una apuesta de la Sanidad Española, por abandonar el modelo básicamente paternalista para acercarse a un modelo más autonomista.

El 4 de abril de 1997, se firmó en la ciudad de Oviedo, 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) más conocido como Convenio de Oviedo, el mismo que fue impulsado por el Consejo de Europa, y que relaciona la bioética con la defensa de los derechos humanos. Este convenio forma parte del Derecho interno, por lo tanto tiene eficacia normativa en España, de acuerdo al art. 96. De la Constitución Española.

Mientras que el 7 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, proclama la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se trata de un documento que contiene provisiones de derechos humanos.

Luego se publica la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, lo que significó un paso importante para fortalecer el derecho de la autonomía del paciente, además de cubrir los vacíos que tenía la Ley General de Sanidad.

Posteriormente aparece la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de salud, surge con la finalidad, de para establecer los mecanismos de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, que garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud⁹.

Por ultimo tenemos la Ley 26/2015, de 28 de julio, cuya Disposición Final Segunda modifica el tratamiento del consentimiento por representación del artículo 9 de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente.

Antes de la modificación que sufriera el art. 9 de la Ley 41/2002, los menores de 16 años se presumía su capacidad de decidir, mientras que el menor maduro es entre 12 y 16 años, aquí se presume como la falta de capacidad decisoria, en cuyo caso el profesional deberá acudir a diversas comprobaciones para reconocer que un menor si cuenta con capacidad de decidir. Con todo esto, queremos decir que con la reforma realizada a la Ley 26/2015 afectó a los mayores de 16 años cuando se encuentren en grave riesgo. Dado que en la redacción anterior ellos decidían y se informaba a los padres. Cosa distinta, que tras la reforma, se garantiza la protección del menor, es decir el interés superior del niño, por lo tanto, ahora son los padres quienes en situación de riesgo deciden y se informa al menor.

⁹ Zavala Blanco Jaime, “Autonomía e instrucciones previas, un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español” Universidad Cantabria, 2007, pág. 33

1.2 Etapas de la evolución y desarrollo del CI

En 1914, a raíz de la resolución en el caso Schloendorff versus Society of New York Hospital, se formó en Estados Unidos una amplia jurisprudencia, por lo que ha marcado las distintas etapas de la evolución y desarrollo del consentimiento informado, hasta adquirir las actuales características, y que podemos sintetizar en cuatro grandes etapas¹⁰:

- **1.- «Consentimiento Voluntario»** (1947), surge como consecuencia de los crímenes cometidos por el llamado «Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial», así como los perpetrados en los campos de concentración de la Alemania nazi. Es importante mencionar el Código de Nuremberg, redactado por la Asociación Médica Mundial tras conocerse las atrocidades perpetradas, en nombre de la ciencia bajo el nazismo, consagra el principio de la necesidad del libre consentimiento de toda persona invitada a someterse a un experimento médico. En esta fase la esencia del consentimiento se centra en la libertad del individuo que se proclama como valor fundamental. Además esta concepción del consentimiento responde una de las más famosas resoluciones, la Sentencia dictada por el Juez norteamericano Benjamin Cardozo en 1914 en el caso Schoendorff vs. Society of New York Hospitals. En este juicio aparece por primera vez el término “autodeterminación”.
- **2.- «Consentimiento informado»**, surge con el famoso caso Salgo, a finales de los años 50. Esta etapa se entiende que no basta la voluntad del sujeto si antes no ha sido precedida de una real y completa información. El paciente debe ser informado de manera clara y comprensible de la actuación médica para la que se solicita su autorización, de los aspectos esenciales de la misma, de sus riesgos y alternativas. Por otro lado, el término Consentimiento Informado fue empleado por primera vez en 1957 en el Estado de California (E.E.U.U) en la Sentencia dictada en el caso «Salgo vs. Leland Stanford Jr. University –Broad pf Trustress» que juzgaba un caso en el que un paciente sufrió una parálisis irreversible como consecuencia de una artrografía lumbar. La Sentencia determinó que el paciente debía haber sido informado de todos los hechos relevantes para su consentimiento, incluidos los riesgos posibles de la intervención¹¹.
- **3.- «Consentimiento válido»**, se basa en el caso Culver (1982) « la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa».
- **4.- «Consentimiento auténtico»**, se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiendo como tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo.

En la actualidad, el derecho del paciente a la autodeterminación y el respeto a la libertad del paciente son factores fundamentales a considerar en la relación médico-paciente, es por ello que el derecho a la información se convierte en la manifestación

¹⁰ Palomares Bayo Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial “Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 15

¹¹ Ibidem, pág. 62

concreta del derecho de la protección a la salud, ahora la relación médico paciente, es basada en una relación horizontal, cimentada en el principio de autonomía.

1.3 Factores que intervienen en el ejercicio del Derecho a la información sanitaria

1.3.1 Información clínica

La información clínica que se proporciona al paciente, contribuye en la relación médico-paciente. Se define la información clínica como parte de la «lex artis», la misma que deberá proporcionar el facultativo, al paciente, salvo ciertas excepciones, como el de respetar el derecho del paciente a no ser informado, aunque este derecho está limitado en casos de interés de la salud del propio paciente, de terceros o de la colectividad. Pero podemos destacar que entre los puntos que deberá informar el médico, está la finalidad de la intervención, los riesgos típicos, atípicos, posibles consecuencias, tanto por aceptar el tratamiento, intervención o por el contrario, los riesgos que trae consigo para la salud del paciente, cuando éste rechaza la intervención quirúrgica o tratamiento médico. En ambos casos, la información deberá ser comprensible, tomando en cuenta las circunstancias personales y sociales de cada paciente.

El art. 4 numeral 2 de la Ley 41/2002, sobre este tema nos dice que: “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

Es decir, en este tipo de información deberá respetarse la libertad del paciente, en su derecho a la autodeterminación.

1.3.2 Información terapéutica

Se podría definir como información terapéutica aquella información que debe ser proporcionada al paciente respecto a las indicaciones que debe seguir con el fin que éste siga las instrucciones o cuidados que deberá tomar para lograr el éxito del tratamiento. Es importante saber que este tipo de información forma parte del tratamiento médico y es integrante de «lex artis ad hoc». Ejemplo. En caso de un tratamiento para Gastritis, el médico no sólo prescribe un fármaco en una receta, sino que también da las indicaciones para su posología, de tal manera que el paciente conozca cómo debe administrarse tal medicamento, y obtener de esta manera la eficacia esperada en el tratamiento.

La omisión de la información terapéutica por parte del médico, constituye una infracción de los deberes de diligencia, o de un tratamiento incompleto o defectuoso. La sentencia¹² de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1999, condenó al médico que, al realizar una cura de urgencias, no informó al paciente sobre el cuidado y la vigilancia que requería la herida que presentaba en el pie, precisando posteriormente practicarle la amputación urgente de la pierna, por encima de la rodilla, ante la gangrena gaseosa que presentaba.

La doctrina ha señalado los problemas que se derivan al momento de delimitar el deber de información que constituye como ya sabemos el presupuesto del consentimiento informado, y el deber de información terapéutica, que es aquel que

¹² Galán Cortés Julio César, Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado, Madrid, Cívitas, 2001, pág. 359

necesariamente se necesita de la colaboración del paciente para obtener el éxito del tratamiento.

La sentencia¹³ de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994, diferencia ambos tipos de información. En este supuesto, se omitió la información para el consentimiento informado, en cuanto al cliente o usuario de los servicios sanitarios, desconocía que la vasectomía era un método falible, y que, por ende, fracasaba a veces, pudiéndose producir incluso tardíamente la recanalización de los conductos deferentes, por lo que su consentimiento fue viciado o nulo al carecer de la información previa necesaria; pero, además, también se omitió, en una fase posterior, la información terapéutica, toda vez que el usuario desconocía la necesidad de aguardar a que dos seminogramas, realizados con un intervalo de seis semanas, dieran azoospermia, para poder reanudar su vida sexual sin ninguna otra medida contraceptiva, pues por el contrario podría producirse el embarazo de su compañera, como de hecho sucedió.

El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, establece la exigencia de la información terapéutica, cuya inobservancia podría acarrear obligaciones tanto en lo civil como en lo penal. Dicha responsabilidad nacería como consecuencia de la omisión o insuficiencia de la información terapéutica, por ejemplo un paciente que sufre de una enfermedad contagiosa y de la que no se informa a los familiares, resultando contagiados: enfermedad cancerosa de la que no se ha informado al paciente, por lo que no acude a un especialista y fallece.

1.3.3 Factores subjetivos:

En los factores subjetivos, se deberá considerar, el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente.

La sentencia de la Sección 2.ª de la AP de Zaragoza, de 27 de mayo de 1995¹⁴, dice «la información dada por el médico ha de tener en cuenta múltiples factores, como son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, sus deseos de información, la necesidad del tratamiento y el riesgo, así como los probables efectos de la información sobre el paciente, evitando la inoportunidad e incluso inquietarle inútilmente, a riesgo de tener que rehacer una intervención indispensable para su curación. También ha de tener distinta valoración el incumplimiento del deber de información, o el modo en que se hace, si se está ante una intervención terapéutica, o, como en el caso presente, ante una operación preventiva de embarazo, supuesto éste en el que la información puede ser ofrecida con mayor claridad para el cliente y, por lo tanto, es exigible al médico mayor rigor en el cumplimiento de dicho deber».

1.3.4 Factores objetivos:

Dentro de los factores de carácter objetivo, deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información¹⁵.

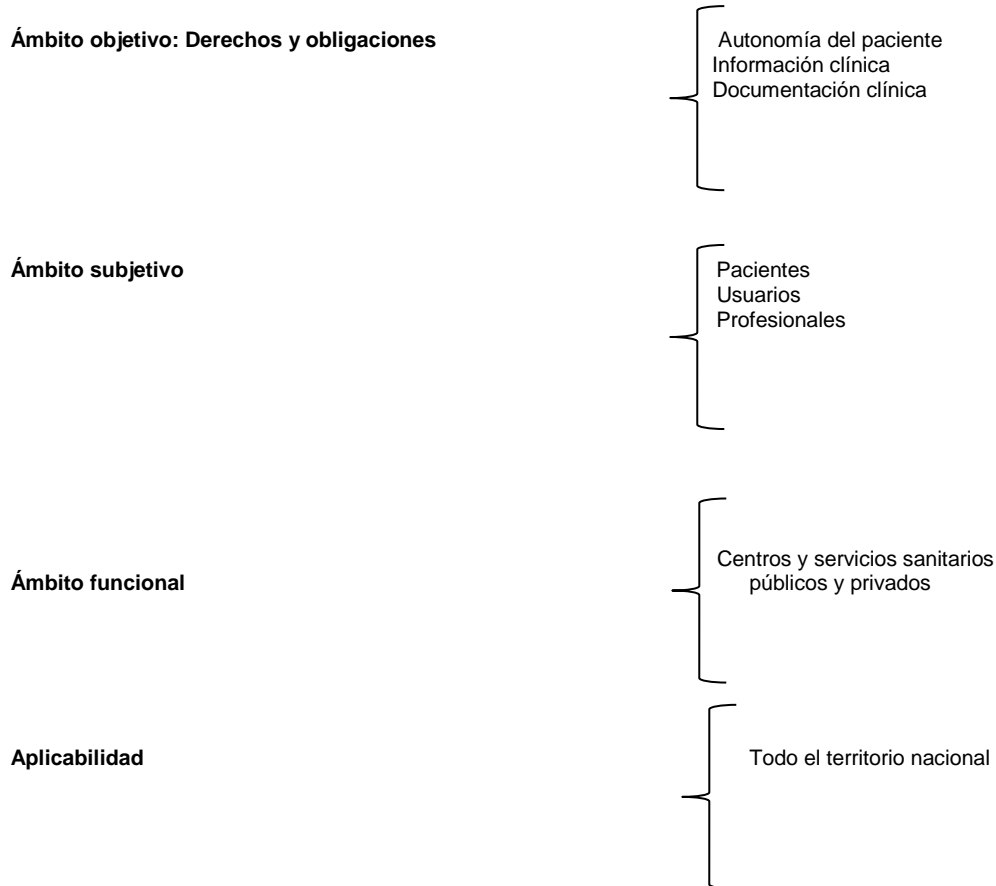
En lo que respecta al ámbito de la aplicación de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, nos permitimos tomar el siguiente esquema de Juan Siso Martin¹⁶.

¹³ Ibídem pág. 360

¹⁴ Galán Cortés Julio César, “La Responsabilidad médica y consentimiento informado” Madrid, Civitas, 2002, pág. 185

¹⁵ Ibídem, pág. 186

¹⁶ Juansiso.es, Información y Lex Artis, Juan Siso Martin



1.4 Titularidad de la información sanitaria

En las relaciones sanitarias se hace necesario, también establecer la exigencia del consentimiento y más aún, si está en juego un valor no solo patrimonial sino también personal, como es la salud, y la vida del paciente.

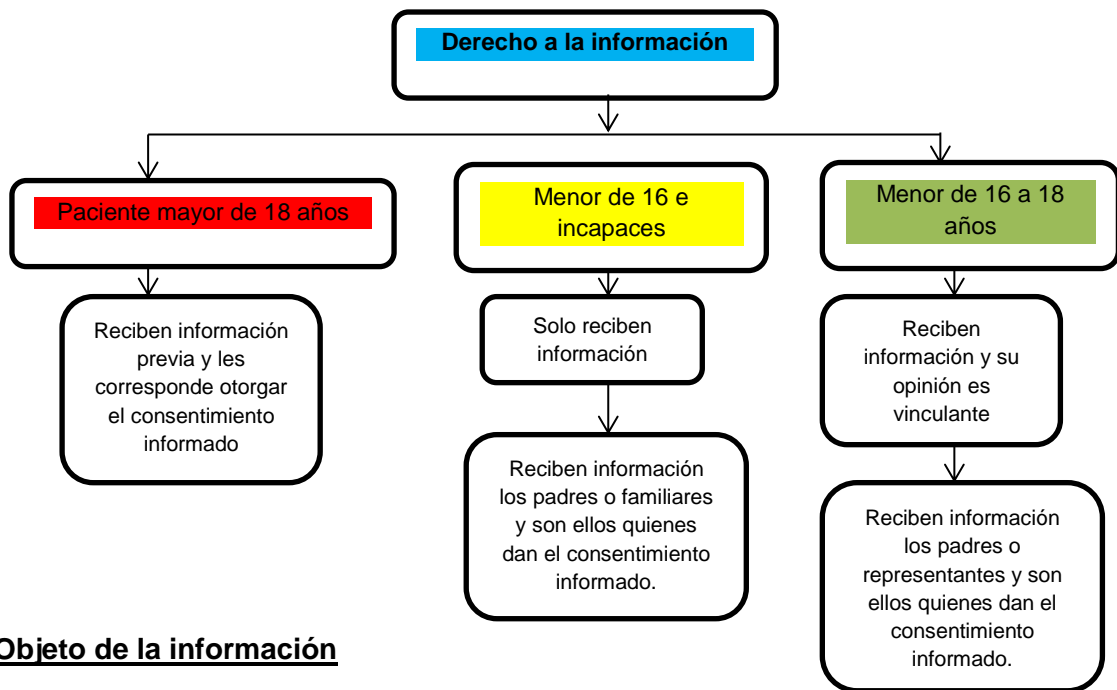
El consentimiento informado, es de naturaleza personalísima, del que sólo el paciente es su titular, así lo estipula el art. 5 de la Ley 41/2002, y por lo consiguiente es quien debe aceptar o negarse a un tratamiento médico-quirúrgico, siempre que su capacidad de juicio y discernimiento lo permita. Pero también podrán ser informados sus familiares o personas vinculadas a él, siempre que el paciente lo permita. Cuando el paciente es menor de edad, debe tomarse en cuenta que tenga la madurez suficiente, capacidad de juicio y entendimiento, de tal forma que pueda conocer y entender el alcance del acto médico en beneficio de su salud. Solo en casos que el paciente carezca de capacidad para entender la información, sea por su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento a las personas vinculadas al paciente, así lo establece el art. 9 del cuerpo legal antes señalado, en estos casos se conoce como consentimiento por representación. Pero el consentimiento por representación ha tenido un cambio con las últimas reformas realizadas a la Ley 26/2015, de 28 de julio, cuyo objetivo es regular la protección a la infancia y a la adolescencia, y consagrar además el principio de prevalencia del «interés superior del menor». Esas reformas hizo además, que se modificara 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, al otorgar al consentimiento por representación en cualquier circunstancia, cuando no pueda ser prestado por el titular.

En la Ley 41/2002, diferencia la edad de adulto civilmente capaz, que es a partir de los 18 años, y en el tema sanitario, la edad de menor maduro es a partir de los 16

años, entendiéndose como maduro, el menor que es capaz de comprender la magnitud de sus decisiones en los tratamientos médicos. Entonces si se trata de realizar una decisión respecto a lo que establece la ley en lo concerniente a la opinión de un menor en los temas sanitarios, ésta sería de la siguiente manera.

- El menor no maduro (0 a 12 años), el consentimiento corresponde a sus padres o representante legal.
- El menor no maduro (12 a 16 años), tanto los padres como los facultativos deben pedir su opinión.
- El menor maduro (16 a 18 años), su opinión es vinculante.

Antes de la reforma, al artículo 9, se establecía el derecho de la autonomía al menor maduro mayor de 16 años, con los cambios implementados, en caso de un grave riesgo y aplicando el principio del “interés superior del menor”, el facultativo, informará a los padres del menor y su opinión será tomada en cuenta, siempre que esta sea en beneficio del menor, indicando que la decisión adoptada por los padres será después de haber escuchado la opinión del menor. De todo lo antes mencionado respecto al consentimiento por representación pasamos a reflejarlo en el siguiente cuadro.



1.5 Objeto de la información

El Tribunal Supremo ha calificado el consentimiento informado como un elemento esencial de la «lex artis ad hoc» o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos. En la Sentencia de la Sala 10 del T.S. de 2 de octubre de 1997 se dice que «la lex artis ad hoc» no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar ha de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la libertad clínica y a la prudencia, entre otras palabras, como dice la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994 que la «lex artis ad hoc» es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, o exógenos – la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como

conforme o no a la técnica médica normal requerida»¹⁷. En definitiva, entre las normas que regulan la actuación del médico, incluye la obligación de informar al paciente o, a los familiares, la misma que debe incluir el diagnóstico, pronóstico y de los riesgos, y de ser el caso los medios con lo que disponga el centro sanitario, de tal manera, que si resultan insuficientes, el paciente o sus familiares opten por un tratamiento en otro centro sanitario. Pero la información no debe verse solamente como un deber del médico, su naturaleza radica en el derecho del paciente de ser informado sobre la situación real de su estado de salud, y de los riesgos o secuelas que podría tener si acepta o no un determinado tratamiento, este derecho además está vinculado directamente con del derecho de autodeterminación del paciente, cuyo fundamento está en la dignidad de la persona y en su autonomía.

Es así que si el paciente desconoce ex ante los riesgos y posibles complicaciones de la intervención a que va a ser sometido, parece evidente que no los puede asumir, siendo el médico, al transgredir esa obligación de información, quien asumirá por sí solo los riesgos del acto quirúrgico¹⁸.

El art. 10 de la Ley 41/2002 exige que se informe de los riesgos relacionados con las circunstancias del propio paciente, así como 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”. La información básica que deberá informar el médico es el siguiente:

- Consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

Las cuatro clases de riesgos anteriores deberán informarse también, aun cuando el paciente se decida por no ser intervenido quirúrgicamente o cuando rechace seguir el tratamiento médico. Por último, debe informarse de los procedimientos alternativos que tenga la intervención o tratamiento y de los riesgos de que puedan derivar.

La urgencia del caso, que hará que cuanto mayor sea ésta menor precisión es exigible en la prestación de la información; la necesidad del tratamiento actúa en sentido contrario: cuanto menos es la necesidad, mayor es la exigencia de información, tal es el caso en la medicina satisfactiva¹⁹. Por ello es que si bien es cierto que la ley no establece el tipo de información que se debe dar a los pacientes que acuden a ser intervenidos por cuestiones estéticas, la jurisprudencia ha establecido que la información deberá ser más exigente en estos casos.

Precisamente el art. 10 de la ley antes señalada establece que «El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado

¹⁷ Palomares Bayo Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial “Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 52

¹⁸ Galán Cortés Julio César, “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, en Rev Med Uruguay 1999

¹⁹ Palomares Bayo Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial “Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 52

de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente».

1.6 Responsable de la información

La Ley 41/2002, en su artículo 3, nos da el concepto de lo que es médico responsable, y nos dice que es: «el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales». Mientras en el art. 4 numeral 3 nos dice lo siguiente «El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle».

Se entiende entonces que el médico responsable de proporcionar la información al paciente, le corresponde al facultativo responsable del proceso médico, sin perjuicio que también será responsable todo médico que intervenga de alguna manera en el tratamiento del paciente, respecto a la técnica concreta que aplica. De igual manera se considera que los profesionales de enfermería, deben participar en el proceso de información clínica del paciente, pero dentro del ámbito de su competencia en el acto médico.

1.7 El deber de información

El deber de información tiene una doble vertiente: por un lado está el deber de información como presupuesto del consentimiento informado y, por otro lado, está el deber información como presupuesto indispensable de todo tratamiento óptimo. La primera vertiente es la llamada información terapéutica, es decir, aquella que se configura como un derecho autónomo del paciente y que no está orientado a otro fin que a conocer por el paciente su proceso, y se impone por las necesidades de tratamiento. La segunda vertiente del derecho de información es aquella que, con menor trascendencia, está orientada a alcanzar la colaboración voluntaria del paciente y de terceros para el éxito del tratamiento que se propone²⁰.

El desconocimiento del paciente de las circunstancias que rodean su enfermedad, la posibilidad de éxito o riesgo en el tratamiento o intervención que va a someterse, da lugar a un consentimiento viciado. Lo que puede dar lugar para que el paciente pueda impugnar ese consentimiento.

El paciente tiene el derecho de saber cuáles son las consecuencias que se produciría por un no actuar médico, con respecto a su enfermedad; como también, los beneficios o efectos que tendrá si él consiente la realización de un procedimiento médico o quirúrgico.

El deber que pesa sobre el médico de informar al paciente acerca de las características del tratamiento o intervención, las posibilidades de curación y los riesgos que entraña, se produce en un momento previo a la emisión del consentimiento, forma parte de los «negociaciones o conversaciones preliminares » al contrato de prestación de servicios médicos.

