

O SENTIDO E O CONTEÚDO DO BEM JURÍDICO VIDA HUMANA

Coordenadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA

URS KINDHÄUSER



Coimbra Editora

2013

CONSENTIMIENTO EN EL TRATAMIENTO MÉDICO Y AUTONOMÍA

ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA ⁽¹⁾

MANUEL CANCIO MELIÁ
Universidade Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. Puede afirmarse que, desde la perspectiva jurídica, en todo el entramado de la medicina nuestra época está dominada por la idea-fuerza de la *autonomía*. De hecho, en España, el instrumento normativo decisivo en este ámbito — recogiendo los elementos esenciales de toda la relación médico-paciente — está constituido ahora por una Ley que se denomina, precisamente, “de autonomía del paciente” ⁽²⁾. La legislación

⁽¹⁾ El presente texto es la versión española de la ponencia “Aufklärung und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus der Perspektive des spanischen Patientenautonomiegesetzes”, presentada por el autor en el “4. Portugiesisch-Deutsches Symposium: ‘Strafrechtliche Fragen zu Lebensbeginn und Lebensende’”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito/Universidade de Bonn, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Estado, Instituto de Derecho penal, Bonn, 4.12.2009.

⁽²⁾ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP); se trata de una modalidad de Ley — próxima a la *Rahmen-gesetz* alemán —, prevista en el art. 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución española (CE) que está destinada a asegurar una competencia legislativa elemental al Estado (central)

española en esta materia, en lo que alcanzo a ver, es especialmente explícita respecto del valor que atribuye a la autonomía del paciente. En este ámbito — como en otros sectores de la evolución de la legislación criminal — se advierte que la peculiar historia política reciente de España, estas, la permanencia de la dictadura nacional-católica hasta 1977, ha conducido a un fenómeno de condensación del desarrollo político-criminal. Mientras que aún a mediados de los años ochenta adquirieron notoriedad pública varios supuestos en los que — con autorización judicial e invocando un estado de necesidad — se obligó a varios miembros de la agrupación religiosa de los Testigos de Jehová a recibir en contra de su voluntad transfusiones médicamente indicadas que éstos — adultos impuables — rechazaban por motivos religiosos, veinte años más tarde, en el año 2007, una mujer aquejada de distrofia muscular progresiva y completamente paralizada por ella de cuello para abajo — pero sin ningún riesgo actual que amenazara su vida — demandó — y obtuvo sin más repercusión que alguna protesta airada de príncipes de la Iglesia católica — que se le retirara la respiración artificial, invocando su derecho a rechazar un tratamiento (art. 2.4 LAP) — aunque fuera de soporte vital. El derecho a la protección de la salud establecido en el art. 43.1 CE se vincula así de modo muy estrecho a la base fundamental sentada en el art. 10 CE en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos para el “orden político y la paz social”.

Parece que la autonomía ha triunfado definitivamente sobre el paternalismo, que estamos en una estación de llegada, y que este cambio de orientación también se proyecta sobre la responsabilidad penal. Cabe formular entonces ya aquí la hipótesis de que forzosamente deberá ser distinta — más amplia que en un sistema paternalista — la responsabilidad penal del personal sanitario en un sistema regido por el valor autonomía, si el paciente pasa de ser objeto a constituirse en sujeto, en partícipe del tratamiento, pudiendo la omisión de dicha participación — el consentimiento otorgado por el paciente — dar lugar a responsabilidad criminal.

frente a las Comunidades Autónomas — en cuyo ámbito de competencia cae, en principio, la materia sanitaria (art. 148.1.21.ª CE).

2. La apoteosis jurídica de esta primacía de la autonomía está, entonces, en el consentimiento como elemento esencial de la relación médico-paciente. Como es obvio, en el ámbito del tratamiento médico, con sus conocimientos hiperspecializados, el consentimiento del paciente será siempre papel mojado si no se fundamenta en un conocimiento razonable de la situación y de las alternativas médicas ante las que se encuentra; es necesario, por lo tanto, que reciba — también teniendo en cuenta sus características intelectivas — la información necesaria para poder prestar un consentimiento que merezca tal nombre y calificación jurídica. Hasta tal punto esto es así, que en la terminología jurídica en español se ha impuesto la denominación — redundante — de “*consentimiento informado*” para el consentimiento en el ámbito del tratamiento médico.