²⁰ Guerrero Zaplana José, “El Consentimiento Informado. Su valoración en la Jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autónomas” Valladolid, Lex Nova, 2004, pág 47

Por otro lado, el médico al momento de hablar con el paciente, debe lograr que este comprenda cuáles serán las consecuencias de su aceptación de voluntad a un procedimiento médico. Por lo que se requiere que el médico utilice términos claros, inteligibles, omitiendo palabras técnicas o científicas, para de esta manera cumplir con el objetivo que el paciente comprenda toda la información proporcionada sobre su estado de salud.

El Tribunal Supremo ha considerado que la información ha de ser realizada de forma clara y comprensible para el enfermo o los familiares que deben prestar el consentimiento en su representación (STS (3ª) 4 abril 2000, RJ 2000/3258)²¹.

Pero cuando el consentimiento se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Se considera como un consentimiento nulo.

- La STS, 1ª, 26 septiembre 2000 (RJ 2000/8126), en un supuesto de operación de estapedectomía con secuelas de pérdida total de audición del oído izquierdo, entiende que «se ha producido consentimiento desinformado a cargo del paciente, al haberse privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada». En concreto, se advierte que no se informó al paciente suficientemente sobre las alternativas, los riesgos de la operación y las ventajas e inconvenientes de cada tratamiento; y con ello se le privó de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que, según el tribunal, «se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia médica».

La obligación de informar concluye con el actor médico, al paciente debe informársele de las consecuencias postoperatorias de una intervención, como también de los cuidados que debe tener, nos permitimos citar la siguiente sentencia.

- Sentencia de la Sección 16.ª de la AP de Barcelona, de 30 de julio de 1998, en la que se condena al cirujano que practicó una vasectomía, no por no haber logrado el resultado perseguido, sino por no informar a su cliente de los cuidados, actividades y análisis posteriores que debería haber seguido para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, pues el médico los omitió, quedando embarazada, posteriormente, la esposa de su cliente.
- Sentencia de la Corte de Casación Francesa, Cámara Civil, 9 de mayo de 1983, en la que establece que operaciones voluntarias, como las ligaduras de trompas o vasectomías, debe informarse, asimismo, de la posibilidad residual de embarazo por recanalización.

Pero, ¿Qué sucede cuando el médico debe informar al paciente un pronóstico grave?, ¿El médico debe o no revelar el estado de gravedad que tiene su paciente?, ¿Existe un límite al deber de información? El art. 15.1 del Código de Deontología Médica nos dice «El médico informará al paciente de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Cuando la información incluya datos de gravedad o mal pronóstico se esforzará en transmitirla con delicadeza de manera que no perjudique al paciente». La decisión de revelar el pronóstico del estado de salud no pertenece al médico, sino al mismo paciente, quien debe manifestar si desea o no conocer su propio estado de salud, así lo estipula el art. 9 numeral 1 de la Ley 41/2002 se contempla el derecho que tiene el paciente de negarse a recibir información sobre su estado de salud. Sin embargo el art. 5 numeral 4 del mismo cuerpo legal, manifiesta que el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede verse limitado por la existencia de un estado de necesidad terapéutica, en este caso el médico podrá actuar sin informar al paciente, siempre que considere que el revelar la información podría perjudicar gravemente el estado de salud del paciente, pero deberá comunicar a los familiares del paciente.

²¹ Sancho Gargallo Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” Barcelona, 2004, Revista Indret

El art. 25 del Código de Deontología Médica, establece que el deber de información tiene dos vertientes. La primera viene de la obligación de explicar al paciente los extremos más importantes de su enfermedad, los cuidados que debe tomar, entre otros; la segunda radica en advertir al paciente el riesgo que tiene el tratamiento u operaciones a seguir. De tal manera que el paciente jamás desconozca las consecuencias que pueda tener de una intervención médica. Mientras tanto, el art. 10. 5 de la Ley General de Sanidad señala: todos tienen derecho a que le se dé «en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento».

Para la jurisprudencia, el consentimiento informado trae consigo la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a la intervención autorizada²²; pero no excluye la responsabilidad médica por daños imputables a una actuación negligente del facultativo o al mal funcionamiento del centro o servicio médico.

- En la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 7 de junio de 2001 establece que «la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada²³».
- En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 22 de julio de 2003, reconoce el derecho a la indemnización de una paciente a la que se sometió a una intervención de cirugía estética sin haberla informado debidamente. No se trataba propiamente de un supuesto de ausencia de información, sino de información prestada de forma incorrecta por no cumplir las condiciones y exigencias de inmediatez temporal²⁴.

1.8 Autonomía de la voluntad

Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, la concepción actual del consentimiento informado, radica en el principio de autonomía de la voluntad, y este básicamente tiene dos elementos, que son capacidad y voluntad. Podríamos definir a la autonomía, como la libertad individual, es decir la capacidad de autodeterminación de la voluntad que permite a los seres humanos actuar como quieran.

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito sanitario encuentra estipulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, donde se puede observar que gran parte de su articulado habla sobre el derecho a la autodeterminación informativa y decisoria de los pacientes.

El derecho a la información y a no ser informado, como presupuesto previo al derecho a consentir o rechazar las actuaciones sanitarias, podría considerarse que constituye la manifestación más importante de esa autonomía de la voluntad del paciente.

Es así que el art. 2.3 y 2.4 de la Ley 41/2002, dice lo siguiente:

²² Sancho Gargallo Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” Barcelona, 2004, Revista Indret, STS (1ª) 2 octubre 1997, RJ 1997/7405, en la que después de afirmar que “un elemento esencial de esa lex artis ad hoc. núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo”, se consideró suficiente desde un punto de vista objetivo la información suministrada a los padres de un paciente de 14 años, aunque lógicamente para ellos, desde un punto de vista subjetivo, toda información pudiera parecer insuficiente. La sentencia declara probado que “fueron informados de que, ante la gravedad de la enfermedad, el tratamiento consistía en administrar dosis altas de quimioterapia, así como el trasplante de células regeneradoras de médula ósea, y además fueron informados sobre la técnica de trasplante antes de que comenzara dicho tratamiento con alta dosis de quimioterapia y que el mismo se admitió por los demandantes tal y como fue expuesto”.

²³ Guerrero Zaplana José “El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas” Valladolid, Lex Nova, 2004, pág. 210

²⁴ Ibidem, pág. 214

- El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
- Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley, debiendo constar su negativa por escrito.

En el ámbito sanitario, el Tribunal Supremo ha definido la autonomía de la voluntad como la «manifestación del derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y, en consecuencia, a la autodisposición sobre el propio cuerpo» (Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 12 de enero 2001)²⁵.

La regla general en los tratamientos sanitarios es la voluntariedad. Sin embargo, como excepción, existe la posibilidad de establecer tratamientos sanitarios obligatorios, esto es, aún sin contar con el consentimiento de los pacientes, y ello para proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, siempre que se produzcan razones sanitarias de urgencia o necesidad²⁶.

1.9 El respeto de la autonomía del paciente

Partimos de la definición que nos da el artículo 3 de la Ley 41/2002, en donde dice que el consentimiento informado es: «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

Antes que sea derogado el artículo 10.6, de la Ley General de Sanidad, se establecía de la obligación de obtener el consentimiento informado escrito para cualquier intervención.

El Manual de Ética en la edición de 1984, del Colegio de Médicos Americanos definía el consentimiento informado de la siguiente manera: «El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente²⁷».

Por su parte la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981²⁸, respecto al derecho a la autodeterminación, en su numeral 3 dice:

- a. “El paciente tiene derecho a tomar las decisiones que considere pertinentes para su salud de manera libre y sin presiones. Es importante aclarar que el médico informará las consecuencias de todas las acciones.
- b. Los pacientes adultos y con la disposición mental para hacer lo pueden dar su consentimiento o, por el contrario, negarse a practicarse cualquier examen, terapia o diagnóstico. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones y puede preguntar, cuantas veces quiera, el propósito y consecuencias de los tratamientos a los que se someta”.

El Código de Núremberg Tribunal Internacional de Núremberg, 1947²⁹, también se pronuncia sobre el tema.

²⁵ Larios Risco David, “Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios”, en Revista Cesco de Derecho de Consumo N.8/2013

²⁶ Arts. 1 y 2, de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública.

²⁷ Simón Lorda Pablo, y Concheiro Carro Luis, el consentimiento informado: teoría y práctica (I), MEDICINA CLÍNICA VOL. 100. NÚM. 17. 1993, Pág. 660

²⁸ Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de septiembre-octubre de 1981, edición número 34, http://saludtotal.com.co/Documents/1033_DECLARACI%C3%93N_DE_LISBOA2.pdf

1. “El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente. Esto último requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va a ser sometido al experimento hay que explicarle la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se llevará a cabo, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre su salud o persona que puedan derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de determinar la calidad del consentimiento recaen en la persona que inicia, dirige, o implica a otro en el experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada con impunidad a otra persona”.

El Código Internacional de Ética Médica, en la 57ª Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006³⁰, estableció que entre los deberes de los médicos en general, está “respetar el derecho del paciente competente a aceptar o rechazar un tratamiento; respetar los derechos y preferencias del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud”.

El Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, en su artículo 5, párrafo primero, estableció que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo puede efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Pero eso no es todo, observamos que el Art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde, al tratar sobre el derecho a la integridad de la persona, se hace alusión expresa a la necesaria obtención del consentimiento informado, afirmándose que, en el marco de la medicina y la biología, se respetará el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

STS 1ª, 12-1-01- (RJ 2001/3) y STS 1ª, 11-5-01 (RJ 2001/6197) otorgan al C.I. carácter de derecho fundamental para los pacientes. «El consentimiento constituye un derecho humano fundamental, precisamente uno de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los Derechos Humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, la integridad física y a la libertad de conciencia³¹».

La Ley 41/2002 en el art. 4 numeral 1, establece que «La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Mientras que en el numeral 3 del mismo artículo dice que: “Los profesionales que atienden al paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto también serán responsables de informarle».

No debe olvidarse que el consentimiento es la condición o presupuesto que confiere la licitud y operatividad a las intervenciones que, estando indicadas, pretenda realizar el profesional³².

²⁹ CÓDIGO DE NÚREMBERG Tribunal Internacional de Núremberg, 1947, <http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>

³⁰ El Código Internacional de Ética Médica, en la 57ª Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006, <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c8/>

³¹ Loring Martínez De Irujo Pedro, “Consentimiento informado Doctrina Del Tribunal Supremo”, 2013, pág. 13

³² Berrocal Lanzarot Ana I. “El valor de la autonomía del paciente, en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre reguladora de los derechos y deberes de los pacientes”

Existe mucha jurisprudencia donde en sentencias el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto: «tal³³ información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y los riesgos del mismo». (STS, 1ª de 27-4-01. EDJ 2001, 6466) y (STS, 1ª de 8-9-03.EDJ 2003/92643).

El derecho a la información es hoy un deber no solo ético, sino también jurídico, de mucha trascendencia que, inicialmente se reconoció con la promulgación de la Ley general de sanidad y actualmente lo reconoce la Ley de autonomía del paciente, además de los tratados internacionales, lo que ha convertido este derecho de suma importancia a la actividad médica.

Desde una perspectiva ética amplia se pueden reconocer dos objetivos principales en la teoría del consentimiento informado: promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional.

Es por eso que al médico se le exige el cumplimiento de dos deberes diferentes pero relacionados entre sí, estos son:

a) Obtener el consentimiento del paciente antes de realizar una intervención o una investigación.

b) Informar adecuadamente al paciente para que pueda tomar libremente una decisión sobre un procedimiento terapéutico o diagnóstico, o para ser sujeto de una investigación o experimentación.

1.10 Presupuestos esenciales del consentimiento informado

A. Sujetos

El consentimiento informado se desenvuelve entre dos sujetos: el médico y el paciente, sin embargo podrían también intervenir el equipo de profesionales que tiene definido su campo de actuación en el procedimiento médico a seguir, pero en este caso solo nos remitimos de la siguiente manera:

- 1. El médico:** Se entiende que es aquel que ostenta la titulación exigida y se encuentra incorporado al colegio profesional. La falta de titulación se encuentra tipificada en el Código Penal, con el tipo penal delito de intrusismo. Es sobre el médico que asiste al enfermo que recae el deber de información, quien deberá proporcionar al paciente información adecuada.
- 2. El paciente:** Es el titular³⁴ del derecho a la información. Es a él a quien el médico debe proporcionar una adecuada y comprensible información.

B. Tiempo

El consentimiento debe prestarse previamente a cualquier intervención, o actuación médico-quirúrgica, la misma que no sólo deber ser al inicio del tratamiento médico, sino durante todo el proceso.

La naturaleza del consentimiento es revocable y temporal, aunque en la Ley General de Sanidad, no recoge esta posibilidad, sin embargo se encuentra

³³ Loring Martínez de Irujo Pedro “Consentimiento informado, Doctrina del Tribunal Supremo”, 2013, pág. 13

³⁴ Numeral 1 del Art. 5 de la Ley 41/2002

contemplada en el art. 5 del Instrumento de Ratificación del Convenio de Oviedo de 1997.

El art. 10.6 de la Ley General de Sanidad, establecía la necesidad de previo consentimiento escrito del usuario para cualquier intervención. En cambio en el Convenio de Oviedo de 1997 no se impone que este debe darse de forma escrita o verbal, por lo que se considera que este dependerá de la naturaleza de la intervención.

Pero es en la Ley 41/2002, artículo 8 numeral dos, que dice:

«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».

Pero podemos ver que la jurisprudencia sostiene el criterio de imponer al médico la carga de la prueba del consentimiento informado, lo que se convierte en una especie de garantía para el médico que el consentimiento del paciente sea de forma escrita. STS³⁵, 1ª, 2-7-2002.RJ2002/5514), (STS, 1ª, 29-9-2005, EDJ2005/149422), (SSTS2-10-97, 26-1y 10-11 de 1998).

D. Objeto

El derecho de información está comprendido en el artículo 43 de la Constitución como integrante del derecho a la salud.

Para LORING MARTÍNEZ, «El objeto del C.I. lo constituye el tratamiento médico-quirúrgico ajustado a la «lex artis ad hoc» y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado, que es aleatorio³⁶».

Parte de la jurisprudencia exige que se informe al paciente tanto sobre las consecuencias seguras de la intervención, riesgos típicos, riesgos excepcionales y de los riesgos particulares que son aquellos que están relacionados a las circunstancias del paciente, como su edad, religión, estado previo de salud etc.

STS 3ª, 13-11-12 rec 5383/2011³⁷ (Cateterismo-Cardioversión Isquemia cerebral-Secuelas). El TS estima el recurso contencioso administrativo contra el TSJ Asturias, anula la sentencia impugnada acogiendo en parte el recurso declarando el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el S. de Salud del Principado en 60.000E más sus intereses legales, por ausencia del C.I. para la segunda prueba, probándose además, la relación causal entre la cardioversión no consentida con el resultado dañoso.

La STS 12-1-2001 (EDJ 2001/6) señala: «ciertamente que la iluminación y esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo».

C. Contenido

El art. 4 en sus numerales uno y dos de la Ley de Autonomía del Paciente, menciona que la información que deberá proporcionársele al paciente comprende como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Además que la información clínica, «será verdadera, se comunicará al

³⁵ Loring Martínez de Irujo Pedro “Consentimiento informado, Doctrina del Tribunal Supremo” 2013, pág.16

³⁶ Ibídem, pág.17

³⁷ Loring Martínez de Irujo Pedro “Consentimiento informado, Doctrina del Tribunal Supremo” 2013, pág. 17

paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad».

STS, 1ª, 27-4-2001 (RJ2001/6891)³⁸: «la información habrá de ser exhaustiva, comprensible, suficiente, correcta, veraz y leal».

STS, 3ª, 4-4-200 (RJ 2000/3258)³⁹: «la información ha de ser realizada de forma clara y comprensible para el enfermo o sus familiares que deban prestar el CI en su representación».

Pero antes de hablar sobre las condiciones de la información y consentimiento por escrito, que se refiere el art. 10 de la Ley 41/2002, considero que es necesario, partir del concepto de médico responsable, que se encuentra en el art. 3 del mismo cuerpo legal.

«**Médico responsable:** el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito».

Ahora bien, de acuerdo al art. 10, el médico deberá proporcionar la siguiente información al paciente, entendiéndose que es un requisito previo o antes del consentimiento informado, aquella información que se refiere el mencionado artículo es la siguiente.

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

La ausencia o deficiencia de la información podría traer problemas judiciales al médico, y en caso que producto de una intervención médica sin consentimiento o deficiencia en la información tenga un resultado lesivo. Es decir produciendo un delito de lesiones, el facultativo podría ser demandado por la vía penal, pero sobre esto desarrollamos en el capítulo específico que hablamos de la responsabilidad penal de médico.

Se recomienda huir de los patrones o modelos estándares, haciéndolos pasar como documentos de consentimiento, en razón que cada paciente posee riesgos individuales, muy distintos a otra persona, es decir, el médico debe elaborar un documento distinto para cada paciente, con información minuciosa, relevante y de carácter muy personal, para determinar con mayor precisión un diagnóstico y según eso sugerir el tratamiento más oportuno.

En conclusión, sobre este punto siempre hay que insistir que únicamente le compete al paciente la potestad de decidir, sobre si acepta o rechaza someterse a un

³⁸ Loring Martínez de Irujo Pedro “Consentimiento informado, Doctrina del Tribunal Supremo” 2013, pág. 18

³⁹ Ibidem, pág. 18

tratamiento médico o intervención quirúrgica, por la sencilla razón que el consentimiento es un acto personal, de esta manera él asumirá los riesgos de su decisión, pero solo de lo él conoce, es decir que si el médico omite informar sobre algún riesgo relevante, y por desgracia se concreta, mal podría el facultativo justificarse en el consentimiento informado, ya que el paciente solo está obligado asumir y consentir de lo que lo que se le ha informado. En todo caso cuando exista ausencia o deficiencia en la información es el médico quien asumirá los riesgos que puedan generarse en el acto médico.

1.11 Elementos del consentimiento informado

Capacidad:

La capacidad para consentir es un elemento central del consentimiento informado, entendiéndose como la capacidad natural de discernimiento. Esto hace que para el médico sea una gran responsabilidad ética, fundamentada tanto en el principio de autonomía como en los principios de beneficencia y de no maleficencia.

Los criterios de capacidad sanitaria hacen referencia fundamentalmente a las aptitudes de los pacientes para recibir, comprender y procesar racionalmente información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente. Al paciente se le reconoce su derecho a la autonomía para tomar decisiones, debiendo tomar en cuenta las consecuencias que dichas decisiones tienen para su salud, después de todo lo que estaría en juego es la vida. En doctrina penal se entiende, con carácter general, a la capacidad natural de juicio. ROMEO CASABONA, siguiendo a WESSELS, entiende que “lo único importante en Derecho Penal es si ese consentimiento constituye o no la expresión libre de una persona⁴⁰”.

En el art. 1263 del Código Civil, nos dice quienes no pueden prestar consentimiento: **1) Los menores no emancipados. 2) Los incapacitados**”.

Voluntad:

El consentimiento debe ser libre, personal, emitido por el paciente con pleno y adecuado conocimiento del tratamiento o intervención para el que se le solicita. Es decir debe ser fruto de un proceso de decisión personal del paciente.

Así, el art. 1265 del Código Civil, al regular los vicios del consentimiento, dispone que «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»

El art. 1266 del Código Civil dispone que «Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo».

Mientras que el art. 1267 del Código Civil señala que «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira en uno de los contratantes del temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes en su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona». Por su parte, establece el art. 1269 del mismo texto legal que «hay dolo cuando las palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno

⁴⁰ Romeo Casabona Carlos María, “El médico y el derecho penal” V. 1, Barcelona, Bosch. 1981, pág. 317

de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

Información:

El proceso de información del paciente es fundamental para la obtención de un consentimiento válido y no viciado, La información que debe proporcionarse al paciente debe ser comprensible, clara, veraz, de modo que resulte entendible para él. El médico debe informar la finalidad y naturaleza cada intervención, los posibles riesgos, como también de las posibles alternativas al tratamiento propuesto, nunca deberá dirigir la voluntad del paciente. El art. 4 de la Ley 41/2002 señala «Los paciente tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada ».

1.12 Límites del consentimiento informado

El consentimiento informado es fundamental en el desarrollado de la actividad sanitaria, este debe darse antes de iniciar cualquier actividad médica-quirúrgica, considerando, que forma parte de un conjunto de deberes y obligaciones, que tiene el médico, y su omisión genera una vulneración de un derecho del paciente.

Es por ello que si el paciente que emite el consentimiento informado carece de información o esta es insuficiente sobre aquello que consiente, su validez y eficacia en nula. Está claro que, todo acto médico deber ser consentido por el paciente. Por lo tanto, no puede omitirse información sobre las consecuencias seguras y relevantes, riesgos típicos, ni sobre las consecuencias que se pueden prever en el acto médico.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 28 de diciembre de 1998, al declarar, en su fundamento de derecho quinto, que «la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia⁴¹».

El médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma y el fin del tratamiento médico, el diagnóstico, pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, además de aquello debe informar los riesgos y beneficios, posibles efectos secundarios, incluso hablarle de la posibilidad de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado.

Debe entenderse, que la información que el médico ofrece al paciente como contenido del propio deber asistencial, tiene dos vertientes, por un lado podría decirse que algunas veces tiene finalidad preventiva, y en otras, persigue el satisfacer el derecho que tiene toda persona de conocer su propio estado de salud.

El artículo 8 numeral 5 de la Ley 41/2002, establece que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento. Sin embargo, es en el art. 9 de la ley 41/2002 nos señala cuales son los límites del consentimiento informado

⁴¹Galán Cortés Julio César, “Responsabilidad médica y consentimiento informado” Madrid, Cívitas, 2001, pág. 201

En lo que respecta al derecho del paciente de no ser informado, que el mismo se constituye como un derecho tan merecedor de respetar y que debe ser garantizado como el de ser informado. El reconocimiento a este derecho, se encuentra expreso en el art. 10.2 del Convenio de Oviedo. Este derecho, forma parte de la autonomía del paciente, pero este derecho no es absoluto, pues el mismo puede verse restringido, cuando dicho derecho pueda afectar a terceros, por ejemplo, las enfermedades infectocontagiosas, como el sida, cuyo fin es informar al paciente pese a su negativa, para que evite contagiar a terceras personas.

Otro tema importante son las situaciones de urgencias, el artículo 8 del Convenio de Oviedo, nos dice «Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada». Podemos decir que cuanto más urgente es una intervención médica, menor precisión es exigible en la información médica a proporcionar al paciente. Por otro lado, cuando se trata de intervenciones de cirugía voluntaria o satisfactoria, la información ha de ser más rigurosa, a diferencia de la cirugía curativa o asistencial. En lo que respecta los límites del deber de información del médico, se considera que deberá informarse sobre las consecuencias y riesgos que se puedan prever, es decir los riesgos típicos, pero no está en la obligación de informar sobre los riesgos atípicos, que para la ciencia y experiencia médica no pueden ser previsibles. La Sentencia SSTS, Sala 1ª, de 7 de junio de 1994, señala «cuando se trata de los riesgos atípicos de intervenciones médicas curativas, en principio, no existe obligación de informar sobre los mismos⁴²». En el mismo sentido, la sentencia del TSJ de Navarra, de 6 de marzo de 1996 y la dictada por la Sección 1.a de la AP de Badajoz, de 31 de diciembre de 1999, señalan que «no puede exigirse de los profesionales, la información eventual y potencial de todos y cada uno de los riesgos e infinitas complicaciones que pueden producirse en el acto médico⁴³».

1.13 El CI en la medicina defensiva, curativa y voluntaria

Es conveniente tener presente que en materia de información, el contenido que debe ser transmitido tiene distintos grados de exigencia, dependiendo si se trata de medicina curativa o medicina satisfactoria⁴⁴.

El artículo 5 del Convenio de Oviedo exige que se deba recibir información «adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la información». Es por ello que se considera que el médico debe informar es el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgo típico, información que por cierto deberá ser clara, leal y completa, por lo que el paciente una vez que haya comprendido la información que se le ha dado podrá expresar voluntariamente su deseo para que se le realice un determinado tratamiento médico - quirúrgico, después de todo lo que está en juego es la salud, la vida de él mismo.

La necesidad del consentimiento informado, es la dignidad de la persona humana desde la perspectiva del derecho a la autonomía individual, como exponente del derecho a la libertad, por lo tanto se debe garantizar el derecho a la información del paciente.

⁴² Galán Cortés Julio César, “Responsabilidad médica y consentimiento informado” Madrid, Cívitas, 2001, pág. 200

⁴³ Ibidem, pág. 201

⁴⁴ Blasco Igual María, “El derecho de información en medicina curativa y satisfactoria “ REV CLÍN MED FAM 2015 Universitat de València. Departament de Fisioteràpia. Valencia (España) pág. 1 (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 2007 (RJ 2007/3541).

1.13.1 Medicina defensiva:

Podría definirse como « Aquella en que se prescriben exploraciones o tratamientos que no tienen finalidad terapéutica, sino que buscan la protección del médico ante eventuales reclamaciones»⁴⁵, por lo tanto no actúa en pleno y libre ejercicio de su profesión, tal es el caso que utiliza exploraciones y criterios científicos, en ocasiones excesivos, que siendo válidos, suponen un apoyo judicial ante una posible responsabilidad por el ejercicio de su práctica clínica.

Es por ello que el médico trata de realizar una asistencia en la que se pongan en funcionamiento todos los medios técnicos, diagnósticos y terapéuticos con los que cuenta la ciencia médica. El médico ve entonces al paciente como un potencial agresor, un potencial enemigo, lo que perturba la normal relación entre ambos⁴⁶. El art. 21.2 del Código Deontológico Médico establece Las exploraciones complementarias no deben practicarse de manera rutinaria, indiscriminada o abusiva. La medicina defensiva es contraria a la ética médica⁴⁷; lo que provoca, la demora de la asistencia, el encarecimiento del coste y el aumento de nivel de exigencia de la «lex artis». Pero no es fácil evitar la medicina defensiva, pues el propio código deontológico, atribuye al médico libertad de prescripción como garantía de su actuación con independencia y con garantía de calidad⁴⁸.

En medicina defensiva, no debe ofrecerse información solo para dar cumplimiento a un precepto legal, sino que se utilice para garantizar que el proceso de información sea útil para el paciente, respetado sus derechos como paciente y protegiendo su dignidad como persona.

1.13.2 Medicina curativa:

Es aquella que atiende un proceso patológico, dicho proceso está vinculado a la salud, y su objetivo es recuperación o curación del estado de salud del paciente, por lo tanto, la actuación médica es necesaria. Aquí la obligación del médico es de medios, porque no está supeditada al resultado, de modo que el profesional está obligado a poner todos los medios y realizar todos los actos a su alcance y que requiera la «lex artis» para obtener la curación del paciente, pero no está obligado a obtener su sanación. Estamos hablando de un contrato de servicios.

1.13.3 Medicina voluntaria:

En este caso, se trata de aquella que no presenta ningún proceso patológico, no se persigue la curación del paciente, es de carácter voluntaria, y su objetivo es para alcanzar un resultado pactado, tales como un aumento de senos, rinoplastia, etc. La naturaleza de la obligación en este tipo de medicina es de medios y de resultado. Asimilándose su naturaleza a un contrato de arrendamiento de obra, pero teniendo en cuenta que el resultado sólo se exige si fue garantizado al contratar la acción clínica, en la medicina voluntaria. Considerando que la medicina voluntaria, de por sí sola no supone exigencia de resultado, si es que antes no existía garantía previa de un resultado pactado

El contenido que debe informarse al paciente, es según el tipo de acto médico, sea esta satisfactiva o voluntaria; debiendo ser la información en la medicina voluntaria, más amplia y rigurosa, que en la medicina curativa.

⁴⁵ Mirallas Martínez José Antonio, “Medicina defensiva y consentimiento informado en rehabilitación” Rehabilitación (Madr) 2003, pág. 1

⁴⁶ Palomares Bayo Magdalena y otros “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial” Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 8

⁴⁷ Código deontológico médico. Artículo 21

⁴⁸ Código deontológico médico. Artículo 23.1

CAPITULO II

FUNDAMENTO NORMATIVO DEL CI, EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL Y DE LA LEGISLACION ORDINARIA.

2.1 Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina.

En el capítulo anterior, ya habíamos manifestado que el consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho, siendo una de las máximas aportaciones del mundo jurídico a la medicina en los últimos siglos. Estamos ante un «derecho humano primario y fundamental», una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos humanos⁴⁹.

En la jurisprudencia actual la consideración de que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, para que el paciente pueda emitir su aceptación al tratamiento médico quirúrgico de forma no viciada como consecuencia de una información ausente o inexacta. El consentimiento informado es, no sólo un derecho fundamental del paciente, sino también una exigencia ética y legal para el médico.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha catalogado el consentimiento informado como “un derecho humano fundamental (...). Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. Y entiende que es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” (SSTS, 1ª, 12 enero 2001, RJ 2001/3; 11 mayo 2001, RJ 2001/6197)⁵⁰.

La primera fuente del Derecho Sanitario español está constituida por las normas de la Comunidad Europea. Por otro lado, el derecho a la autonomía del paciente se recoge expresamente en Convenios internacionales que por haber sido firmados y ratificados por España, forman parte del ordenamiento jurídico (**art. 96 CE**), y deberán ser tomados en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales regulados en Constitución Española (**art. 10.2 CE**), en concreto los derecho a la vida e integridad física y moral (**art. 15 CE**) y a la libertad de conciencia (**art. 16 CE**). Para el TC los Tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la CE «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución»⁵¹. Pero no se debe olvidar que la regulación y reconocimiento del Consentimiento, lo encontramos en las normas civiles, penales, administrativas, entre otras, cuya base fundamental se recoge de la Constitución.

El convenio de Oviedo de 1997 (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina), forma parte del Derecho interno, lo que hace que tenga eficacia normativa en España. El presente convenio, aunque no pronuncia en ninguno

⁴⁹ Palomares Bayo Magdalena y otros “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial”, Granada, Comares, D.L. 2002, pág. 6

⁵⁰ Sancho Gargallo Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” Barcelona, 2004, Revista Indret

⁵¹ Llamas Pombo Eugenio, y otros, “Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar” La Ley, Las Rosas-Madrid, 2014, pág. 66 (STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fj 8 con referencia a la Carta de Niza).

de sus títulos a la dignidad humana, pero la encontramos de forma implícita en cada uno de los derechos que reconoce, en el **art.1** habla de la protección a la dignidad e identidad de todo ser humano, así como el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales, mientras que el **art. 2**, trata de la primacía del ser humano, así como el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán contra el exclusivo interés de la ciencia. En el **art. 5** señala “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento; en los **arts. 6 y 7** se precisa que el consentimiento informado no siempre puede ser ejercitado por los propios interesados, titulares originarios del derecho, por falta de capacidad, lo que les hace merecedores de una especial protección; por último señala en el **art. 10** numeral 2 «Toda persona tiene derecho a conocer toda información respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada».

2.2 Carta De Derechos Fundamentales De La Unión Europea

En la la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (**CDFUE**). Señala la dignidad, en el **art. 1**, como derecho inviolable. Pero es el **art. 3**, donde señala el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, menciona además la aplicación de este derecho al marco de la medicina y la biología, haciendo expresa mención al consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; y a determinadas prohibiciones como consecuencia de los avances en el campo de la biomedicina, tales como prohibición de las prácticas eugenésicas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

2.3 Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa (1984).

A continuación procederé a citar textualmente los puntos que he considerado más importantes y van acorde con el tema que trata el presente trabajo.

1. Derechos Humanos Y Valores En La Atención Sanitaria

1.1 Todo el mundo tiene derecho a ser respetado como ser humano.

1.2 Todo el mundo tiene derecho a la autodeterminación.

2. Información

2.1. La información sobre los servicios sanitarios y cómo utilizarlos adecuadamente debe ser proporcionada al público para beneficio de todos a quienes concierne.

2.2 Los pacientes tienen derecho a ser informados en detalle sobre su estado de salud, incluyendo los datos médicos sobre su estado; sobre los procedimientos médicos propuestos, junto a los riesgos potenciales y beneficios de cada procedimiento; sobre alternativas a los procedimientos propuestos, incluyendo el efecto de no aplicar un tratamiento; y sobre el diagnóstico, pronóstico y progreso del tratamiento.

2.3 La información podrá ser ocultada a los pacientes de forma excepcional, cuando existan buenas razones para pensar que esta información les causaría un gran daño, sin ningún efecto positivo.

2.4 La información debe ser comunicada al paciente de forma adecuada a su capacidad de comprensión, minimizando el uso de terminología técnica poco familiar. Si el paciente no habla el idioma común, debe buscarse a un intérprete para ayudarlo.

2.5 Los pacientes tienen derecho a no ser informados, según su petición explícita.

2.8 Cuando sean admitidos en un centro sanitario, los pacientes deberían ser informados de la identidad y estatus profesional de los profesionales de la salud que se están ocupando de ellos y de las reglas y rutinas que se aplicarán durante su estancia y cuidados.

3. Consentimiento

3.1. El consentimiento informado del paciente es el requisito previo a toda intervención médica.

3.2 El paciente tiene el derecho a negarse o a detener una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente.

3.3 Cuando el paciente sea incapaz de expresar su voluntad y se necesite urgentemente llevar a cabo una intervención, se puede presumir el consentimiento del paciente, a menos que resulte obvio por una declaración de voluntades anticipadas previa que en dicha situación el consentimiento sería denegado.

3.4 Cuando el consentimiento de un representante legal sea requerido y la intervención propuesta sea urgentemente necesitada, dicha intervención puede realizarse a pesar de que no se pueda conseguir dicho consentimiento del representante a tiempo.

3.5 Cuando se requiera el consentimiento legal del representante, los pacientes (ya sean menores o adultos) deberán estar también implicados en el proceso de toma de decisiones, al nivel máximo que permita su capacidad.

3.6 Si un representante legal se niega a dar su consentimiento y el médico u otro profesional de la salud opina que la intervención beneficia al paciente, entonces la decisión debe ser referida a un tribunal o alguna forma de arbitrio.

3.7 En todas las demás situaciones en las que el paciente sea incapaz de dar un consentimiento informado y donde no exista un representante legal o representante designado por el paciente para este propósito, deben tomarse medidas apropiadas para un proceso de toma de decisiones diferente, teniendo en cuenta todo lo que se conoce y, hasta lo más posible, lo que puede presumirse acerca de los deseos del paciente.

3.8 El consentimiento del paciente es requerido para la preservación y uso de todas las sustancias del cuerpo humano. Se puede presumir el consentimiento cuando las sustancias deban ser utilizadas en el curso actual del diagnóstico, tratamiento y cuidado del paciente.

2.4 Constitución Española

El derecho sanitario viene regulado fundamentalmente por la Constitución Española, y que se ven contemplados en los siguientes artículos: **Artículo 10**, establece la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social; el **art. 10.1** hace referencia al libre desarrollo de la personalidad; **art. 15** señala la protección de la vida y la integridad física y moral; **art. 16. 1**, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, **art. 17.1**, derecho a la libertad y seguridad, **art. 18.1**, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, **art. 20**, el derecho a la información, este artículo se convierte de este modo en el presupuesto lógico del

consentimiento; el **artículo 43.1**, reconoce el derecho a la protección de la salud, **art. 43.2** derecho a la organización y tutela de la salud pública por los poderes públicos, y **art. 43.3** derecho a la educación sanitaria y a la educación física.

No se puede hablar de salud sin considerar la dignidad humana, al respecto el Tribunal Constitucional (TC) consideró a la dignidad humana, como un valor jurídico fundamental que opera como germen o núcleo de unos derechos que «le son inherentes»⁵². Tanto la dignidad humana, como el libre desarrollo de la personalidad han sido utilizados en incontables ocasiones como fuente autónoma de derechos y como canon autónomo para controlar la constitucionalidad de las leyes⁵³.

La dignidad de la persona, siendo algo esencial, dista mucho de ser un concepto sobre el que haya un acuerdo general»⁵⁴. No existe una definición integral por parte de los países que forman parte del Consejo de Europa, respecto a la dignidad aplicada al campo de la biomedicina, en unos casos prima la autodeterminación del individuo (vertiente subjetiva), y en otros, un cierto paternalismo estatal (vertiente objetiva).

Es por ello que la información y el consentimiento del paciente persigue garantizar la dignidad del ser humano, el mismo que se asienta sobre la base de la autodeterminación y libertad individual del propio paciente, siendo dueño de su destino y de las decisiones que tome respecto a la vida, integridad corporal y la salud. Pero para eso la información y el consentimiento debe ser fruto del dialogo médico y paciente, el mismo que debe extenderse a todo lo largo del proceso asistencia.

2.5 Ley 14/1986, de 25 de Abril, General De Sanidad

Desde su promulgación en 1986, la Ley General de Sanidad 14/1986 significó un aporte trascendental al modelo de Sistema Nacional de Salud, pero así mismo en materia de derechos, supuso un avance al reconocer derechos del paciente. No obstante, se vio envuelta por constantes cambios, por los vacíos legales que presentaba, por esta razón se creó la Ley 41/2002, cuya finalidad principal fue reconocer los derechos y deberes que tienen los pacientes.

En la actualidad algunos artículos de la Ley 14/1986, no tienen efectividad normativa, ya sea por artículos derogados, modificados, y otros ajenos a la realidad actual. Pero de los pocos artículos que podemos destacar mencionamos el siguiente:

Artículo 10

1. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

⁵² Llamas Pombo Eugenio, y otros, “Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar” La Ley, Las Rosas-Madrid, 2014, pág. 61 (STC 170/1984),

⁵³ Ibidem, pág. 62 (STC 222/1992)

⁵⁴ Ibidem, pág. 67

2.6 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

Esta ley nace para cubrir los vacíos legales que tenía la Ley General de Sanidad, y surge con la finalidad de salvaguardar los derechos y deberes de los pacientes, además de armonizar y regular los actos sanitarios, en la que necesariamente intervienen médico paciente, lo que sirve además para que en cada acto médico prime una estrecha relación del facultativo con el enfermo, respetando siempre el principio de autonomía.

En este cuerpo legal se tratan temas tan importantes como el derecho a la información, consentimiento informado, instrucciones previas e historia clínica.

Podría decir que esta ley, llegó para hacer de los actos médicos más humano y personalizado, donde ya el paciente se lo ve como una persona con dignidad y con derechos, libre de tomar decisiones respecto a su salud, atrás quedó la imagen del médico paternalista, que hacia todo pero sin contar con la opinión del paciente.

De la Ley 41/2002, art. 2, trata sobre la dignidad de la persona humana, y el respeto a la autonomía; en lo que respecta a la dignidad observamos que se encuentra recogida en el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la misma manera en el art. 1 del Convenio de Oviedo, se protege al ser humano en su dignidad.

El **art. 2.2** en concordancia con el art. 5 del Convenio de Oviedo, prescriben que toda actuación sanitaria requiere previo consentimiento del paciente.

El **art. 2.3** trata sobre la autonomía del paciente, este punto anteriormente era tratado en el art. 10. 6 De la Ley General de Sanidad; **2.4**, derecho al negarse a recibir el tratamiento, **2.5**, el deber de los pacientes de facilitar información sobre su estado físico o sobre su salud de manera verdadera; y el **2.6**, menciona que el médico deberá respetar decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente; tiene concordancia con los siguientes artículos del Código Deontológico Médico art. **9.1.-** « El médico respetará las convicciones de sus pacientes y se abstendrá de imponerles las propias; y **art. 12.2** El médico respetará el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible y precisa de las consecuencias que puedan derivarse de persistir en su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica»; **art. 4.1** derecho a la información asistencial, aunque debemos mencionar que este derecho se encuentra establecido en la LGS, sin embargo, es en la ley básica del paciente, que se logra desarrollar más este derecho «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que Como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»; se lo puede también relacionar con el **art. 15.2** del CDM «El médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica»; **4.2** la información clínica será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades. En lo referente al médico responsable el art. **4.3**, manifiesta que es aquel médico responsable del paciente, quien deberá garantizar el cumplimiento de su derecho a la información, se entienden además de todo aquel que intervenga en el procedimiento sanitario; concordancia con el **art. 16.1** del CDM «La información al paciente no es un acto burocrático sino un acto clínico. Debe ser asumida directamente por el médico responsable del proceso asistencial, tras alcanzar un juicio clínico preciso»; **art. 5** el titular de la información es el paciente, se considera un derecho personalísimo, pero

también podrán ser informados sus familiares en la medida que él lo permita; concordancia con el **art. 15. 2** CDM «La información debe transmitirse directamente al paciente, a las personas por él designadas o a su representante legal»; **5.3**, cuando a criterio del facultativo el paciente carezca de capacidad para entender la información, se informara a sus familiares; **art. 13.1** CDM «Cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho»; **5.4**, el derecho a la información se podrá ver limitado en caso de estado de necesidad terapéutica, es decir cuando se considere que el brindar información sobre el estado de salud del paciente pueda perjudicar aún más su situación; esto tiene relación con el **art. 15.1** CDM «El médico informará al paciente de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Cuando la información incluya datos de gravedad o mal pronóstico se esforzará en transmitirla con delicadeza de manera que no perjudique al paciente»; art 8 consentimiento informado, establece que toda actuación sanitaria se necesitará del paciente su consentimiento libre y voluntario, una vez que haya recibido información que indica el art.4; es concordante con el **art. 12.1** CDM «El médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones»; **8.2**, el CI será escrito en casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y todo procedimiento del que se presuman riesgos; trae relación con el **art. 16.2** CDM «El consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el consentimiento por escrito»; 8.4 el paciente debe ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación; 8.5 el derecho a revocar por escrito en cualquier momento su consentimiento.

Tal como en el capítulo anterior lo habíamos mencionado, el art. 9 de la Ley 41/2002, ha sido reformado, básicamente en lo relacionado con el consentimiento informado por representación, la capacidad intelectual, del paciente se presume, sólo cuando la capacidad haya sido modificada y conste mediante sentencia, se otorgará el consentimiento por representación, en los menores maduros de 16 a 18 años, aun siendo emancipados, si se tratara de un riesgo para la vida o salud, en consentimiento lo otorgará el representante legal, previo al haber escuchado la opinión del menor, estos cambios se dan pensado en “el interés superior del niño”. Las decisiones en el consentimiento por representación, se entenderá que estas siempre serán en beneficio del paciente, cuando no sea así, el médico está en la obligación de comunicar a la autoridad judicial para que decida al respecto. A continuación procedo a citar el art. 9 reformado.

Art.9.1, El paciente tendrá derecho a renunciar a recibir información, pero siempre que no se trate que esta información vaya en contra de la salud del propio paciente, de terceros o de la colectividad; **9.2** los facultativos podrá, realizar intervenciones sin el consentimiento del paciente, en casos de riesgo a la salud pública, riesgo inmediato para la integridad física y psíquica del paciente; **9.3** se otorgará consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, en caso de capacidad modificada judicialmente y conste en sentencia, y cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; está relacionado con el **art. 13** numerales 1, 2 y 3 del Código Deontológico Médico **13.1** «Cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar

un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho; **13. 2.-** El médico deberá ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita; y **13.3** El médico tomará las decisiones que considere adecuadas cuando se dé una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible conseguir su consentimiento»; **9.4** en caso de menores emancipados o mayores de 16 siempre sean capaz de tomar decisiones, no cabe el consentimiento por representación, pero si se trata de un grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo prestara el representante legal, una vez escuchada la opinión del menor; este numeral tiene relación con el artículo 14 1 del CDM que dice «El mayor de 16 años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias. Y **art. 14-2** La opinión del menor de 16 años será más o menos determinante según su edad y grado de madurez; esta valoración supone para el médico una responsabilidad ética. En los casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de 16 años, el médico tiene obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento. Entre 16 y 18 años los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta»; **9.5** para ensayos clínicos o técnicas de reproducción humana se deberá hacerlo en personas mayores de edad; para la interrupción del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso además de su voluntad, el consentimiento de sus representantes; **9.6**, cuando las decisiones de consentimiento hayan sido por los representantes legales o familiares y estas no sean en beneficio del paciente, el facultativo deberá poner en conocimiento a la autoridad judicial, para que adopte la resolución, salvo en casos de urgencia, los médicos adoptaran las medidas para salvar la vida del paciente. **9.7** el consentimiento por representación siempre será a favor del paciente y con respeto a sus dignidad personal, pero siempre se deberá hacerle participe en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario; este punto tiene concordancia con el **art. 3.5** de Declaración Para La Promoción De Los Derechos De Los Pacientes En Europa (1984) «Cuando se requiera el consentimiento legal del representante, los pacientes (ya sean menores o adultos) deberán estar también implicados en el proceso de toma de decisiones, al nivel máximo que permita su capacidad»; **art. 10.1** el facultativo deberá informar al paciente antes del consentimiento informado, información sobre las consecuencias relevantes, riesgos relaciones con circunstancias personales o profesionales del paciente, riesgos probables y las contraindicaciones; **10.2** el facultativo deberá ponderar cuando más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario será el consentimiento por escrito del paciente; **art. 11.1** instrucciones previas, es un documento donde necesariamente debe ser otorgado por una persona mayor de edad, capaz y libre, que manifieste anticipadamente su voluntad, en situaciones que no sea capaz de expresarlos personalmente; **11.2** cada centro sanitario deberá tomar las acciones necesarios para que se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas; **art.11.3** las instrucciones previas no serán contrarias al ordenamiento jurídico ni a la «lex artis»; **art.11.4** las instrucciones podrán revocarse en cualquier momento; **art. 11.5** la presente ley, presentando en asegurar el cumplimiento de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes, dispuso la creación del Registro nacional de instrucciones previas.