Éste — el de la autonomía — es el eje de toda la regulación: en el plano de los principios — y con base en el Convenio de Oviedo sobre Biomedicina⁽³⁾ — el art. 2 LAP proclama la autonomía como elemento clave de todo el sistema normativo:

“Artículo 2. Principios básicos

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el *previo consentimiento* de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una *información adecuada*, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

(3) Tratado internacional al que atribuye una importancia decisiva el legislador español en la génesis de la LAP (vid. la Exposición de Motivos); Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4.4.1997; ratificado por España (Boletín Oficial del Estado 20.10.1999); vid. sobre todo el art. 5: cualquier intervención sobre el paciente “... sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco 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”.

3. El paciente o usuario tiene derecho a *decidir libremente*, después de recibir la *información adecuada*, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene *derecho a negarse al tratamiento*, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito." (sin cursiva en el original)

En el plano operativo de la institución del consentimiento, la LAP comienza por definirlo, en su art. 3, del siguiente modo: "Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud" La regulación concreta se encuentra dividida, en sus reglas generales, entre los arts. 4 (información) y 8 (consentimiento informado):

"Capítulo II

El derecho de información sanitaria

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

...

Capítulo IV

El respeto de la autonomía del paciente

Artículo 8. Consentimiento informado

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento."

3. Si falta el consentimiento, o no es válido, el médico puede ser responsable de un delito por realizar su intervención. El consentimiento informado, la plasmación de la autonomía en reglas jurídicas, se convierte, entonces, en la cuestión central de la responsabilidad penal del personal sanitario — y por ello ha atraído intensamente la atención de la doctrina científico-jurídica, también en la dogmática penal. En lo que sigue, se intentará llevar a cabo un esbozo crítico de la institución del consentimiento informado a la luz del principio de autonomía del paciente y desde la perspectiva de la regulación legal española. Para ello, en primer lugar (*infra* II.) me tomaré la libertad de formular alguna breve especulación diletante sobre la relación médico-paciente. En segundo lugar (*infra* III.), se expondrá, también muy sintéticamente, el estado de la cuestión del título de posible responsabilidad penal, es decir, el delito que puede ser cometido por el médico al imponer el tratamiento. En tercer lugar (*infra* IV.) se podrá pasar ya a un somero estudio de la regulación española del consentimiento informado en el ámbito médico, para concluir (*infra* V.) formulando algunas hipótesis.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

1. El grado de desarrollo de la posible responsabilidad jurídico-penal del médico en su actividad en relación con el paciente, como acaba de decirse, es un espejo especialmente fiel de la estructura de toda la relación entre ambos.

La representación habitual del actual estado de evolución de esa relación suele consistir, en lo que alcanzo a ver, en la bibliografía jurídica, en lo esencial — permítase una simplificación — en presentar el momento actual como el del triunfo de la autonomía sobre la vieja medicina hipocrática de orientación paternalista. Estaríamos pasando actualmente de una relación asimétrica marcada por el principio de beneficencia a una relación de igualdad entre médico y paciente en la que la autonomía (y autorresponsabilidad) del paciente se convierte en principio dominante y requiere del profesional sanitario una modificación de su posición, en particular, el cumplimiento de amplios deberes de información frente al paciente, para que éste esté en condiciones de decidir en verdadera libertad. Correlativamente, progresaríamos — así esta representación — desde una situación de *medicus legibus solutus*, también en el ámbito penal, hacia una situación en la que, como cualquier ciudadano, responde de su actos, dolosos e imprudentes. De hecho, en el momento actual hay incluso una grave preocupación por una posible hiperviridificación (incluyendo la penal) de la actividad médica, como es sabido, productora de la temida *medicina defensiva*.