Ahora bien, en lo que respecta al consentimiento informado, creemos que en el capítulo anterior se ha dicho lo suficiente, como para tener una idea clara de la finalidad del mismo. Pero ahora trataremos de definir las instrucciones previas, que nos señala el art. 11 de la Ley 41/2002, el mismo que tiene concordancia con el art. 9 del Convenio de Oviedo 1997 «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su

voluntad». Este convenio, se considera como la primera normativa española en haber incluido en uno de sus artículos este derecho con el título «deseos expresados anteriormente», pero pese a que dicho Convenio data del año 1997, entró en vigencia el 1 de enero del 2000⁵⁵.

Pero también tenemos a las comunidades autónomas que recogen su legislación local sobre las instrucciones previas, aunque se debe mencionar que dicho documento tiene distintas denominaciones, por cuanto varía de una comunidad autónoma a otra. En todo caso el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas, con el correspondiente fichero de datos de carácter personal.

- Documento de voluntades anticipadas (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, País Vasco, Valencia).
- Expresión de la voluntad con carácter previo (Cantabria).
- Expresión anticipada de voluntades (Extremadura).
- Documento de voluntades vitales anticipadas (Andalucía).
- Documento de instrucciones previas (Asturias, Castilla y León, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja).
- Manifestaciones anticipadas de voluntad (Canarias)
- Declaración de voluntades anticipadas (Castilla-La Mancha)

Está claro que el consentimiento informado es un derecho fundamental que toda persona tiene, y tal como lo establece el art. 3 del mismo cuerpo legal, éste será de «conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud», es decir es el derecho que le asiste para que una vez debidamente informado, pueda decidir si acepta o rechaza un tratamiento médico.

El consentimiento informado constituye la profundización y la mejora de la autodeterminación en la toma de decisiones en todo lo concerniente en materia de salud, convirtiéndose en la piedra angular para el ejercicio de dicha autonomía. Las Instrucciones Previas son la expresión última de dicho derecho en el ejercicio de una autonomía de carácter prospectivo⁵⁶.

Pues bien, las instrucciones previas, tienen como base precisamente los derechos de la información, participación y autonomía del paciente, el mismo que tiene puede reflejar por escrito su voluntad y bajo determinadas condiciones legales, es decir que no sean contrarias al derecho, ni a la «lex artis», sino que de forma anticipada establece las directrices de cómo deberían actuar los médicos respecto a un

⁵⁵ Martínez León Mercedes, Análisis médico legal de las instrucciones previas (“Living Will”) en España, Revista de la Escuela de Medicina Legal, Junio 2008, pág. 7

⁵⁶ Zavala Blanco Jaime, “Autonomía e instrucciones previas, un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español” Universidad Cantabria, 2007, pág. 37

tratamiento o intervención quirúrgica, para que en caso que llegado ese momento, él no pueda ser capaz de prestar su consentimiento, se respete su voluntad. Un ejemplo de instrucciones previas contrarias al derecho sería «Que, si me hallo en un estado particularmente deteriorado, se me administren los fármacos necesarios para acabar definitivamente, y de forma rápida e indolora, con los padecimientos⁵⁷». En ese caso no podría respetarse ni aplicarse las instrucciones previas de ese paciente, por ser contrarias al derecho.

Los médicos que tienen que tomar una decisión en estos casos tienen que valorar lo que es «médicamente apropiado» y la importancia de aplicar los principios de no maleficencia, es decir, no tomar medidas perjudiciales para el paciente, aunque sea su voluntad, y el de justicia, que hay que tener en cuenta en un sistema nacional de salud, con recursos limitados, donde pueden resultar muy caras estas medidas inútiles —inutilidad y futilidad terapéuticas⁵⁸.

Pero lo que hay que dejar claro respecto a las instrucciones previas, es que no debe pensarse que son para casos de enfermedades terminales, pues su finalidad no es esa, sino una forma de manifestación y respeto de la voluntad del paciente respecto de lo que permite o rechaza en los tratamientos o intervenciones médicas, cuando él no sea capaz de expresar su voluntad, un ejemplo de lo que me estoy refiriendo son los testigos de Jehová, que como bien sabemos rechazan la transfusión de sangre, precisamente una persona en uso de su derecho a la libertad y respeto a la religión, puede plasmar en el documento de instrucciones previas, que en caso de un accidente, o cuando se encuentre impedido de expresar el rechazo a dicho procedimiento, él de forma anticipada dejará establecido cuál es su decisión respecto a ese tema.

De todo lo anteriormente dicho de la Ley 41/2002, podríamos resumirla en cuatro puntos con el siguiente cuadro.

1. Derecho a la información sanitaria art.4

Información clínico asistencial
Derecho a no ser informado art.9
Información Epidemiológica art.6
Información sobre el sistema nacional de salud. Art.12

2. Derecho a la intimidad art. 7

3. Derecho a la autonomía del paciente art. 8

Consentimiento informado arts. 8,9 y 10
Instrucciones previas art. 11

4. Historia clínica art. 14

Contenido y usos arts. 15 y 16
Acceso a la historia clínica art. 18
Custodia y conservación art.17
Informe de alta y otra documentación clínica art. 20

⁵⁷Álvarez Pilar, “Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas” *Panace@*. Vol. XIII, no 36. Segundo semestre, 2012, Pág.4

⁵⁸Álvarez Pilar, “Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas” *Panace@*. Vol. XIII, no 36. Segundo semestre, 2012, pág. 4

CAPITULO III

EL CI Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.1 El consentimiento informado como presupuesto de la actividad médica.

El consentimiento informado, a lo largo del presente trabajo hemos dicho, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido como un derecho fundamental, que tiene el paciente para decidir voluntariamente sobre una actuación médica o intervención quirúrgica, para que una vez que haya recibido suficiente información, manifieste su decisión al respecto, tomando conciencia de lo que hace y consciente. Es decir que asuma de los riesgos o consecuencias de su decisión, respecto a su salud.

El Tribunal Supremo, ha indicado que “la información al paciente, ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen⁵⁹”.

De acuerdo a nuestro criterio, trataremos de descifrar cada punto que ha señalado el TS, respecto a la información.

Debe ser puntual, es decir la información debe ser precisa, pero a la vez exhaustiva, sin ambages, no pueden quedar vacíos que haga pensar al paciente que su estado actual es mejor o peor de lo que en realidad ocurre.

Debe ser correcta y veraz, porque la medicina al ser considera una ciencia, necesita que los datos sean correctos, verdaderos, y verificables, jamás puede basarse en suposiciones.

Debe ser leal, uno de los deberes del médico, de acuerdo a lex artis, es cumplir con el deber de información, pero esta debe ser apegada a la realidad, no parcializada o proporcionar información que induzca al consentimiento del paciente.

Debe ser continuada, la información al paciente no se agota con el solo hecho de que este consienta un acto médico, sino que se debe prestar en todo momento, durante el tiempo que dure el proceso, más aun cuando se producen cambios significativos relacionados al estado de salud o cambio de procedimiento, tratamiento, en cuyo caso, deberá comunicarse al paciente para que se dé un nuevo consentimiento informado.

Para Llamas Pombo, “no se trata de que el enfermo deba soportar un verdadero curso de Medicina que, por otra parte, sería inútil por mucha que fuera la capacitación vulgarizadora del galeno; más bien se trata de conseguir de forma racional el objetivo que se pretende con la imposición de tal deber al médico, es decir, que el paciente comprenda ciertamente cuáles serán las consecuencias de su manifestación de

⁵⁹ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sección Única, 29/05/2003, sent. Núm. 511/1997, ponente: Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, RJ 2003/3916, citado por López Mesa Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 311

voluntad. La jurisprudencia francesa ha dicho al respecto que basta una “información simple, aproximativa, inteligible y leal⁶⁰”.

Lo que nos quiere decir el autor, y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es que la información que debe proporcionarse al paciente, para que sea válido el consentimiento, deberá ser con un lenguaje sencillo, comprensible, y suficiente, lejos de términos técnicos o científicos, que seguro no serán de fácil comprensión para el paciente o sus familiares. Solo si la información ha sido comprendida por el paciente, se considera que el médico ha cumplido con el deber de informar, requisito fundamental para que el Consentimiento Informado, sea válido.

3.2 Lex artis y los deberes del médico

De alguna manera se considera a la *lex artis*, como aquella que da las pautas o directrices de los conocimientos de la ciencia médica, estableciendo que todo acto médico debe realizarse con diligencia y previsión, que puede variar de acuerdo a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, considerando que el mundo de la medicina al no ser una ciencia exacta, está en constante evolución, y lo que se consideraba como pautas para el tratamiento de algunas enfermedades hace treinta años, hoy puede ser que hayan cambiado cierta forma en cómo tratar las enfermedades, un ejemplo es el Sida, en sus inicios aquella enfermedad, no solo que era mortal, no había mucha medicina para su tratamiento, hoy sabemos que gracias a la constante evolución de la medicina, las personas que tienen VIH, pueden llevar una calidad vida superior a lo que era hace veinte años.

Para Cabo Salvador, nos indica que “la *lex artis* admite, variaciones según los casos (medios de los que se dispone, mayores o menores posibilidades, ámbito rural o urbano, actuación normal o urgente, existencia o no de normas reglamentarias que lo delimitan..., generalista o especialista, etc.)”⁶¹.

Pero no es menos cierto que debe considerarse como única las reglas de la *lex artis*, ya que el profesional también puede aceptar libertad de procedimiento o técnica, por lo que deberá tomarse en cuenta las circunstancias particulares que tiene cada caso, es ahí cuando nos referimos a “*lex artis ad hoc*”.

El Tribunal Supremo sentenció que “en relación con la responsabilidad derivada de la actuación de los profesionales sanitarios, ha de tenerse en cuenta el principio de la llamada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, entendiéndose por tal aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos-estado intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal

⁶⁰ Llamas Pombo, Eugenio, “Doctrina general de la llamada culpa médica”, Estudios acerca de la responsabilidad civil y seguro, p. 267, ob. cit. por López Mesa Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 331

⁶¹ Cabo Salvador Javier, Gestión Sanitaria Integral: Pública y Privada, Necesidad de nuevas formas y herramientas de gestión sanitaria, Capítulo 16. Bioética y derecho sanitario, en el punto 12. La responsabilidad en el ámbito penal: los delitos y las faltas, por Javier Sánchez-Caro <http://www.gestion-sanitaria.com/gestion-sanitaria-integral-publica-privada.html>

requerida⁶²”. El Tribunal también ha manifestado que la responsabilidad del médico se caracteriza por los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad⁶³.

El médico debe respetar la *lex artis*, aquella está por encima de los deseos o preferencias de los pacientes. Para Penneau, “es claro que las reglas del arte deben prevalecer sobre el deseo de un paciente; y desde luego el facultativo que descuida las reglas del arte para satisfacer la preocupación estética de su paciente comete una culpa⁶⁴”.

Al médico no se le puede exigir la curación del paciente, pero si puede esperarse que su actuación sea con prudencia y diligencia, recordemos que esta debe ser de medios y no de resultado, para el caso de la medicina curativa o asistencial, que es “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad⁶⁵”. El Tribunal Supremo, ha resuelto que en los casos de medicina curativa, se trata de contratos de locación de servicios- típicas obligaciones de medios⁶⁶. De igual manera, el TS, en una sentencia, supo indicar que “en la medicina llamada voluntaria (...) la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra (...) la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso⁶⁷”, en este caso se trata de obligación de medios y de resultado.

Es importante saber distinguir el tipo de actividad médica, según el caso concreto, en razón que ambas tienen fines diferentes, además que a la hora de valorar la responsabilidad del médico, la medicina curativa y voluntaria, las consideraciones que ha tomarse en cuenta son totalmente diferentes. Tal es el caso, como en el capítulo primero lo mencionamos, en la medicina satisfactiva se exige que la información sea más rigurosa, que el paciente conozca y asuma los riesgos, no existiendo bajo ninguna circunstancia causas de justificación para la omisión del consentimiento informado, como si puede pasar en la medicina curativa, por ejemplo en urgencia vital, en este caso la ausencia del consentimiento informado no sería antijurídico, y tampoco podrá atribuírsele un resultado dañoso siempre y cuando el acto médico haya sido realizado conforme a las reglas de la *lex artis*.

La actuación del médico siempre deberá estar acorde al desarrollo de la ciencia, los medios con los que se cuenta, y al estado del paciente. El médico solo podrá responder si el resultado lesivo, o falta de éxito en el tratamiento o intervención quirúrgica, se deriva de la inobservancia de las reglas de *lex artis* y principios científicos.

⁶² Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 23/03/1993, ponente: Sr. González Poveda, La Ley (Esp.). T. 1993-2, p. 620.

⁶³ Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 11/03/1991, ponente: Sr. Martínez Calcerrada, La Ley (Esp.), T. 1992-3, p. 192

⁶⁴ Penneau, Jean, *Commets une faute le médecin qui néglige les règles de l'art pour satisfaire le souci esthétique de son patient*, Recueil Dalloz, T. 1995, sec. *Sommaires commentés*, pág. 98, ob. Cit. por López Mesa Marcelo J., en *Tratado de responsabilidad médica*, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 78

⁶⁵ Munar Bernat, Pedro A., “Daños causados por actor médicos”, *Estudios de jurisprudencia sobre daños*, dirigida por Eugenio Llamas Pombo, Madrid, La Ley, 2006, pp. 453 y ss.

⁶⁶ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 23/03/2006, Sent. N° 269/2006, ponente: Sr. D. Román García Varela, RJ 2006/1823, citado por López Mesa Marcelo J., en *Tratado de responsabilidad médica*, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 105

⁶⁷ Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo Civil, 11/12/2001, ponente: Sr. Xavier O Callaghan Muñoz, Sentencia N° 1193/2001, publicada en “*Actualidad Civil*”, La Ley (Esp.), Madrid, 2002, N° 9, P. 653 y ss, citado por López Mesa Marcelo J., en *Tratado de responsabilidad médica*, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 105

En la jurisprudencia española, encontramos que si la actuación del médico se realizó conforme a la *lex artis*, al médico no puede imputársele imprudencia o negligencia⁶⁸.

3.2.1 Deberes del médico

El referirnos a deberes del médico, son aquellas relaciones con el ejercicio de su profesión. Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve, “Los profesionales no tienen libertad de ser idóneos o torpes, pues están constreñidos en virtud de su título de idoneidad a ser hábiles y prudentes; su torpeza o ignorancia es culpa⁶⁹”.

La Organización Médica Colegial de España promulgó su primer Código de Ética y Deontología Médica en 1978 al amparo de la Constitución de 1976, mismo que ha sido actualizado varias veces, el del 2011, se considera el primer código de deontología del siglo XXI⁷⁰.

Del que se desprende los siguientes deberes del médico, de los que solo citaremos algunos:

- Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad (art.5.1)
- La formación médica continuada (art.7.3).
- Eficacia en su trabajo y el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición (art.7.4).
- Respetar el derecho que tienen los pacientes de elegir y cambiar de médico o de centro sanitario (art. 8.2).
- Respetar las convicciones de los pacientes (art. 9.1).
- Dar a conocer el nombre del médico responsable del proceso asistencial (art.10)
- Proporcionar información al paciente en todas las fases del proceso asistencial (art.12).
- Respetar la negativa del paciente de forma total o parcial, a pruebas diagnósticas o al tratamiento, pero deberá informarle sobre las consecuencias que podrían darse al tomar esa decisión, aquello deberá dejar constancia en la historia clínica (art. 12.2).
- Informar de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Si se trata de mal pronóstico, deberá informar con delicadeza, para que no afecte la salud del paciente (art.15.1).
- Respetar el derecho del paciente a no ser informado, de ello deberá dejar constancia en la historia clínica (art.15.2).
- Prestar atención a los pacientes, con calidad humana y científica (art.21.1).
- El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad (art.22.1).
- Intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible (art.36.1).

⁶⁸ Audiencia Provincial de Álava, Sec. 2ª, 18/05/1998, ponente: Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez, AC 1998/5514.

⁶⁹ Valencia Zea, Arturo-Ortiz Monsalve, Álvaro, Derecho Civil. De las obligaciones, 9ª edición, Temis, Bogotá, 2004, T. III, pág. 350, citado por López Mesa Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 41

⁷⁰ Código de Ética y Deontología Médica de España

3.3 Concepto del tratamiento médico-quirúrgico

De acuerdo a las definiciones doctrinales, el tratamiento médico –quirúrgico, puede definirse de la siguiente manera⁷¹:

En Alemania, autores como MEZGER, STOOSS y ENGISCH, nos dicen que:

MEZGER (1933) “el tratamiento curativo es la intervención sobre la persona de otro al objeto de mejorar su salud, siempre que pueda considerarse como una medida adecuada, teniendo en cuenta el estado presente de nuestro saber”.

STOOSS C. (1898) define el tratamiento médico en el siguiente sentido: “La acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo⁷²”

ENGISCH k. (1939), tratamiento médico con finalidad curativa es aquél que se realiza en beneficio de la salud de la persona, con aquella finalidad y de acuerdo con la *lex artis*⁷³

En Italia autores como:

CRESPI (1955), para este autor consiste en “la acción llevada a cabo por un médico a favorecer las condiciones de vida de un ser humano viviente”, el mismo autor señala que el tratamiento médico-quirúrgico se refiere a “aquella actividad dirigida a eliminar o a atenuar o a hacer posible la eliminación a o la atenuación de un estado anormal del cuerpo o de la mente de una persona, o al mejoramiento del aspecto exterior de la misma mediante procedimientos que se ponen en práctica por el cirujano, conforme a los conocimientos y al ejercicio de la ciencia y praxis médicas. Y que sean idóneos para tener influencia relevante- aunque no sea necesariamente duradera en la integridad del cuerpo humano o en el curso de sus procesos biológicos⁷⁴”. Con la definición de Crespi, notamos que el autor en el concepto de la actividad médico quirúrgico, le incluye que esta deberá realizarse por un profesional, el que será sujeto activo.

GRISPIGNI (1914), la define como “aquella modificación del organismo ajeno, llevada a cabo según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona, o de la belleza de la misma”

RIZ (1975). “todas aquellas acciones (u omisiones) que el médico lleva a cabo según los dictados de la ciencia, sobre la persona del paciente”. De acuerdo a la definición del autor estaría incluida la actividad médica no curativa como las cirugías estéticas.

En España autores como:

JIMÉNEZ DE ASÚA “toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar p restaurar la salud física o psíquica de una persona o mejorar su aspecto estético, con el empleo de medios adecuados”.

⁷¹ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, nota 31, pág. 16.

⁷² Gueréz Tricarico Pablo, “Presupuestos de la licitud jurídico penal del tratamiento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente”, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pág. 24

⁷³ *Ibidem*, pág. 30

⁷⁴ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 17.

ROMEO CASABONA, “aquella actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar directa o indirectamente la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona”.

RODRÍGUEZ DEVESA, “el tratamiento médico consiste en una serie de prescripciones procedentes de un facultativo a las que se somete el sujeto y que afectan o pueden afectar a su salud y a su integridad corporal⁷⁵”. El autor además distingue entre tratamientos médicos curativos y no curativos.

MUÑOZ CONDE se refiere al tratamiento médico como “una serie de prescripciones procedentes de persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra y que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta⁷⁶” Para este autor, al igual que Rodríguez Devesa, coinciden que el sujeto activo en el tratamiento médico es el médico o profesional legalmente autorizado para prescribir un tratamiento.

JORGE BARREIRO, destaca en el tratamiento médico curativo las siguientes características fundamentales⁷⁷:

- a) La finalidad curativa;
- b) La indicación del tratamiento médico –quirúrgico para el fin curativo;
- c) La ejecución conforme a la *lex artis*.

La determinación de estos elementos servirá a la hora de establecer cuándo nos encontramos ante un tratamiento médico curativo, como también para abordar la responsabilidad del médico. El Código de Deontología médica de España, nos da su propia definición sobre acto médico.

Artículo 7.1.- Se entiende por acto médico toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos.

3.4 Fases tratamiento médico-quirúrgico

Para determinar el deber objetivo de cuidado (sobre este tema hablaremos más adelante) del profesional sanitario, es de gran ayuda que se tome en cuenta las distintas fases de la actividad médica. Aclarando que no es nuestro objetivo dedicar un análisis exhaustivo de las mismas, sin embargo de manera resumida trataremos de dar algunos conceptos según la doctrina.

- **La anamnesis**, se refiere al historial clínico del paciente, está estrechamente conectada con el diagnóstico.

⁷⁵ Rodríguez Devesa, J.M., Derecho Penal Español, Parte General, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 515 y ss.

⁷⁶ Muñoz Conde, F., Derecho Penal, Parte Especial, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 133.

⁷⁷ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 17

- **Diagnosis**, de acuerdo al criterio de CRESPI, esta fase constituye “el momento central de la actividad típica del profesional médico, en cuanto a éste para poder establecer un tratamiento debe verificar si efectivamente existen síntomas morbosos objetivos y, si existen, cuál es la naturaleza de la enfermedad y su gravedad⁷⁸”. En esta fase es difícil realizar una valoración correcta de la conducta del médico, ya que intervienen una pluralidad de factores objetivos y subjetivos que muchas veces no puede ser correctamente determinada ex ante⁷⁹.
- **La prognosis**, se refiere al proceso y desenlace futuro de la enfermedad, está vinculado a la investigación diagnóstica. Aquí habrá de tener en cuenta el principio de libertad de terapia y de comparación de métodos o técnicas de tratamiento.
- **La ejecución de la actividad médico-quirúrgica**, dada la exigencia e importancia para su ejecución, en esta etapa es donde más expuesto está el médico a cometer errores. De acuerdo a JORGE BARREIRO, la superación del riesgo permitido en esta fase puede derivarse entre otros, de las siguientes circunstancias⁸⁰. **1)** de un tratamiento equivocado en su ejecución, por falta o deficiente conocimiento de la eficacia de los medios empleados o de la capacidad de reacción del organismo del paciente, o por descuidar no cumplir con las reglas de la ciencia médica para la ejecución del tratamiento. **2)** de un tratamiento exacto, pero tardío o irregular en su ejecución, son casos típicos en el tratamiento anestésico. **3)** del error cometido por terceras personas. Para ROMEO CASABONA⁸¹, los deberes del médico comprenden: **a)** la fase anterior a la operación (preparación del paciente; **b)** la operación; **c)** y el postoperatorio. El cumplimiento de las precauciones exigidas por la *lex artis* en las etapas antes indicadas son importantes para analizar la conducta del médico, con relación a la fase de ejecución del tratamiento, y si ocurre dentro del riesgo permitido.
- **Fase posoperatoria**, está relacionada con el control de la evolución del paciente, la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de enero de 1974⁸² expone lo siguiente: “la diligencia exigible a un cirujano no se circunscribe al acto operatorio, sino al subsiguiente posoperatorio, cuando lo confía expresamente a otro facultativo, pues no basta ser diligente en la operación si se descuida lamentablemente el estado posterior”.

3.5 Los bienes jurídicos vida, integridad corporal y protección a la salud del paciente

La protección de bienes jurídicos en el ámbito de la salud, tiene cierta dificultad, partiendo que los médicos al realizar el juramento hipocrático juran salvar la vida o sanar al paciente, cuando bien sabemos que la medicina al no ser una ciencia exacta, el médico solo tiene obligación de medios y no de resultados, al menos en la medicina curativa. Por otro lado se presume la ausencia de dolo en los actos médicos, por lo que la mayoría de veces que se lesiona el bien jurídico protegido en una intervención médica se las deriva como imprudentes.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 54

⁷⁹ Gueréz Tricarico Pablo, “Presupuestos de la licitud jurídico penal del tratamiento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente”, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pág. 170

⁸⁰ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág.

60

⁸¹ Romeo Casabona Carlos María, “El médico y el derecho penal” V. 1, Barcelona, Bosch. 1981, pág. 266

⁸² *Ibidem* pág. 62

Es en esos casos que interviene el Derecho Penal, con la finalidad de proteger y sancionar los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia⁸³ tiene relevancia penal. Es así que los bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas son la vida, la integridad física y moral, y la salud de los pacientes.

Aquella protección que se encuentra regulada en el código penal, parte de los principios e intereses que ampara la Constitución Española, tal es así que el artículo. 15. Nos dice: “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”. Es decir que la vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido, que además tiene doble dimensión física y moral. Por lo tanto el bien jurídico vida, se convierte en un derecho fundamental, junto al derecho de la dignidad humana reconocido en el art. 10, como núcleo de todos los derechos «que le son inherentes», esto justifica la protección en el Código Penal del bien jurídico vida. El artículo 17, protege otro bien jurídico, la libertad, que servirá para el análisis de posibles soluciones en tratamientos médicos y el consentimiento del paciente.

En todo caso, el bien jurídico vida, no solo que está protegido por la Constitución, Código Penal, sino que también lo protege instrumentos internacionales como:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de Diciembre de 1948, art. 3 “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”;
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, en el art. 6 hace referencia a la protección del derecho a la vida, y que nadie puede ser privado de la vida “arbitrariamente”, esto es que no permite la pena de muerte;
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, art. 2, garantiza el derecho a la vida, pero establece que se podrá privarla cuando fuera necesaria en los siguientes casos: **a)** En defensa de una persona contra una agresión ilegítima; **b)** Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; y **c)** Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 2, reconoce el derecho a la vida, y prohíbe la pena de muerte.

De igual manera el derecho a la integridad física, se encuentra garantizado en Tratados Internacionales, tenemos que:

- Declaración Universal de los Derechos del Humanos, del 10 de Diciembre de 1948, art. 5 “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”;
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, en el art. 7 “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”;

⁸³ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General. 8ª, ed., Barcelona, 2008, pág. 129

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, art. 3 “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, y
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 3 Derecho a la integridad de la persona, tanto física y psíquica, y en el campo de la medicina, establece que respetaran el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo a la ley; y en el art. 4 prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos.

Con todo esto, podemos darnos cuenta, que el reconocimiento al derecho a la vida, integridad física, viene marcado por la lucha del respeto y protección a los derechos humanos, plasmado en normas no solo de rango Constitucional, sino también en el derecho internacional de aplicación obligatoria, producto de las necesidades sociales, recordemos pues la etapa de la inquisición, como una época de tratos crueles, tortura, entre otros. Pero en todo caso lo que nos queda claro, es la protección de bienes jurídicos de alto valor como la vida, integridad física y moral.

El derecho a la vida se relaciona con la dignidad humana, libertad de la persona, derechos que le asiste a toda persona hasta el final de sus días.

Ahora bien, el derecho a la vida podría definirse como “el derecho que tiene todo hombre, a que nadie atente contra su existencia⁸⁴”. Existiendo tres derechos humanos que protegen el derecho a vivir⁸⁵:

- a) Los derechos relativos a la conservación de la vida
- b) Los derechos relativos a la conservación de los órganos corporales
- c) Los derechos relativos a la conservación a la defensa de la vida y promoción de la salud.

Mientras que la integridad física está caracterizada por su naturaleza corporal o por “la plenitud de los atributos físicos⁸⁶” sin desconocer que dicha integridad es la consecuencia del derecho a la vida, por lo que podemos darnos cuenta que aunque sean bienes jurídicos totalmente distintos, ambos están estrechamente ligados.

Para Busto Lago, la integridad física es un bien único⁸⁷. Sin embargo, esta se descompone de la siguiente manera⁸⁸.

- a) El derecho a la integridad física, entendido como el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal.
- b) El derecho a la salud física y mental que se entiende como el derecho de la persona a no ser sometida a procesos de enfermedad que eliminen su salud.
- c) El derecho al bienestar corporal y psíquico, el derecho a la persona a que no se le haga sentir sensaciones de dolor o sufrimiento.
- d) El derecho a la propia apariencia personal; significa el derecho de la persona a no ser desfigurada.

⁸⁴ Jorge Barreiro, Agustín, Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Comentarios al Código Penal, Madrid, Civitas, 1997, p. 384 y 385

⁸⁵ Flores Madrigal, Georgina Alicia, El derecho a la protección de la vida e integridad física”, pág. 17 <file:///C:/Users/RAMIRO/Desktop/el%20derecho%20a%20la%20proteccion%20de%20la%20vida.pdf>

⁸⁶ Lasarte, Carlos, Compendio de Derecho Civil, Madrid, Dyckinson, 2004, p. 16

⁸⁷ Busto Lago, José Manuel, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Madrid, Tecnos, 1998, p. 305

⁸⁸ Flores Madrigal, Georgina Alicia, El derecho a la protección de la vida e integridad física”, pág. 27 <file:///C:/Users/RAMIRO/Desktop/el%20derecho%20a%20la%20proteccion%20de%20la%20vida.pdf>

Pero es la doctrina constitucional, que define a la “integridad moral”, como un concepto complejo, enlazado con la dignidad de las personas y de sus derechos inviolables, reconocidos por la Constitución, como fundamento del orden político y la paz social⁸⁹. Pero hay otras posturas, entre estas de GARCÍA MORILLO⁹⁰, quien entiende por derecho a la integridad moral, aquel que tiene la persona “a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos”.

El Tribunal Constitucional, respecto al bien jurídico vida, y sobre el conflicto que pudiera haber respecto a los derechos: vida e integridad física vs. Libertad.

STC 53/1985: la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

STC 10/03/1993: “El derecho a la integridad garantizado junto con la integridad moral en el artículo 15 de la Constitución Española supone la incolumidad del ser físico de la persona”.

STC 137/1990: los límites a los Derechos fundamentales son únicamente los que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada uno o los que infieran de la misma al resultar injustificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pero sin reconocer una jerarquía.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto al derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE, no lo analiza por separado, sino que lo direcciona con el art. 15 CE, que reconoce el derecho a la vida e integridad física, como fundamento del derecho a la salud.

STC 5/2002: “el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”.

3.6 El deber objetivo de cuidado (desvalor de acción)

Se ha mencionado generalmente en la doctrina que el delito imprudente tiene como fundamento la infracción del deber de cuidado, siendo éste el soporte de la desvaloración de la acción. La imprudencia supone la infracción al actuar de un deber objetivo general de cuidado.

En el mundo de la medicina, nos encontramos que existe la ausencia de un reglamento que determine o describa, cuales son las conductas que el ordenamiento jurídico, debería considerar como impericia, imprudencia o negligencia. Cosa distinta en los delitos de seguridad vial, cuando establece la sanción para la persona que conduce bajo los efectos del alcohol o drogas, exceso de velocidad, o conducir sin

⁸⁹ Sánchez Goyanes Enrique, “El sistema constitucional español”, Madrid, Ed. Paraninfo, 1981, pág. 157

⁹⁰ García Morillo, en Esteban y López Guerra, “Régimen constitucional español”, I, Barcelona, 1980, pág. 144, ob. Cit. por Pilar Gómez Pavón, en “Tratamientos Médicos: Su responsabilidad penal y civil, Madrid, Bosch, S.A. 3ª Edición, 2013

licencia, entre otros. Por ello al no existir en la codificación legal de las normas de cuidado, acudimos al conjunto de reglas y técnicas adecuado al desempeño de una profesión u oficio, en el caso de la medicina la *lex artis*.

Es decir, la conducta típica no se encuentra definitiva por una norma legal, es por eso que se consideran como tipos penales abiertos que deberán ser completados y valoraciones jurídicas. Una de las razones que no se encuentren en el ordenamiento jurídico las normas de acción médica, es precisamente por la naturaleza que encierra la actividad médica, partiendo que la medicina no es una ciencia exacta, y sus avances están en constante evolución, por lo que normar la actividad médica sería inaplicable, además que atentaría a la libertad de tratamiento. En este sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, manifiesta que en la actividad médica, nos topamos ante casos de “ámbitos sociales donde no es posible determinar legal o reglamentariamente un estándar debido a la multitud de circunstancias que pueden determinar lo correcto en cada caso concreto o debido a que se encuentran en continuo desarrollo científico. Por esta razón el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que confiar en el estándar técnico o en la “opinión mayoritaria” de los especialistas del ramo⁹¹”

Para SÁNCHEZ CARO, el deber objetivo de cuidado, se basa en dos elementos: el cuidado necesario en la relación de que se trate (la profesión médica, en nuestro caso) y su comparación con la acción ejecutada (transfusión sanguínea o intervención de huesos largos, por ejemplo).

De acuerdo al autor, el deber de cuidados es objetivo y no subjetivo. Esto quiere decir que se exige un nivel mínimo de capacidad necesaria, por debajo del cual debemos abstenernos de actuar. Por otro lado, el deber objetivo atribuye un resultado previsible, el que deberá compararse con la actuación que hubiera realizado otro profesional en idénticas circunstancias de forma *ex ante*, esto es antes que se produzca el resultado⁹².

TORÍO LÓPEZ dice que «el deber objetivo de cuidado es (...) una noción compleja, cuya unidad está constituida por momentos fácticos (descriptivos: creación o aumento de un peligro para el B.j. protegido) y normativos (valorativos: desaprobación por el derecho)⁹³».

PAREDES CASTAÑÓN, lo define como “un deber que impone ciertas obligaciones de actuar o de abstenerse de hacerlo, de acuerdo con criterios fijados de forma (relativamente) general, no dependientes de las capacidades personales concretas (sí, sin embargo, de las concretas circunstancias externas); y que el juicio sobre su infracción depende principalmente de la comparación entre la conducta –objetiva,

⁹¹ Feijóo Sánchez Bernardo José, “Resultado lesivo e imprudencia : estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, Barcelona, José María Bosch, 2001, pág. 309-310

⁹² Cabo Salvador Javier, Gestión Sanitaria Integral: Pública y Privada, Necesidad de nuevas formas y herramientas de gestión sanitaria, Capítulo 16. Bioética y derecho sanitario, en el punto 12. La responsabilidad en el ámbito penal: los delitos y las faltas, por Javier Sánchez-Caro <http://www.gestion-sanitaria.com/gestion-sanitaria-integral-publica-privada.html>

⁹³ Torío López, Ángel: «El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, 1980, Número 1, p. 87

externa– efectivamente realizada y el espectro de la(s) conducta (s) debidas o indicada(s) (espectro que puede ser más o menos amplio, según los casos)⁹⁴”.

Con las anteriores definiciones, podríamos decir que el deber de cuidado en el ámbito médico debe entenderse como un conjunto de obligaciones de comportamientos que exigen en el profesional de la salud comportarse de conformidad con los estándares regulados en su profesión.

A nivel doctrinal y jurisprudencial⁹⁵ suele distinguir entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo. El primero de ellos se encuentra compuesto por la previsibilidad, es decir, se exige del sujeto que infringe el deber de cuidado la posibilidad de prever el resultado lesivo para el bien jurídico protegido, que en el campo médico lo que se pone en riesgo es la vida, integridad física o la salud del paciente, al médico se le exige que dentro del desempeño de una actividad de riesgo, adopte todas las medidas de cuidado a fin de evitar la producción de un resultado lesivo al bien jurídico protegido por la norma Constitucional y Penal. Es decir, todo esto encierra el deber de preparación e información previa.

Es conveniente que recordemos la famosa sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 1959, en la que se condenó al médico como autor del delito de imprudencia temeraria según el art. 565.1 del CP, en relación con el art. 420.1 del CP, de aquel entonces, se trata de un caso de un evidente caso de incumplimiento del deber de preparación e información previa por parte del médico cirujano. En este caso de un paciente que acude hasta el consultorio del médico procesado, en la consulta procedió a diagnosticarle una hernia inguinal. El paciente posteriormente acude para ser operado, sin que durante previo a la intervención quirúrgica se le realizara análisis alguno, ni exámenes de orina ni de sangre, se le reconociera el corazón, ni se le explorasen los pulmones, tomado la temperatura, ni se adoptase medida alguna para comprobar el estado del organismo de su organismo en dicha fecha (...) el procesado doctor G., so pretexto de haber observado una supuesta masa tumoral, a su parecer reveladora de la existencia de sarcoma de pene, llevó a cabo el cercenamiento, de raíz, del miembro viril del enfermo M.R., sin que para ello requiriese el que le fuera hecha la oportuna bioxía que le confirmara su diagnóstico precoz, y sin que obtuviera del paciente o de sus familiares, mujer o hermano, que sabía que se encontraban en dicho momento el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante del cuerpo humano.

Mientras que el deber de cuidado externo se encuentra conformado por la obligación que se le impone al sujeto de comportarse y actuar dentro del riesgo permitido exigido en el contexto social a fin de evitar la producción del resultado típico⁹⁶.

⁹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas. Edt. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. 1995. p. 302

⁹⁵ El Tribunal Supremo acepta la división del deber de cuidado en elemento interno y elemento externo; por ejemplo: STS 02-03-1979 (RJ 1290); STS 16-02-2001 (RJ1262). De igual manera acepta que en cuanto al elemento interno la previsibilidad debe ser vista como la posibilidad que tuvo el sujeto de prever el riesgo; entre otros STS 20-10-2005 (RJ 1357), citado por Geovana Andrea Vallejo Jiménez, Universidad de León, 2012, en Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica, pág. 52

⁹⁶ Martínez Pereda Rodríguez, José Manuel, Responsabilidad penal del médico y del sanitario, 3ª, Madrid, Colex, 1997, pág. 39

De igual modo, es necesario mencionar que la teoría del delito se encuentra compuesta tanto por elementos fácticos, como normativos⁹⁷, ambas son fundamentalmente esenciales, y se complementan entre sí, en razón que las estructuras que componen el delito son un conjunto de principios normativos y que necesitan tener en cuenta los hechos que le ofrece la realidad. Lo factico en el campo de medicina, podría ser que el médico observó la evolución del paciente, circunstancias de tiempo, modo y lugar de la atención médica, o las condiciones como se llevó a cabo la intervención quirúrgica, entre otros.

La pregunta es, ¿Cómo el juez logra determinar si hubo o no infracción del deber objetivo de cuidado? El juez, además de analizar los elementos normativos y facticos, deberá acudir a un baremo que le permita diferenciar la conducta del médico con otros profesionales en su misma situación. Es por esta razón, que la doctrina ha logrado establecer unos límites al deber de cuidado a fin que le permita realizar una diferenciación.

3.6.1 Límites al deber de cuidado

Para limitar la infracción del deber de cuidado, la doctrina ha propuesto varios modelos⁹⁸:

- Modelo de la eficacia causal
- Modelo sociologista, y
- Modelo del hombre medio ideal

Si bien no entraremos a abordar de manera profunda los modelos antes señalados, pero de forma resumida lo haremos.

1. Modelo de la eficacia causal

Presenta un criterio de límite a la infracción del deber de cuidado fundamentado en la idea del “cuidado necesario”, es decir, se refiere a que el sujeto deberá guardar la diligencia necesaria para entender que ha cumplido con el “deber de cuidado”. Lo que demuestra que se trata de un criterio objetivo que exige de las personas que realicen una actividad que implique peligro tomar todas las medidas que sean objetivamente necesarias para eliminar cualquier riesgo de lesión para el bien jurídico⁹⁹.

A nuestro entender, este modelo resulta inconveniente, en razón que el factor objetivo en todas las actividades de la medicina no dependen exclusivamente del médico, sino también de otros factores, un ejemplo, el médico de turno le toca atender a un paciente que está inconsciente, sus familiares solo le dicen que se desmayó después que este presentara mareos y fuerte dolor de cabeza, el médico en ese momento requiere que le hagan de urgencia una radiografía, por sospecha de un

⁹⁷ SAP Barcelona 19-9-1995 (ARP 980), acepta que en el deber de cuidado se encuentran elementos de carácter normativo y fáctico “La infracción del deber objetivo de cuidado, que unas veces se halla definido y proclamado en normas de carácter legal o reglamentario y otras se encuentra immanente en el seno de la vida comunitaria, obligando al individuo en sus relaciones sociales a respetar el principio «alterum non laedere»”.

⁹⁸ Paredes Castañón, José Manuel, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas. Edt. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. 1995. págs. 305 ss.

⁹⁹ Vallejo Jiménez Geovana A., “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 55

posible aneurisma, y resulta que el hospital por daños en los equipos carece en ese momento de la posibilidad de hacer radiografías. Esta situación obviamente le impide al profesional aplicar los cuidados necesarios y que le son exigidos. Otro ejemplo puede ser la falta de medicina, personal, entre otros.

2. Modelo sociologista

Utiliza dos teorías la del “hombre medio” que corresponde a los cuidados que el sujeto debe atender conforme con las normas sociales aplicadas al caso concreto; y la teoría de la “adecuación social, tiene una fuente normativa desde el ámbito jurídico. Brevemente toparemos cada una de estas teorías.

2.1 Modelo sociologista puro: del hombre medio

Algunos autores procuran concretar este modelo al tráfico jurídico, es decir, lo que debe determinarse es que el sujeto ha actuado conforme lo hubiera hecho un hombre medio perteneciente al mismo sector del tráfico jurídico del autor¹⁰⁰.

Es por ese motivo que esta teoría tiene fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina, para quienes resulta violatorio del principio de igualdad; además que solo toma en cuenta las realidades del hombre medio, sin hacer mención al elemento normativo que no observó el sujeto.

2.2 Modelo sociologista: de la adecuación social

Este modelo intenta identificar si el sujeto adecuó su comportamiento a los usos sociales, aquí lo importante es determinar si hubo o no infracción del deber de cuidado, estableciendo si la conducta del sujeto estuvo ceñida a esquemas sociales; no interesa si el sujeto utilizó los cuidados requeridos en el caso concreto, sino la utilización de los cuidados requeridos en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada¹⁰¹.

Esta teoría tiene fuertes críticas, al considerarla imprecisa; al igual que la teoría anterior, excluye las normas jurídicas, delimitando únicamente el deber de cuidado como resultado de factores sociales.

3. Modelo del hombre medio ideal

Este modelo determina el límite del deber de cuidado a partir de fuentes primordialmente jurídicas. Para CORCOY BIDASOLO, concibe este modelo como mixto, al estar compuesto por elementos normativos y sociales; se considera en este sentido que el deber de cuidado parte de un carácter normativo que se concreta de acuerdo a criterios objetivos, es decir, se busca la medida de lo usual según la experiencia de la sociedad y de la conducta de la media exigida por la cultura general y por los valores específicos de la profesión¹⁰².

El Código de Deontología médica española nos dice lo siguiente:

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 57

¹⁰¹ *Ibidem* pág. 58

¹⁰² Corcoy Bidasolo Mirentxu, Delito imprudente, 2ª, 2005, 110 ss., en Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 60

Artículo 22.1.- El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia.

Por su parte el Código Internacional de Ética Médica, en la 57ª Asamblea de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre, 2006, entre los deberes que el médico debe tener con los pacientes, estipula lo siguiente:

“el médico debe a sus pacientes toda su lealtad y todos los recursos científicos disponibles para ellos. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe consultar o derivar a otro médico calificado en la materia”.

El Tribunal Supremo sobre el hombre medio, en este caso el médico medio ideal destaca que:

STS del 27-5-1988, R. 3849: “más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, de diligencia media por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo o mortal para una persona, no se pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la Medicina”

Podríamos decir que este modelo al tomar en cuenta los elementos normativos y facticos, sería el ideal. La determinación del contenido del deber de cuidado a partir de estructuras normativas y fácticas debe analizarse partiendo del baremo del hombre medio ideal, en el caso de la profesión médica el comportamiento social ideal es el que debe servir como parámetro indicador de la imprudencia médica¹⁰³.

En la determinación del deber objetivo de cuidado juegan un papel fundamental algunos principios, tales como el principio de confianza. Este principio conecta, indudablemente, con el riesgo permitido, ya que precisamente surgió para delimitar el deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido¹⁰⁴.

3.6.2 Capacidades y conocimientos especiales del personal sanitario

La doctrina mayoritaria admite la necesidad de diferenciar entre conocimientos especiales o superiores y capacidades especiales; para la primera concibe como la experiencia del sujeto en la actividad, el aprendizaje o estudio realizado sobre ella, las que pueden transmitirse a otro profesional medio ideal, es decir, son susceptibles de objetivación según el criterio de LUZÓN PEÑA; y la segunda, capacidades especiales se comprende, la aptitud, habilidad innata, circunstancias individuales del autor en el desempeño de su actividad, estas no pueden ser transmitidas a otra profesional para determinar previsibilidad objetiva.

Pero aunque ambos puedan complementarse, no siempre será así, sobre todo al momento de analizar la imprudencia médica, se deberá diferenciar ambos conceptos.

¹⁰³ Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 60

https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

¹⁰⁴ ROMERO FLORES, BEATRIZ, “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, Anuales de Derecho, Universidad de Murcia. Número 19. 2001. Págs. 259-278

El médico tiene la obligación de capacitarse constantemente, perfeccionar la técnica, aprender nuevos métodos, y estar a la par de los avances científicos de la medicina, ya que esto forma parte de sus responsabilidades, por ser el garante de bienes jurídicos de alta relevancia como la vida, integridad física y salud de sus pacientes. El Código de Deontología médica de España en su art. 7. 3 se refiere al respecto diciendo que: “La formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional”. Sobre este punto CRESPI señala que “el médico, sirviéndose de las publicaciones científicas debe estar al corriente de la nueva literatura sobre el desarrollo de la ciencia, tratando así de favorecer y hacer posible el progresivo perfeccionamiento de las propias capacidades profesionales. Tal obligación no es igual para todos los médicos y se impone la distinción entre el médico no especializado y el especialista¹⁰⁵”.

LUZÓN PEÑA¹⁰⁶: “(...) las capacidades especiales y superiores del autor –pericia, habilidad, etc.- son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadirselas hipotéticamente al mismo. Por eso, aunque el sujeto que tiene una especial capacidad como tirador, etc. no emplee y se limite a llevar a cabo una actividad arriesgada normal con la misma técnica o pericia que utilizaría un buen profesional o un ciudadano bien preparado pero sin esa capacidad superior, no infringe el deber objetivo-general de cuidado ni por tanto actúa imprudentemente”.

No puede negarse que en la doctrina existe una discusión relacionada a los conocimientos y condiciones especiales, si estos deben ser analizados en la imprudencia médica, para determinar la violación al deber de cuidado. La discusión radica, en que si se toma en cuenta aquellas capacidades y conocimientos especiales del médico, como deber objetivo o un deber subjetivo (individual) de cuidado. Al respecto y sin entrar a explicar las teorías que se conocen en la doctrina y que intentan explicar este problema de si debe o no incluirse un elemento subjetivo en el deber de cuidado, son tres, la teoría individualizadora o subjetiva, teoría objetiva y teorías intermedias.

En palabras de CEREZO MIR, “El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función a la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de bienes jurídicos¹⁰⁷”.

LUZÓN PEÑA dice: “la exigencia de infracción de un deber subjetivo-individual es rechazable, pues hay que insistir en que la antijuridicidad de una conducta es un juicio objetivo-general de diligencia, mientras que la incapacidad individual de entenderlo o cumplirlo es un problema de culpabilidad. Por otra parte (...) la no utilización de

¹⁰⁵ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 48

¹⁰⁶ Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 77
https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

¹⁰⁷ Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 69 https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

especiales conocimientos –no así de especiales capacidades o habilidades– del sujeto determina ya la infracción de un deber objetivo (y no sólo subjetivo) de cuidado por haber previsibilidad objetiva¹⁰⁸.

Con lo anteriormente expuesto, y sin analizar las otras teorías, nos adelantamos en decir que la postula mayormente aceptada es la teoría objetiva, a partir de las actuaciones de un hombre medio ideal. Es el caso del médico diligente y cuidadoso comparado con el médico procesado, añadiendo el grado de conocimiento superior, si el médico imputado posee. Quedando excluidas las capacidades especiales que el médico omitió, ya que solo deberá analizarse si el comportamiento se ajustó a la de un médico ideal, y que esa conducta no haya infringido el deber objetivo de cuidado¹⁰⁹.

Para CEREZO MIR¹¹⁰ el problema radica sólo en relación a las capacidades especiales del autor; si el médico se limita a hacer uso de la pericia y habilidad imprescindibles para poder llevar a cabo una intervención quirúrgica, su conducta responderá al cuidado objetivamente debido y no estará comprendida en el delito imprudente. Cosa distinta ocurre cuando el médico no hace uso de la capacidad excepcional, aunque le fue previsible el resultado muerte del paciente, es decir pudo evitar la producción del resultado poniendo en práctica aquellas facultades excepcionales, cuando además ocupaba la posición de garante del preservar el bien jurídico vida del paciente, aquello podría calificarse como homicidio doloso por omisión.

La previsibilidad objetiva es lo que hará determinar la existencia de la infracción del deber objetivo de cuidado.

3.6.3 Deber de cuidado y su relación con el riesgo permitido

El mundo de la medicina pertenece al grupo de aquellas actividades consideradas como peligrosas cuyo ejercicio viene regulado básicamente por la *lex artis*, y no por normas jurídicas, como ya anteriormente lo hemos explicado.

En la dogmática actual el problema de la infracción de cuidado se plantea como un problema de imputación objetiva, por lo tanto, lo preciso es comprobar si el autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante.

En el delito imprudente la imputación objetiva del resultado y con ella la tipicidad queda excluida si la acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido, lo que significaría que no ha existido infracción del deber de cuidado. Sin embargo, habrá delito imprudente cuando el resultado dañoso ha generado un riesgo superior al riesgo permitido. Por lo tanto, no hay que olvidar que no toda falta de cuidado da origen a un delito imprudente, para ello hay que determinar qué riesgos debieron ser previsibles para el médico y el equipo sanitario.

Para CORCOY BIDASOLO, lo que ha de valorarse como riesgo permitido no es “el ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa”, sino el riesgo existente que no resulta

¹⁰⁸ *Ibidem* pág. 79

¹⁰⁹ Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 81,82 https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

¹¹⁰ Cerezo Mir, José, “EL TIPO DE LO INJUSTO DE LOS DELITOS DE ACCION IMPRUDENTES” en CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito sexta edic. Madrid, Ed Tecnos, julio 1998, p. 162/163

abarcado por el deber objetivo de cuidado y que se justifica por la utilidad social de la actividad. El riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado no se superponen sino que se contraponen¹¹¹.

VALLEJO JIMÉNEZ¹¹² citando a LUZÓN PEÑA nos explica que según el autor no se infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no se puede hablar de imprudencia cuando el sujeto ha adoptado suficientes medidas de prudencia y control de peligro; es decir, cuando se mantiene en los límites del riesgo permitido.

PAREDES CASTAÑÓN, la teoría del riesgo permitido, se aplica en «casos de conductas peligrosas o lesivas para el bien jurídico penalmente protegido que, sin embargo, no resultan prohibidas, pese a existir previsibilidad y controlabilidad del riesgo, en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes (adecuación social), consideraciones que limitan el alcance del deber de conducta que le corresponde al sujeto actuante en la situación concreta¹¹³».

No se puede negar que toda intervención médica reviste de un cierto nivel de riesgo, pero debe encuadrarse dentro del riesgo permitido, elemento clave para imputar responsabilidad por imprudencia, y es el que servirá para valorar si ha existido infracción del deber objetivo de cuidado, cuando eso ocurre, se analizará si esa conducta puede enmarcarse dentro del campo penal. En razón de lo antes mencionado, en el mundo de la medicina se suele reconocer principalmente los riesgos típicos y riesgos atípicos. Estos son básicamente los que se tendrán en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal del médico.

3.6.4 Producción y causación del resultado típico (desvalor de resultado)

Los delitos imprudentes son fundamentalmente delitos de resultado, en este caso los delitos de lesiones o de homicidio imprudentes, en los que el autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante (lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en ámbito médico, la vida, integridad corporal y la salud del paciente), producto de la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), infracción que puede desencadenar en la producción del resultado típico (desvalor de resultado).

La infracción del deber objetivo del cuidado y la producción del resultado típico, deberá existir necesariamente una relación de causalidad. Esto quiere decir, que el resultado para ser reprochado debe haber sido producido casualmente por la acción del médico. Solo ahí podríamos imputar objetivamente ese resultado al médico. Esto se da porque en los delitos imprudentes no basta con la comprobación del desvalor de acción para afirmar la antijuridicidad, necesariamente debe existir el desvalor de resultado, entendiendo que con este el autor lesiona o puso en peligro un bien jurídico. Por eso es que el solo actuar infringiendo el deber objetivo de cuidado no supone una vulneración del bien jurídico.

¹¹¹ Corcoy Bidasolo Mirentxu, Delito imprudente, 2ª, Buenos Aires, , Editorial B de f, 2005, 312, en Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 85 https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

¹¹² Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 85 https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

¹¹³ Paredes Castañón, José Manuel, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas. Edt. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. 1995. p. 82

Para imputar un resultado no es suficiente que la infracción al deber objetivo de cuidado, producto de una conducta imprudente sea la causante del resultado típico, es necesario que exista una relación normativa (nexo de antijuridicidad), esto es que el autor haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, cuyo peligro se haya plasmado en la lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido por la norma penal, esto es la vida, integridad corporal y salud del paciente.

3.7 Posición de garante

La posición de garante, es la situación en la que una persona tiene la obligación de actuar, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando eso ocurre, es decir, surge un evento lesivo que pudo haber sido impedido, abandona la posición de garante. La posición de garante es una característica esencial de los delitos de comisión por omisión; de tal manera que sólo el garante se le podrá atribuir como autor en los delitos de comisión por omisión.

Desde el punto de vista de la doctrina, para afirmar la presencia de un delito de comisión por omisión, se necesita que haya un deber jurídico de evitar el resultado. En eso consiste la posición de garante, que permite distinguir la situación fáctica de garante en si misma incorporada al tipo como característica no escrita de éste, de forma que los delitos de comisión por omisión se presentan como delitos especiales de autor, porque en ellos, el sujeto activo del delito (el omitente) no es una persona cualquiera, sino que tiene una posición o deber especial con relación a la integridad del bien jurídico correspondiente. Por este motivo, la no evitación del resultado delictivo es equiparable a su realización mediante una conducta activa¹¹⁴.

El médico está en posición de garante desde que asume efectivamente el tratamiento, hasta que finaliza el mismo, claro, siempre que esté a cargo de todo el proceso desde principio a fin, porque puede darse el caso, que el médico solo atendió en la consulta a la paciente, y nunca más supo de ella, o una vez atendido al paciente, se hace cargo del tratamiento, y en medio proceso de tratamiento ella decide cambiar de médico.

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, considera que para configure la “comisión por omisión” se requiere la exigencia que el sujeto se encuentre en “posición de garante”. Sin embargo, al no existir en el Código Penal ninguna pauta dedicado a la comisión por omisión, es el Tribunal Supremo el que debe decidir en qué casos y bajo qué condiciones puede apreciarse un delito de comisión por omisión.

Es por ello que la no tipificación expresa de estos delitos, plantea el grave problema de su posible incompatibilidad con el principio nullum crimen, nulla poena sine lege. Los delitos de comisión por omisión son, pues, delitos especiales que no pueden ser cometidos por cualquier persona¹¹⁵. El médico tiene la obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo, ya que forma parte de las competencias que tiene su profesión para evitar producir un resultado lesivo.

¹¹⁴ Aráuz Ulloa Manuel, “La Omisión, comisión por omisión y posición de garante”, en Encuentro/Año XXXII/N. 54/2000 <http://www.uca.edu.ni/2/images/Revista-Encuentro/Revistas/e54/art-4.pdf>

¹¹⁵ ALASTUEY Dobon, María del Carmen, “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” pág. 970, <file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/Dialnet-DelitosDeComisionPorOmissionEnLaJurisprudenciaDelTr-46420.pdf>

Por tal razón al ser la posición de garante una construcción no expresada en el tipo penal, que debe ser elaborada por el juez, también ha sido un tema discutido. De acuerdo a la doctrina ubica que las fuentes son dos: fuente formal y fuente material. La primera, concibe la posición de garante con fundamentación legal, contractual y con injerencia. La segunda, se establece una subdivisión atendiendo a si el sujeto «activo» se encuentra en posición de protección de un determinado bien jurídico.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1984 ya se utiliza, directamente, la expresión "comisión por omisión" y, además, se afirma que ésta "equivale a la acción". El tenor literal es el siguiente; "...de la declaración de hechos probados aparece destacado con toda evidencia el dolo directo de muerte impulsado por un móvil honoris causa al dejar abandonada a la hija recién nacida después de cortar el cordón umbilical: comisión por omisión que es equivalente a la acción por la seguridad, dadas las condiciones del lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo y dejado en el tejado de un vecino, de que necesariamente habría de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre..."¹¹⁶.

El garante, que lesiona el deber que le incube evitar el resultado, realiza el tipo penal, que está construido en la ley como delito comisivo, el mismo que se basa principalmente en una norma prohibitiva¹¹⁷. Los delitos definidos como delitos de "comisión por omisión", operan en los delitos de resultado y se estructuran en base a la no evitación en ciertas circunstancias específicas de este resultado.

En conclusión, en estos delitos los sujetos tienen una especial responsabilidad. En el campo de la medicina, son los profesionales sanitarios, garantes de proteger el bien jurídico vida, integridad física y moral, y la salud de los pacientes que están a su cargo. La clave será, en definir si un determinado sujeto, en una situación concreta, se encuentra en la posición de garante. Es así que un médico que transita por una calle y presencia un accidente, si no auxilia al accidentado comete, indudablemente, una omisión de socorro, si bien no se haya en la concreta posición de garante, que le añade un plus de responsabilidad. Este sería el caso del profesional que presta servicio en el equipo de urgencia que acude al lugar del accidente¹¹⁸.

3.8 Imprudencia médica

El Código Penal Español, sufrió una modificación gracias a la publicación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, entre los cambios importantes que significó esta reforma, observamos que desaparece del ordenamiento jurídico las faltas, pretendiendo que estas sean resueltas en el ámbito civil y administrativo; otro despenalización de la imprudencia leve, se mantiene la imprudencia grave, pero aparece una nueva figura, me refiero a la tipificación de la imprudencia menos grave. De esta forma el delito se subdivide en: grave, menos grave y leve, de acuerdo al art. 13 y 33 del Código Penal.

¹¹⁶Maciá Gómez Ramón, La posición de garante en el Derecho Español: Concepto y Estructura, Enero de 2009, https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=326

¹¹⁷ García Falconí, Ramiro "Código Orgánico Integral Penal Comentado", 2ª edición, Quito-Ecuador, Latitud Cero Editores, 2014, pág. 352

¹¹⁸ Siso Martín, Juan, "Seguridad jurídica en la práctica clínica", pág. 27, <http://www.juansiso.es/Almacen/SEGURIDAD%20JURIDICA%20EN%20LA%20PRACTICA%20CLINICA.pdf>

Con la reforma al CP, se produce una modificación respecto a la imprudencia, en lo que respecta a los delitos de lesiones y de homicidio, vemos que se derogó el art. 621, y se modifica el art 142 y 152 del CP.

A continuación, de forma resumida trataremos de reflejar los cambios que tuvo el CP, en lo referente a la imprudencia.

LO 10/1995 de 23 de noviembre (Anterior a la LO 1/ 2015):	Introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo
<p>DELITO: homicidio y lesiones cometidas por imprudencia grave en los art 142 y 152 del CP.</p> <p>FALTA; homicidio y lesiones cometidas por imprudencia leve (art 621.2º y 3º de C.P) y también las lesiones del art 147.2º del CP realizadas por imprudencia grave, apartado nº 1 del artículo mencionado.</p>	<p>DELITO : homicidio y lesiones cometidas por IMPRUDENCIA GRAVE (se castiga las lesiones del art 147- también las que inicialmente se incluían en el apartado 2º y eran falta, 149 y 150) y MENOS GRAVE (cuando se produzcan lesiones del art 149 y 150, del CP) Las lesiones que trata el art 147. 1 del CP. Da la posibilidad de imponer pena de multa.</p>

La actividad médico-quirúrgica compromete bienes jurídicos de alta relevancia que son protegidos por la norma constitucional y Derecho penal como la salud, la vida, integridad física y moral, y la libertad de la persona. Estos bienes jurídicos se concretan en los tipos penales de lesiones y homicidio imprudente, aunque con pocas excepciones podría aparecer de forma dolosa, específicamente el dolo eventual, y digo pocas excepciones atendiendo que se presume que todo acto médico-quirúrgico curativo busca salvar la vida o mejorar la salud del paciente, haciendo que se excluya la incriminación dolosa. ROMEO CASABONA, atendiendo la dogmática finalista, considera que el médico podría realizar el tipo de lesiones con dolo eventual “cuando el enfermo podría seguir viviendo sin la intervención, aun quizá sin llegar a curarse del todo, y el médico prevé que la intervención posible, para curarle podría eventualmente tener consecuencias perjudiciales para el paciente. En estas circunstancias el médico debe abstenerse de actuar y en el caso de que se decida por la intervención y se produzca el desenlace previsto, habrá realizado el tipo de lesiones corporales con dolo eventual¹¹⁹”.

JORGE BARREIRO, citando a PENNEAU, indica que de acuerdo a cierto sector doctrinal “la responsabilidad médica es actualmente el objeto de una evolución que inquieta al médico y conduce al jurista a reexaminar elementos de solución que parecían firmemente definidos¹²⁰”.

Al respecto BACIGALUPO ha manifestado que “para establecer las condiciones bajo las cuales el tratamiento médico-quirúrgico puede dar lugar a responsabilidad penal del médico que lo ha practicado, es necesario saber por qué tal actividad es jurídicamente legítima. La cuestión es particularmente delicada y en este sentido ha ofrecido siempre dificultades por el hecho de que la naturaleza de la actividad médica y su significación social excluyen ya inicialmente una correlación directa entre la lesión

¹¹⁹ Romeo Casabona Carlos María, “El médico y el derecho penal” V. 1, Barcelona, Bosch. 1981, pág. 208

¹²⁰ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 13.

del bien jurídico protegido (vida, salud, integridad corporal) y la consecuencia penal. Es decir, no todo tratamiento que en lugar de una mejoría produzca un empeoramiento del estado del paciente podrá considerarse, sólo por esta circunstancia, como ilícito (...) el tema consiste, en realidad, en la determinación de las condiciones bajo las cuales una lesión, un resultado de muerte, etc., provenientes de un tratamiento médico pueden considerarse como subsumibles en el supuesto de hecho del delito de lesiones o del homicidio¹²¹”

El Tribunal Supremo indicó que “la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, dada la especial naturaleza del organismo humano, sino de la adecuación de medios a emplear en el caso, y no es menos cierto que en esa aplicación de medios subyace una necesaria e imperiosa atención, de suerte que por respeto a la deontología profesional y obediencia a la *lex artis* ha de extremarse dicha atención para que no resulte fallido o contraproducente el medio empleado¹²²”.

El facultativo jamás puede imputársele por daños que no han sido previsibles o por imprevistos, en cuyo caso la conducta del médico no será antijurídica. Es por ello que si no existe previsibilidad del resultado típico no puede atribuírsele culpa ni dolo en ese acto médico, por lo consiguiente no respondería al menos de forma penal. Solo puede existir culpa médica cuando el actuar del médico no ha estado acorde a la *ex artis*, además que para reprocharle al médico la ausencia o deficiencia de la información, debe ser en casos de un daño considerado relevante en perjuicio del paciente, siempre que exista un nexo causal entre la falta de información y el resultado lesivo en el paciente.

3.8.1 Requisitos jurisprudenciales para la valoración de un comportamiento imprudente

El Tribunal Supremo, ha ido elaborando un cuerpo de doctrina jurisprudencial relativo a la imprudencia entre otras, las SSTS de 29 de febrero y 23 de mayo de 1996, 14 de febrero, 8 de mayo y 3 de octubre de 1997 y 19 de julio de 2002¹²³. En las que ha declarado que la evaluación de la imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Una acción y omisión voluntaria no maliciosa.
- b) Infracción del deber de cuidado.
- c) Creación de un riesgo previsible y evitable.
- d) Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta.

¹²¹ Ibidem pág. 38

¹²² Tribunal Supremo de España, Sala 1a, 23/02/1994, ponente: Sr. Malpica Gonzalez Elipe, La Ley (Esp.), T. 1994-2, p. 879 (16030-R), citado por López Mesa Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 138

¹²³ Asier Urruela Mora, Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal Médica, Universidad de Zaragoza, Revista de Derecho Penal, pág. 41
<http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>

ROMEO CASABONA¹²⁴, distingue los siguientes elementos, que deben estar presentes y ser demostrados con todo rigor: **a)** conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad; **b)** producción de la muerte o lesión del paciente; **c)** la relación de causalidad entre la conducta del médico y el resultado producido; **d)** existencia de una relación de antijuridicidad entre ambos o imputación objetiva del resultado.

En lo relacionado a la definición de imprudencia profesional, las SSTS de 1 de diciembre de 1989, de 8 de mayo y de 3 de octubre de 1997, 23 de octubre de 2001 y de 27 de marzo de 2002 han señalado que se caracteriza por «la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como la *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que, como ya se ha dicho, los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales¹²⁵».

En lo que respecta a impericia profesional mediante STS de 22 de enero de 1999 define como «la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzcan a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión¹²⁶»

3.8.2 El error o fallo en el tratamiento médico

En el apartado 3.4 del presente capítulo tratamos sobre las fases del tratamiento médico –quirúrgico, las mismas que consisten en exploración clínica, diagnóstico, pronóstico, ejecución de la actividad médico-quirúrgica y posoperatoria. En cada una de estas fases es posible que pueda ocasionarse un resultado lesivo como consecuencia de error o fallo técnico del médico.

Según G. SHWALM, citado por JORGE BARREIRO “el tratamiento médico no indicado o el no realizado conforme a la técnica curativa para el logro de una

¹²⁴ Romeo Casabona, Carlos María, Evolución del tratamiento jurídico - penal de la imprudencia del personal médico- sanitario, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 13. AGOSTO 2007, pág. 223
file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/9+romeo%20(5).pdf

¹²⁵ Asier Urruela Mora, Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal Médica, Universidad de Zaragoza, Revista de Derecho Penal, pág. 43
<http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>

¹²⁶ Ibidem pág. 46

determinada finalidad médica de tratamiento, según los conocimientos de la ciencia médica, teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles del caso concreto en el momento del tratamiento; y la omisión del tratamiento curativamente correcto, que aparece como indicado objetivamente para la obtención de un determinado fin de tratamiento según los conocimientos de la ciencia médica bajo las circunstancias del caso concreto en el momento de la necesidad del tratamiento, siendo posible la realización de lo omitido¹²⁷. Con esta definición nos damos cuenta que el punto de referencia es la *lex artis*, y cuando ocurre fallo en el tratamiento médico corresponde por la infracción de las reglas de la *lex artis*.

El error o fallo técnico del médico no debe confundirse con la infracción del deber de cuidado, ya que de acuerdo a ROMEO CASABONA “es un concepto científico, que no implica por sí mismo la culpa, que lo es jurídico¹²⁸”. Por otro lado, a diferencia de la imprudencia punible que exige una valoración “*ex ante*”, en el error o fallo técnico del médico se verifica “*ex post*” en el que se podrá determinar que un acto médico no era el adecuado y que ha provocado un resultado típico.

Los errores o fallos técnicos una vez valorados deberá determinarse si hubo o no error médico, y en casi que si lo haya tendrá que indicarse si ese error es leve o grave. Esto en el mundo jurídico penal se traduce en error invencible y error vencible, siendo el primero cuando el diagnóstico o el tratamiento aún erróneo es un análisis *ex post* es el que hubiera realizado cualquier otro profesional atendiendo al momento y lugar de la evolución de la Medicina y del paciente concreto, en el segundo caso (error vencible) cuando con una especial diligencia el sujeto hubiera podido advertir el error de diagnóstico o tratamiento, pudiendo dar lugar a responsabilidad penal por imprudencia en el caso que se califique como el error como vencible¹²⁹. De ahí que de acuerdo a la doctrina señalen que únicamente la responsabilidad del médico será por errores vencibles en el diagnóstico.

El Tribunal Supremo en Sentencia del 29 de marzo de 1988 R. 2124, expone: “la práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *lex artis*, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y la diversidad del hecho humano sobre que se actúa, exigente de métodos o atenciones diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afección de la enfermedad. La medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprensibles, se interfieren y sorprender riesgos extraños de difícil previsibilidad...” como ya lo hemos dicho, la medicina también debe reconocer el principio de libertad de tratamiento.

El art. 23.1 del Código Deontológico español al respecto dice: “El médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad”.

SIEBERT, advierte que cuando el médico amparado en su derecho a la libertad terapéutica, el juez deberá ponderar entre las ventajas y desventajas de los

¹²⁷ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 44

¹²⁸ Romeo Casabona Carlos María, “El médico y el derecho penal” V. 1, Barcelona, Bosch. 1981, pág. 79

¹²⁹ Morillas Cueva Lorenzo (Director), Suárez López José María (Coordinador), Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y otros agentes sanitarios, Dykinson, 2009, Madrid, Pág. 187-188

tratamientos médicos existentes, mediante los informes de los peritos médicos llegar a la certeza de cuál es el método o técnica más adecuado para el caso concreto y desde un estudio *ex ante*¹³⁰. Cuando existan problemas para concretar cuál es el método o técnica adecuada, existiendo varias tendencias en la ciencia médica, le juez deberá acudir al principio de comparación entre diversos procedimientos en conflicto¹³¹.

Existe la tendencia que descarta responsabilidad penal o civil por daños causados al paciente cuando se trate de un error en el diagnóstico. Excepto que ese error sea inexcusable, notoria gravedad, o el médico haya omitido exámenes exigidos por la *lex artis* y el estado de la ciencia médica. Entre las razones para esto es por la propia naturaleza de la medicina, que como ya sabemos no es una ciencia exacta, la misma que evoluciona constantemente, también porque no hay que olvidar que al ser una ciencia compleja, puede ocasionar que inicialmente no se pueda atinar con el diagnóstico correcto de una enfermedad, más aun cuando en ciertas enfermedades tienen los mismos síntomas, y que esto inicialmente puede hacer caer en el error de diagnóstico, cosa igual sucede cuando los síntomas no son claros, aquí de entrada no habrá ningún tipo de responsabilidad contra el médico. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en sentencia de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1990\791)¹³² sobre error en el diagnóstico se ha manifestado en el siguiente sentido.

“...(a)... el error en el diagnóstico, no es tipificable como infracción penal, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad -Sentencias de 26 de octubre de 1983 (RJ 1983\4799), 7 de octubre y 22 de diciembre de 1986 (RJ 1986\5575)-; b) tampoco se reputa como elemento constitutivo, sin otro aditamento de la imprudencia, el hecho de carecer el facultativo de una pericia que deba considerarse extraordinaria o de cualificada especialización -Sentencias de 5 de febrero y 8 de junio de 1981 (RJ 1981\491 y RJ 1981\2625)-; c) la determinación de dicha responsabilidad, ha de efectuarse teniendo en cuenta las situaciones concretas sometidas al enjuiciamiento, evitando las generalizaciones aplicables a todos los supuestos - Sentencias de 25 de noviembre de 1980 (RJ 1980\4556) y 8 de junio de 1981-; y d) si las deficiencias del instrumental médico no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos, no puede apreciarse una conducta imprudente - Sentencia de 10 de octubre de 1987-”.

3.8.3 Imprudencia grave o leve

El objetivo del presente trabajo no es abordar desde de forma amplia el campo dogmático ni entrar de lleno respecto a la imprudencia, más bien el objetivo principal del presente trabajo es abordar la necesidad de incluir el tipo penal tratamiento médico arbitrario, por las lagunas jurídicas que existe sobre este tema. Sin embargo antes de comenzar a desarrollar o motivar nuestra propuesta, hemos creído conveniente abordar cada uno de los temas que hasta el momento ya hemos tratado, los que de alguna forma sirven para dar soporte a nuestra propuesta.

La jurisprudencia mayoritaria ha definido a la imprudencia conforme dos elementos, uno psicológico (previsibilidad), otro normativo (infracción del deber). El punto si en el sujeto se dio la previsión o no del posible resultado, el Tribunal Supremo distingue entre culpa consciente y culpa inconsciente¹³³. Entendiéndose por culpa consciente cuando el sujeto prevé la producción de típica del resultado, pero confía en que no se

¹³⁰ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág. 46

¹³¹ *Ibidem* pág. 47

¹³² Guerez Tricarico Pablo, “Presupuestos de la licitud jurídico penal del tratamiento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente”, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pág. 163

¹³³ Choclán Montalvo José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, 1era Ed., Barcelona, Bosch, 1998, pág. 145

producirá el tipo penal; en cambio en la culpa inconsciente el sujeto por causa de la infracción del deber objetivo de cuidado debido, no piensa en la realización del tipo penal.

Es por ello que la imprudencia se la ha otorgado ciertos grados, esto es imprudencia grave o leve son las figuras introducidas en el actual Código Penal de 1995, estas sustituyen a la imprudencia temeraria y simple, que se encontraban en el anterior código. De acuerdo a la STS de 29 de octubre de 1994¹³⁴, para diferenciar la imprudencia grave de la leve «ha de atenderse al grado de poder de previsión (“poder saber”) y al grado de la infracción del deber de cuidado (“deber evitar”) (...).

Para CHOCLÁN J. “el sistema establecido en el Código Penal al distinguir entre imprudencia “grave” y otra “leve” permite decir que la imprudencia es graduable, aunque no se establecen criterios en la ley conforme a los cuales pueda establecer esa diferenciación, tampoco suficientemente aclarados por la teoría (...) conforme el criterio mayoritario, la diferencia entre imprudencia grave y leve depende de la entidad de la infracción del deber de cuidado (...) la imprudencia leve, como en el sistema anterior, sólo puede dar lugar a una falta (...) sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (...) la imprudencia grave es una imprudencia de cierta significación o importancia, o como se ha dicho, “sustancialmente elevada (...) la diferencia entre ambas clases de imprudencia se encuentra en el desvalor de acción, sin que pueda medirse la gravedad de la imprudencia en función de la gravedad del resultado producido”¹³⁵”.

Mientras que GOMEZ RIVERO¹³⁶ nos dice que debe realizarse “atendiendo al contenido del desvalor de la acción y no del resultado que produzca, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la importancia de los bienes afectados, la utilidad social de la conducta, la proporción estadística entre la acción realizada y el resultado producido, el grado de previsibilidad del riesgo, los conocimientos y capacidades especiales del autor y las circunstancias de tiempo, lugar o urgencia con la que se practica la intervención”. Para el Tribunal Supremo, la imprudencia grave es la que «supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y, que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente (STS de 25 de mayo de 1999)¹³⁷». Ambos autores coinciden que la diferencia entre imprudencia grave y leve radica en el desvalor de acción, sin que pueda medirse la gravedad de la imprudencia en función del resultado producido.

El Código Penal, establece la sanción en delitos de imprudencia, sea por homicidio o lesiones imprudentes, los mismos que al ser de acción pública, son perseguibles de oficio. También es pertinente aclarar que cuando se trata de imprudencia profesional, además de la pena de prisión, se impone la inhabilitación para el ejercicio profesional,

¹³⁴ Asier Urruela Mora, Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal Médica, Universidad de Zaragoza, Revista de Derecho Penal, pág. 49

<http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>

¹³⁵ Choclán Montalvo José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, 1era Ed., Barcelona, Bosch, 1998, pág. 79, 80 y 81

¹³⁶ Gómez Rivero Ma. Del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 377 -378

¹³⁷ Asier Urruela Mora, Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal Médica, Universidad de Zaragoza, Revista de Derecho Penal, pág. 50

<http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>

siempre que esta sea considerada como imprudencia grave. Tenemos así que en homicidio por imprudencia profesional, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión será de tres a seis años (art.142); el que por imprudencia profesional ocasionare un aborto, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión será de uno a tres años (art.146); el que por imprudencia profesional causare lesiones se impondrá una pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión será de seis meses a cuatro años (art. 152); el que por imprudencia profesional causare lesiones al feto se impondrá una pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de seis meses a dos años (art.158).

3.9 Responsabilidad penal por daños producidos por omisión o deficiencia del CI en tratamientos médicos -quirúrgicos.

El derecho a la vida y la integridad física y moral, al igual que el derecho a la protección de la salud, constituyen parte de los derechos fundamentales. Al respecto MUÑOZ CONDE, dice que “Efectivamente, el derecho penal y con él el cuerpo legal que recoge la mayoría de sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad¹³⁸”

La actividad médica supone por definición una injerencia en el ámbito de privacidad del individuo¹³⁹. La intromisión a la parte más íntima de un individuo, como su cuerpo y revelación de datos personales de su salud, estilo de vida etc., misma que se inicia desde el día que el paciente acude a la consulta en busca de ayuda profesional médica, revela al facultativo datos íntimos, y acepta a someterse algún tratamiento o intervención quirúrgica, solo ahí puede considerarse que ese procedimiento es legítimo. Por eso es que desde el ámbito constitucional se garantiza el derecho a respetar la libertad, intimidad personal (art. 18.1 CE), integridad física (art. 15 CE), dignidad, autonomía y al libre desarrollo de la personalidad del individuo (art. 10.1 CE), de ahí nace que toda injerencia a la integridad física de un individuo será ilegítima cuando no se cuente con el consentimiento del paciente, considerando que el paciente es el único que puede disponer sobre su cuerpo.

Pero no es menos cierto que toda actividad médica trae consigo un interés, y ese es partiendo que el médico de buena fe, realiza un tratamiento o intervención quirúrgica, cuya finalidad se presume siempre será para curar al enfermo, o disminuir el sufrimiento que le aqueja al paciente. Pese a ello se busca garantizar el derecho que tiene el paciente a consentir, una vez que ha sido informado sobre los posibles riesgos, consecuencias que podría desencadenarse una intervención quirúrgica. Con esto podemos encontrarnos que existe una confrontación de intereses constitucionales, por una parte la Constitución Española garantiza en el art. 15 el derecho a la vida y la salud, pero por otro lado vemos que también garantiza el derecho a la libertad, intimidad e integridad física del paciente, y que obligatoriamente se necesita de su consentimiento para todo acto médico. En ambos casos, son bienes jurídicos de rango constitucional. Si lo que prevalece es el interés de preservar la salud y vida del paciente, estaríamos hablando de una concepción paternalista, donde el

¹³⁸ Muñoz Conde, Francisco, “La protección de los Derechos Fundamentales en el Código Penal”, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial), Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 437

¹³⁹ Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, “La responsabilidad penal del médico”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 35.

consentimiento o voluntad del paciente, pasa a segundo plano, por suerte aquello que el médico se convertía en una especie de Dios que podía hacer todo lo quisiera sin siquiera consultarle nada al enfermo, (enfermo viene de infirmus, sin firmeza física y moral) forma parte del pasado.

Hoy sabemos que para legitimar una actuación médica, esta debe realizarse solo si es que el paciente dio el consentimiento informado, el que será válido si es que ha sido debidamente informado, caso contrario sería nulo o viciado. Solo de forma excepcional podría omitirse el consentimiento, por ejemplo en casos de urgencia vital, el ejercicio de la profesión médica, el cumplimiento de un deber, o para la adopción de tratamientos de enfermedades contagiosas, en el último caso, nos encontramos que el interés colectivo es superior al interés individual del paciente, como causas de justificación juegan un papel importante aunque limitado en la relevancia jurídico penal de la actividad médico-quirúrgica curativa.

Toda intervención médica, por sencilla que sea, suele traer consigo riesgos¹⁴⁰, de ellos suelen reconocerse tres clases de riesgos que el paciente deberá estar informado, si es que son previsibles¹⁴¹:

- **Riesgos típicos:** son aquellos propios del acto médico, el médico debe informar sobre los riesgos sin importar que las estadísticas revelen que suele ser muy poco frecuente que se presente algún problema.
- **Riesgos generales:** son comunes a cualquier tipo de intervención.
- **Riesgos relacionados a la intervención:** son los riesgos que estadísticamente se asocian con frecuencia al acto médico, y que al tener conocimiento el paciente de estos, pueden incidir en su voluntad.

A más de los riesgos señalados, resulta imprescindible informar al paciente sobre las alternativas que podría tener un tratamiento o intervención médica, pero obviamente el paciente deberá estar en condiciones de escoger la alternativa que considera adecuada, cuando conozca de los riesgos y ventajas que cada una de ellas tiene, como también los riesgos que tiene el no aceptar el tratamiento.

3.9.1 Responsabilidad penal por vicios en el consentimiento del paciente.

La principal causa de imprudencia sanitaria es la falta de información al paciente (cerca del 70%)¹⁴²; esta cifra demuestra la importancia que tiene este factor en los casos de mala praxis médica.

A continuación compartimos el siguiente cuadro estadístico¹⁴³.

¹⁴⁰ Ibídem págs... 89 y 90

¹⁴¹ Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, de 27 de octubre de 2001: "no incurre el profesional de la medicina en responsabilidad por los daños que, a causa de su insólito, atípico o anormal acaecimiento en intervenciones de la naturaleza de la practicada y en las circunstancias concurrentes en ella, escapen a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a ella. Su misma imprevisibilidad, excluyente de la culpa por su falta de previsión, hace disculpable la omisión de su advertencia en la información previa debida al paciente. No reciben sin embargo el mismo tratamiento los daños consecuentes a una intervención que, pese a ser...inevitables...resultan previsibles por constituir su acaecimiento un riesgo típico, inherente o asociado, según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica, a la actuación diagnóstica o terapéutica en cuestión".

¹⁴² Nieves Sanz Mulas, el Personal Sanitario y el Derecho penal, en Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria, Un análisis interdisciplinar, Eugenio Llamas Pombo (Director), 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014, Pág. 306

¹⁴³ Hernández Gil Ángel y Hernández Moreno José, Claves de responsabilidad legal del médico en España, Máster Line, Madrid, 2006, págs. 25,26 y 27, ob. Cit. por Nieves Sanz Mulas, el Personal Sanitario y el Derecho penal, en Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria, Un análisis interdisciplinar, Eugenio Llamas Pombo (Director), 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014, Pág. 294

Demandas judiciales (civil, administrativa y penal)	Motivos de las reclamaciones	Lugares donde se producen las reclamaciones	Áreas asistenciales que ocurren más reclamaciones	Especialidades con mayor frecuencia
Por fallecimiento 30%	Complicaciones en el tratamiento o malos resultados 57%	Hospital 85%	Urgencias 27%	Traumatología 14,35%
Por lesiones o secuelas 70%	Problemas en el diagnóstico 28%	Centros de salud 13%	Quirófano 25%	Medicina de familia y general 13,03%
	Accidentes 9%	Centros concertados 1%	Áreas de consulta 20%	Ginecología 11,71%
	Problemas con la organización 4%	Servicios especiales de urgencia 1%	Hospitalización 19%	Cirugía 7,03%
	Problemas con la información 2%		Sala de partos 3%	Medicina de urgencia 6,73%
			Servicios centrales 2%	Oftalmología 4,2%
			Y otros 4%	Medicina interna 4,14%
				Pediatría 3,12%
				Urología 2,94%
				Y otras 4,62%

Estamos en de acuerdo con la aplicación del principio de mínima intervención penal, en razón de ello pensamos que no cualquier vicio o deficiencia en la información y consentimiento informado, y que pudo haber influencia su decisión respecto a un acto médico pueda derivarse automáticamente a la responsabilidad penal del médico.

Consideramos que el consentimiento informado, deberá ser nulo, cuando el paciente a consecuencia de información deficiente no logra conocer sobre la realidad del acto médico que ha consentido. Por ejemplo, un paciente con problemas de corazón, a quien le informan que será operado para implantarle un marcapasos, cuando la realidad es que le pondrán un trasplante de corazón, o en el peor de los casos le operan de otra cosa que ni siquiera ha tenido conocimiento. En el ejemplo citado el paciente desconoce por completo la realidad del acto médico, lo mismo sucede cuando el paciente aun conociendo la intervención quirúrgica que ha consentido, no le informan sobre las consecuencias irreversibles que tiene ese procedimiento. Por ello el desconocimiento de los riesgos de una actuación médica, como también el desconocimiento de la realidad del acto médico invalida el consentimiento informado prestado.

En el fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona, nos dice lo siguiente “Cuando se trata de incumplimiento del deber de informar a los pacientes, hay que llegar a la conclusión de que, en caso de ser imprescindible la intervención de que se trate, si ocurre una complicación posterior, difícilmente podrá decirse que esa complicación sea una consecuencia de la omisión cometida. El carácter causal se acentúa cuando existen alternativas. Es decir, cuando el paciente puede someterse o no someterse a la intervención (esto se aprecia, sobre todo, en las intervenciones de cirugía estética), o cuando existen tratamientos alternativos, con riesgos distintos del finalmente hecho

en realidad. En estos casos la falta de información pasa a tener influencia causal en la producción del resultado (...) Por el contrario, si el tratamiento es necesario o si el tratamiento alternativo es igualmente arriesgado, no puede decirse que la falta de información sea causa del daño finalmente producido¹⁴⁴.

Hay casos que podrían presentarse, donde el paciente conoce a plenitud sobre el tipo de intervención y los riesgos típicos de la misma, pero desconoce los riesgos eventuales del mismo, un ejemplo un paciente que se somete a la operación del cerebro, para extraerle un tumor, no le informa que entre los riesgos eventuales puede ser que por lo delicada de la intervención quede ciego, o pierda la movilidad entre otras.

Resumiendo este apartado, consideramos que podrá existir relevancia penal, cuando el médico omita información sobre otras alternativas a la realizada, y de las que se demuestre que reviste un riesgo inferior comparado con el acto médico que eligió el paciente, cosa distinta es que el paciente se le engañe con altas probabilidades de éxito en un tratamiento médico, o intervención quirúrgica, cuando la realidad es otra, en cuyo caso me inclino que se derive al área civil.

3.10 El tratamiento médico arbitrario

La conducta médica imprudente con resultados lesivos, es algo reciente, anteriormente apenas existían sentencias condenatorias por mala praxis médica. En palabras de GOMEZ RIVERO, “la quiebra de ese viejo dogma de la irresponsabilidad del médico, que durante tanto tiempo inspiró el ejercicio de la medicina como tributo a su pimitiva comprensión como tarea sacerdotal o sagrada, tuvo lugar mediante la paulatina asunción de la responsabilidad sanitaria en el orden civil¹⁴⁵”. Esto se da porque la mayoría de veces el paciente o sus familiares buscan una indemnización. Para la autora es recién en la década de los 90 cuando se empieza a hablarse de vista hacia el Derecho penal en el ámbito médico. Y ello en un doble sentido. El primero, en el de la conciencia social, ya que el derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales, que van más allá de la simple indemnización o carácter contractual. El segundo se puede apreciar por la gravedad de la infracción de las normas de cuidado como a la hora de extender dicha responsabilidad a conductas como la falta o deficiencias de información al paciente¹⁴⁶.

La doctrina establece que en el campo de lo penal, debe aplicarse al principio de mínima intervención, es por ello que creemos que no toda omisión o deficiencia del consentimiento informado deberá aplicarse responsabilidad penal, como consecuencia de falta de información, y por lo consiguiente aplicación de una pena. Generalmente los delitos que suelen atribuirse al médico, podrían ser por homicidio y lesiones imprudentes, según el caso concreto. Aunque estos delitos protegen un bien jurídico distinto, como la vida, integridad física y salud, cosa que difiere respecto al derecho que tiene el paciente, cuyo bien jurídico es la libertad de decidir, es por ello que al no existir información, o es deficiente, el derecho de autodeterminación se ve afectado,

¹⁴⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, 31/07/2001, Sen. Transcrita por García Garnica, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, ob. Cit., p.265, nota 228, citado por López Mesa Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007, pág. 345.

¹⁴⁵ Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, “La responsabilidad penal del médico”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 19

¹⁴⁶ ibidem, pág. 20

pues se le priva al paciente, que pueda tomar decisiones respecto a su salud y bienestar, como escoger el tipo de tratamiento de acuerdo a las opciones que el médico le da, de acuerdo al estado actual de la ciencia, y de los medios con los que se cuenta, se le priva su derecho de rechazar o aceptar un procedimiento médico-quirúrgico.

Con esto queremos decir, que los casos que eventualmente podrían darse en un acto médico, contrario a la *lex artis*, y del que se desprenda un delito de homicidio o lesiones por imprudencia, no está sujeto a que haya sido o no consentido, dado que el consentimiento informado del paciente excluye la antijuridicidad, pero éste no alcanza a proteger las posibles negligencias que surjan de ese acto médico, como mala praxis médica. Es decir, aun el paciente habiendo consentido un acto médico-quirúrgico, si se produce un resultado lesivo, y se comprueba que el mismo es producto por imprudencia del médico, el facultado deberá responder por el daño causado.

Volviendo a citar a GÓMEZ RIVERO, la autora nos dice que “sólo cuando se afirme que la actividad médica, en la medida en que incide sobre la integridad física del enfermo, es subsumible siempre en un delito de lesiones respecto al que el consentimiento de éste opera como causa de justificación, podrá sostenerse que cuando falte la conformidad del paciente la responsabilidad del sanitario tenga que discurrir conforme a los tipos delictivos que tutelan, según las distintas formas de entender el bien jurídico en las lesiones, la integridad corporal del sujeto pasivo o, de forma más amplia, su salud¹⁴⁷”.

También no debemos olvidar que una actividad médica sin el consentimiento del paciente según el Código Penal, puede concurrir en un delito contra la libertad o un delito de coacciones, ya que en estos delitos el consentimiento informado del paciente tiene relevancia jurídica-penal, no obstante creemos que pocas veces podrían cumplirse con los requisitos que se establecen en ambos tipos penales, cuyo requisito principal es la violencia, o intimidación, al menos en el ámbito médico, por ello gran parte de los casos, donde se observa que el médico omitió al paciente información, se deriva al ámbito civil.

Por otro lado, cuando se haya realizado una intervención médico-quirúrgica, sin el consentimiento del paciente, y esta fue conforme a las reglas de la *ex artis*, no habiendo resultado lesivo, y más bien la salud del paciente se vea beneficiada, no cabe responsabilidad penal del médico, pues el desvalor de acción del tipo penal de lesiones, no se cumple.

Para JORGE BARREIRO, la actividad médica-quirúrgica curativa es, “generalmente, atípica a los efectos del delito de lesiones (...) el consentimiento del paciente es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* (...) cuando el legislador penal tipifica el delito de lesiones no está contemplando la conducta del cirujano, que realiza una intervención quirúrgica arriesgada, con finalidad curativa, objetivamente indicada y conforme a la *lex artis*¹⁴⁸”. Al respecto GIMBERNAT¹⁴⁹ nos dice que “las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico”. En definitiva de

¹⁴⁷ Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, “La responsabilidad penal del médico”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 121

¹⁴⁸ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, pág.

72

¹⁴⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, Reus, 1966, pág. 103

acuerdo a lo expuesto en este apartado, el médico que realiza una actividad médica con fines curativos no realiza el tipo del delito de lesiones.

No se pretende que se expanda el derecho penal, pero creemos en la necesidad que el Código Penal, reconozca y tipifique los tratamientos médicos que se realizan sin consentimiento informado, como garantía a la libertad del paciente, libertad de decidir y exprese si consiente o no una actividad médica, aunque la finalidad de la intervención haya sido con fines curativos; con mayor razón si se desprende un resultado lesivo, de tal forma que justifique la intervención del Derecho penal, amparado precisamente en el derecho constitucional de la libertad, intimidad personal, dignidad de la persona, y autodeterminación del paciente, no debiendo existir temor en criminalizar los excesos de la práctica médica. Reconocemos que básicamente quienes se oponen a esto, uno de sus argumentos es que la actividad médica dará pie a la expansión de la medicina defensiva, que busca proteger la seguridad del médico, por encima del paciente.

Esto podría llamarse como tratamiento médico arbitrario, tal como se lo conoce en el Código Penal austriaco de 1975 y el código penal portugués de 1982, recordemos que el actual código penal español, solo reconoce y sanciona los delitos de omisión del consentimiento informado del paciente, en casos de aborto, inseminación artificial, y experimentación científica. En los demás casos que se omita el consentimiento y se cause un resultado dañoso, se lo deriva al delito de lesiones y homicidio imprudente, delitos contra la libertad o el delito de coacciones. Los códigos mencionados disponen lo siguiente:

Art. 110.1 del Código penal austriaco:” El que someta a otro a tratamiento médico sin su consentimiento, aun cuando lo haga conforme a las reglas de la Ciencia médica, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con multa hasta 360 cuotas diarias”.

Art. 158. 1 del Código penal portugués: “Las personas contempladas en el art. 150 que, considerando los fines en él señalados, sometieran al paciente a intervenciones o tratamientos sin su consentimiento serán castigados con prisión de hasta tres años y multa de hasta 120 días”.

En ambos códigos creemos que la ausencia o vicios del deber de información, es lo que podría condicionar la realización del tratamiento, mas no sancionan la ausencia de la información como tal.

Compartimos el criterio de GÓMEZ RIVERO, cuando dice “(...) incorporar un delito de tratamiento médico arbitrario (...) con él se trata, en definitiva, de conseguir un punto de equilibrio entre dos exigencias. Por un lado, impedir las lagunas de punibilidad a que pudiera llegarse en los casos en que la conducta médica representa un serio atentado a la libertad del paciente; por otro, situar su castigo en un contexto que, lejos de criminalizar aún más la práctica médica. Impida su reconducción forzada a otros expedientes que desorbten su contenido de injusto¹⁵⁰”.

En la misma línea JORGE BARREIRO, considera oportuno “establecer un tipo penal especial, intermedio entre el delito de lesiones y el de coacciones, ubicado sistemáticamente en el ámbito de los delitos contra la libertad personal dedicado al tratamiento médico curativo arbitrario (...) De esta manera, se lograría no sólo clarificar una polémica doctrinal, sino también⁶⁴la necesaria adecuación y el oportuno

¹⁵⁰ Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, “La responsabilidad penal del médico”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 131

reforzamiento de la protección jurídico-penal del derecho de autodeterminación (libertad personal) del paciente frente a la actividad médico-quirúrgica arbitraria¹⁵¹.”

Mientras que LORENZO MORILLAS siguiendo la línea de ASÚA BATARRITA, difiere un poco de la propuesta de los dos autores antes citados, el autor manifiesta estar de acuerdo en “la utilización de otros instrumentos no punitivos que ocupen la primera línea de la mentalización, prevención y respuesta ante las actuaciones que menosprecien la libertad decisoria de los pacientes, lo que es una exigencia, por otro lado, del principio de intervención mínima al que debe de someterse escrupulosamente el Derecho Penal. No obstante (...) no me parece 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. (...) para explicar mejor lo que ahora no es fácil de hacer, esto es, la sanción punitiva por lesiones al facultativo que ha actuado conforme a las indicaciones de la *lex artis*, aunque haya sido sin consentimiento del paciente, conducta cuya ubicación sistemática dentro del Texto punitivo no es precisamente fácil, sin una regulación concreta, en su caso¹⁵²”.

Como ya lo mencionamos, el interés de incorporar un delito más específico en el Código Penal, como el de “tratamiento médico arbitrario”, es plasmar legalmente, el derecho a la libertad de decidir, el derecho a la autodeterminación del paciente, es decir que se garantice la voluntad del paciente. Creemos también, que la actividad médica realizada con violencia o intimidación, cuyos requisitos se exige en los delitos contra la libertad, y de coacciones, no encajan, al menos en la actividad médica, pues partiendo que los médicos actúan de buena fe, por lo tanto se presume que actúan pensando en beneficio de la salud del paciente, aunque omitan el consentimiento informado, además que difícilmente creemos que pueda darse el caso que un médico utilice la intimidación o violencia para ejecutar una actividad médica.

En los siguientes casos creemos que de haber existido un tipo penal específico que garantice el derecho a la autodeterminación del paciente, se habría exigido la responsabilidad penal del médico, y no únicamente sustanciarse por la vía civil, considerando la magnitud que reviste en algunos casos la omisión de información respecto a los riesgos que puede tener un acto médico.

Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1992, se trata de la operación de una menor que padecía escoliosis dorsal directa idiopática, que la postro a una silla de ruedas sin que se le haya informado antes de la operación del riesgo ni mucho menos de otras alternativas menos riesgosas;

Sala 1ª del TS de 31 de julio de 1996 dictada a consecuencia de una demanda interpuesta contra un traumatólogo que intervino a la paciente para eliminarle una protusión discal cervical sin que le haya informado a la paciente de los riesgos de sufrir una tetraparesia y tetraplejia¹⁵³.

¹⁵¹ Jorge Barreiro Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990, págs. 82-83

¹⁵² Lorenzo Morillas Cueva (Director), José María Suárez López (Coordinador), y otros, Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios, Madrid, Dykinson 2009, págs. 116-117

¹⁵³ Gómez Rivero, Ma. Del Carmen, “La responsabilidad penal del médico”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 151

Compartimos el criterio de ROMEO CASABONA¹⁵⁴, quien nos dice que “es deseable encontrar un equilibrio entre los intereses de aquéllos y de los pacientes cuando se detecta la producción de un perjuicio por malpraxis que deje incólume el necesario clima de confianza que debe presidir las relaciones entre ambos. (...) Por otro lado, debe evitarse que se inserte entre los profesionales un sentimiento de perturbación indebido, dejando a salvo la persecución penal de los casos más graves, con el fin de prevenir también el ejercicio de una Medicina «defensiva», que sería igualmente perjudicial para pacientes y médicos”.

En todo caso, creemos que a más del delito de aborto, inseminación artificial y manipulación genética, en los que se exige el consentimiento informado, ya es hora de abrirse el abanico de una forma más general de tal manera que cualquier acto médico realizado sin el consentimiento del paciente sea sancionado, sin que esto sea considerado expandir el derecho penal, o saltarnos el principio de mínima intervención penal, ni mucho menos criminalizar la actividad médica, tampoco pretendemos que el profesional sanitario sea tratado como un delincuente más.

¹⁵⁴ Romeo Casabona, Carlos María, Evolución del tratamiento jurídico - penal de la imprudencia del personal médico-sanitario, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 13. AGOSTO 2007, pág. 251
file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/9+romeo%20(5).pdf

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

- El tratamiento médico ha tomado interés en la doctrina penal, desde finales del siglo XIX, lo que ha condicionado la actividad médica, debido a que podría afectar bienes jurídicos como la vida, integridad corporal, la salud, y la libertad de una persona, esto daría a que el médico tenga que enfrentarse a una posible responsabilidad penal, a consecuencia de la imprudencia profesional del médico. Pese a esto, podemos darnos cuenta que la actividad médica, si bien es peligrosa, nadie le quita que esta es realmente útil en la sociedad, lo que ha generado una especie de protección a los profesionales sanitarios, de ahí que existe resistencia para la incorporación del tipo penal “tratamiento médico arbitrario”, el argumento es que se estaría criminalizando la actividad médica, dando paso la medicina defensiva.
- La medicina de carácter paternalista, donde el médico era un “Dios”, tomaba decisiones que le parecía mejor, sin siquiera consultar al paciente si estaba de acuerdo, es decir nada importaba la voluntad del enfermo, quien por cierto era visto como alguien desvalido, sin capacidad de tomar decisiones. Por fortuna, hoy es todo lo contrario la voluntad del paciente, el consentimiento informado para aceptar o rechazar un acto médico, es el pilar de toda actividad médica, es el presupuesto de la licitud de todo tratamiento médico-quirúrgico.
- La validez del consentimiento exige una información previa, sobre el objeto, riesgos, consecuencias del tratamiento médico. Por ello, el médico está en obligado a ejercer un deber de información, la misma que excepcionalmente podría ser escueta solo si es en beneficio de la salud del paciente, esto es lo que conoce como privilegio terapéutico. Entendiéndose que este consiste en la facultad atribuida por la ley al médico, para decidir mientras considere oportuno graduar u ocultar información al paciente, en cuanto la información exhaustiva podría significar un riesgo grave para la salud del paciente.
- El consentimiento desempeña un papel importante en la determinación de la licitud de la actividad médica. De manera que la omisión del consentimiento del paciente, como elemento que integra la *lex artis*, convierte el riesgo de afectación de la salud en riesgo no permitido, de tal forma que si ocurre la producción de un resultado lesivo sería imputable a la conducta del médico.
- La licitud de toda actividad médica siempre estará presidida del consentimiento informado, en el que para que sea válido el paciente debe ser debidamente informado, respecto a la finalidad, riesgos, consecuencias de la actividad médica.
Sin embargo, si un tratamiento médico-quirúrgico, se ha realizado sin el consentimiento del paciente, pero se llevó a efecto conforme a la reglas de la *lex artis*, la salud del paciente mejora, será imposible apelar que en aquellos casos se cumpla con los elementos del tipo del delito de lesiones, tampoco existiría dolo ni imprudencia, pero si podría verse como un delito contra la libertad, el delito de coacciones, pero no por lesiones, por la simple razón de no existir un resultado lesivo, que haya comprometido la salud, vida, ni integridad física o moral del paciente. En estos casos jamás podrá imputarse responsabilidad penal del médico, pues el desvalor de acción del tipo penal de lesiones, no se cumple.

En este punto creemos difícil que un médico pueda llegar a cumplir con los requisitos que se exige en los delitos contra la libertad, específicamente el de coacciones. Es por ello que en la mayoría de los casos que suele atribuirse al médico, es por homicidio y lesiones imprudentes, según el caso concreto. Aclarando que estos delitos protegen un bienes jurídicos distinto, como la vida, integridad física y moral, mientras que el derecho del paciente a la autonomía, protege el bien jurídico libertad, que se ve refleja en el derecho que le asiste toda persona a tomar decisiones conscientes y voluntarias respecto a su vida y salud, derecho a escoger el tipo de tratamiento de acuerdo a los opciones que el médico le da, de acuerdo al estado actual de la ciencia, y de los medios con los que se cuente, se le priva su derecho de rechazar o aceptar un procedimiento médico-quirúrgico.

Por lo expuesto, creemos que la solución para resolver este conflicto es la creación del tipo penal específico, “tratamiento médico arbitrario”, como garantía de protección penal al derecho de la autonomía del paciente, sin que ello signifique que se pretenda expandir el derecho penal, ni mucho criminalizar la actividad médica, aclarando que la creación de esta figura penal, sería para los casos en que se realiza una actividad médica aun con fines curativos, sin el consentimiento, y con resultado lesivo, como consecuencias del desconocimiento del paciente de los graves riesgos para su vida o salud que generaba el acto médico, sin que esto deslinde responsabilidad por otros tipos penales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. BUSTO LAGO, José Manuel, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Madrid, Tecnos, D.L., 1998
2. CABO SALVADOR, Javier, Gestión Sanitaria Integral: Pública y Privada <http://www.gestion-sanitaria.com/gestion-sanitaria-integral-publica-privada.html>
3. CEREZO MIR, José, CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito sexta edic. Madrid, Ed Tecnos, julio 1998
4. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 1a. Ed, Barcelona, Edt. PPU., 1989
5. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Delito imprudente, 2ª ed. Buenos Aires, Ed. B de f, 2005, 110 ss., en Vallejo Jiménez, Geovana A, “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 60
6. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, 1era Ed., Barcelona, Bosch, 1998
7. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Resultado lesivo e imprudencia : estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado”, Barcelona, José María Bosch, 2001
8. GALÁN CORTÉS, Julio César, “La Responsabilidad médica y consentimiento informado” Madrid, Cívitas, 2002
9. GUERRERO ZAPLANA, José, “El Consentimiento Informado. Su valoración en la Jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autónomas” Valladolid, Lex Nova, 2004
10. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, 2ª edición, Quito-Ecuador, Latitud Cero Editores, 2014
11. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, Reus, 1966, pág. 103
12. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Tratamientos Médicos: Su responsabilidad penal y civil, Madrid, Bosch, S.A. 3ª Edición, 2013
13. GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 377 -378
14. JORGE BARREIRO, Agustín, Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Comentarios al Código Penal, Madrid, Civitas, 1997
15. JORGE BARREIRO, Agustín, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Madrid, Tecnos Edit., 1990
16. LASARTE, Carlos, Compendio de Derecho Civil, Madrid, Dyckinson, 2004
17. LÓPEZ MESA, Marcelo J., en Tratado de responsabilidad médica, Buenos Aires, Editorial Legis, 2007
18. LLAMAS POMBO, Eugenio, y otros, “Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar”, Madrid, La Ley , 2014
19. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, Responsabilidad penal del médico y del sanitario, 3ª ed., Madrid, Colex 1997
20. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General. 8ª, ed., Barcelona, 2008

21. MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), Suárez López José María (Coordinador), Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, y otros agentes sanitarios, Madrid, Dykinson, 209,
22. MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, 14ª Valencia, ed., Tirant Lo Blanch, 2002
23. MUNAR BERNAT, Pedro A., “Daños causados por actos médicos”, Estudios de jurisprudencia sobre daños, dirigida por Eugenio Llamas Pombo, Madrid, La Ley, 2006
24. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel.: El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas. Edt. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. 1995
25. PALOMARES BAYO, Magdalena, y otros, “El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial “Granada, Comares, D.L. 2002
26. RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte General, 17ª Madrid, ed., Dykinson, 1994
27. ROMEO CASABONA, Carlos María, “El médico y el derecho penal” V. 1, Barcelona, Bosch. 1981
28. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, “El sistema constitucional español”, Madrid, S.A., Ed. Paraninfo, 1981,
29. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002
30. VALENCIA ZEA, Arturo-Ortiz Monsalve, Álvaro, Derecho Civil. De las obligaciones, 9ª edición, Temis, Bogotá, 2004, T. III

REVISTAS

1. ASIER URRUELA Mora, Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal Médica, Universidad de Zaragoza, Revista de Derecho Penal <http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>
2. ARÁUZ ULLOA, Manuel, “La Omisión, comisión por omisión y posición de garante”, en Encuentro/Año XXXII/N. 54/2000 <http://www.uca.edu.ni/2/images/Revista-Encuentro/Revistas/e54/art-4.pdf>
3. BORRAJO, María Cristina, “El consentimiento informado”, Revista medicina respiratoria / Año 2 - Número I/ Octubre 2002, pág.1 http://www.ramr.org.ar/articulos/volumen_2_numero_1/editoriales/rev_2_1_consentimiento.pdf
4. BLASCO IGUAL, María, “El derecho de información en medicina curativa y satisfactiva “ REV CLÍN MED FAM 2015 Universitat de València. Departament de Fisioteràpia. Valencia (España) (PRENSA) <http://scielo.isciii.es/pdf/albacete/v8n1/carta2.pdf>
5. GALÁN CORTÉS, Julio César, “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, en Rev Med Uruguay 1999 <http://www.rmu.org.uy/revista/1999v1/art2.pdf>
6. LARIOS RISCO, David, “Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios”, en Revista Cesco de Derecho de Consumo N.8/2013 [file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/Dialnet-AutonomiaDeLaVoluntadDelUsuarioDeServiciosSanitari-4524532%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/Dialnet-AutonomiaDeLaVoluntadDelUsuarioDeServiciosSanitari-4524532%20(2).pdf)
7. MARTÍNEZ, Mercedes León, Análisis médico legal de las instrucciones previas (Living Will) en España, Revista de la Escuela de Medicina Legal, Junio 2008 http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_8_2008.pdf
8. SANCHO GARGALLO, Ignacio, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado” Barcelona, abril 2004, Revista Indret http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf
9. TORÍO LÓPEZ, Ángel.: «El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo», en Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Sociales, 1980, Número 1, Págs. 79 a la 92

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1980-10007900092_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_El_conocimiento_de_la_antijuricidad_en_el_delito_culposo

10. ROMEO CASABONA, Carlos María, Evolución del tratamiento jurídico - penal de la imprudencia del personal médico- sanitario, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 13. AGOSTO 2007, pág. 251 [file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/9+romeo%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/9+romeo%20(5).pdf)

11. SIMÓN LORDA, Pablo y Concheiro Carro, Luis EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: TEORÍA Y PRÁCTICA (I), MEDICINA CLÍNICA VOL. 100. NÚM. 17. 1993
https://www.researchgate.net/publication/260909012_El_consentimiento_informado_Teoria_y_practica_1

ARTICULOS

1. ALASTUEY DOBON, María del Carmen, “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”
[file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/Dialnet-DelitosDeComisionPorOmissionEnLaJurisprudenciaDelTr-46420%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/RAMIRO/Downloads/Dialnet-DelitosDeComisionPorOmissionEnLaJurisprudenciaDelTr-46420%20(2).pdf)

2. ÁLVAREZ Pilar, “Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas” *Panacea@*. Vol. XIII, no 36. Segundo semestre, 2012 http://www.medtrad.org/panacea/IndiceGeneral/n36-tribuna_PAlvarez.pdf

3. BERROCAL LANZAROT, Ana I. “El valor de la autonomía del paciente, en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre reguladora de los derechos y deberes de los pacientes”
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/8.pdf>

4. FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia, El derecho a la protección de la vida e integridad física”
<http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m56.pdf>

5. LORING MARTINEZ DE IRUJO, Pedro, “Consentimiento informado Doctrina Del Tribunal Supremo”, Universidad Internacional de Andalucía, 2013,
http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2581/0504_Loring.pdf?sequence=1

6. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, La posición de garante en el Derecho Español: Concepto y Estructura, Enero de 2009, https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=326

7. MIRALLAS MARTÍNEZ, José Antonio, “Medicina defensiva y consentimiento informado en rehabilitación” Rehabilitación, Madrid, Vol. 37, N. 02, Marzo 2003 <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-medicina-defensiva-consentimiento-informado-rehabilitacion-13045995>

8. POSSE Verónica, en “LA DETERMINACION DEL DEBER DE CUIDADO SIEMPRE ES OBJETIVA Y LAS CAPACIDADES ESPECIALES DEL SUJETO CARECEN DE INCIDENCIA A NIVEL DE LA TIPICIDAD. ESPECIAL ENFOQUE DESDE EL ÁMBITO DE LA MEDICINA”
<http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/3-ano/derecho-penal-ii/aportes teoricos/Deber%20de%20cuidado%20en%20medicina.%20Posse.pdf>

9. ROMERO FLORES, Beatriz, “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, Anuales de Derecho, Universidad de Murcia. Número 19. 2001. Págs. 259-278
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>

10. SISO MARTIN, Juan, Información y Lex Artis,
(Juansiso.es) <http://www.juansiso.es/Almacen/INFORMACION%20Y%20LEX%20ARTIS.pdf>

11. SISO MARTÍN, Juan, “Seguridad jurídica en la práctica clínica”
<http://www.juansiso.es/Almacen/SEGURIDAD%20JURIDICA%20EN%20LA%20PRACTICA%20CLINICA.pdf>

TESIS DOCTORALES

1. GUERÉZ TRICARICO, Pablo, “Presupuestos de la licitud jurídico penal del tratamiento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente”, Universidad Autónoma de Madrid, 2011

2. VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana A., “Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, Universidad de León, 2012, pág. 55 https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1
3. ZABALA BLANCO, Jaime, “Autonomía e instrucciones previas. Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español” Universidad de Cantabria, Departamento de Fisiología y Farmacología 2007 <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf?sequence=1>

NORMATIVA EXAMINADA DE DERECHO SANITARIO

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de Diciembre de 1948
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950
- 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) más conocido como Convenio de Oviedo
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- Derechos de enfermos y moribundos: Recomendaciones relativas a los Derechos de enfermos y moribundos.
- Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981
- Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa (1984).
- Código de Núremberg Tribunal Internacional de Núremberg, 1947
- Código Internacional de Ética Médica, en la 57ª Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006
- Constitución Española del 31/10/1978
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
- Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de salud
- Código de Deontología Médica
- Ley orgánica 1 /1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia
- RD 24/7/1889, que dispone la publicación del Código Civil
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Código Penal de Austria de 1975
- Código Penal de Portugal de 1982