Sin embargo, también puede pensarse que de ese modo no queda correctamente descrita la evolución habida. Posiblemente, aquello que suele denominarse "medicina hipocrática" — frecuentemente, en lo que alcanzo a ver, sencillamente en el sentido de "medicina precientífica" (anterior al S. XIX) — no sólo tenía rasgos paternalistas, sino incorporaba también elementos de la medicina tradicional popular, en la que las relaciones entre el enfermo y quien lo trata no implican siempre supra — y subordinación, sino se insertan en un contexto religioso sin componentes de jerarquía. Por otra parte, la medicina del siglo del triunfo de la autonomía, del liberalismo, es decir, la medicina científica del

siglo XIX, estaba lejos de no ser paternalista: la científicización de todo el proceso curativo, la preeminencia de una visión biologicista-mecanicista, sus bases blancas, su tendencia al aislamiento de acuartelamiento militar introducido con el moderno sistema hospitalario, etc. (recuérdese el análisis de Foucault), eras/es paternalista. Implica, al menos, cierta pulsión paternalista, ya que conlleva la definición de un concepto objetivo de salud determinado de modo científico, externo al paciente; su autonomía no está presente en el núcleo de ese concepto de salud.

Parece que la base del entendimiento de salud que actualmente predomina en nuestra sociedad sigue anclada en esa aproximación científico-objetiva: la medicina es una actividad orientada por la ciencia hacia el restablecimiento de la normalidad corporal.

Puede ser que este modelo, además, esté comenzando a cambiar — en una dirección no necesariamente compatible con el reinado irreflexivo de la autorresponsabilidad, como aquí se intentará mostrar. Los impresionantes avances en materia de ciencias de la salud y en biología han comenzado a transformar el concepto de salud y de la relación médico-paciente. Como señala Beck en su *Sociedad del riesgo*, en cierto modo la cada vez más amplia divergencia entre las posibilidades de diagnóstico y las de tratamiento — lo que conduce a cada vez más enfermos crónicos sin cura posible — supone la exacta inversión del modelo hospital-trailer de reparación del siglo XIX: el paciente ya no es extraído temporalmente de la sociedad para ser devuelto sano a ella, sino que es devuelto por el sistema sanitario, sin necesidad de más contacto que el ambulante, con la calificación de enfermo sin previsible curación.

2. Si recordamos ahora los cantos normativos de los preceptos contenidos en la LAP respecto de la autonomía — condensada en el consentimiento informado — que antes se han reproducido, se observa que en realidad las cosas no pueden ser tan sencillas. Parece claro que pervive el pensamiento objetivista-paternalista de la aproximación científica a la medicina en la base misma del modelo médico occidental. ¿Qué conclusión cabe extraer de estas especulaciones sobre la realidad de la relación médico-paciente? Una hipótesis muy básica, pero que

parece clara: el relato de la superación del paternalismo (malo) por la autonomía (buena) no reproduce la realidad de la evolución social, o, al menos, la simplifica en exceso, y por ello no puede describir correctamente la realidad de la relación entre médico y paciente sobre la que se proyecta la regulación jurídica.

Como se ha intentado mostrar, por un lado, la mística cientifista que rodea el modelo médico occidental en sus mismas raíces supone una tensión estructural entre la tendencia hacia una única "salud objetiva" médicamente definida y la autonomía con sus múltiples opciones, ya que el médico es en este modelo necesariamente el guardián de la información que da acceso al ejercicio de la autonomía. En este ámbito, podría hablarse de la autonomía del ignorante, es decir, de una ficción de autonomía si no hay información.

Por otro lado, la evolución vertiginosa de la ciencia médica, con la consiguiente falta de correspondencia entre las capacidades (cada vez más amplias) de diagnóstico con las posibilidades terapéuticas (que no pueden crecer al mismo ritmo) intensifica la contradicción entre el principio de autonomía y — como veremos — las posibilidades, deseos y necesidades de limitar el acceso del paciente a una información que puede ser negativa para él.

En síntesis: la efectiva posición de la idea de autonomía en las relaciones entre médico y paciente es mucho más compleja de lo que puede dar a entender una consideración superficial.

Señalada — así cabe esperar — alguna confusión mediante estos botrones en el cuadro de la autonomía triunfante, procede ahora, como antes se indicó, cambiar de tercio para pasar al análisis jurídico. Sin embargo, aún no toca llegar al consentimiento: es necesario abordar previamente la perspectiva penal sobre esta institución en el ejercicio de la actividad médica.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO VÁLIDO

1. Conviene seguir ahora, como antes se ha anunciado, por una pregunta que continúa en el entorno del consentimiento en sentido

estricto, pero resulta imprescindible: si el consentimiento es el rey de la regulación, el eje del tratamiento jurídico de la relación médico-paciente ¿Qué consecuencias jurídico-penales corresponden a su ausencia o invalidez? En lo que sigue, podré limitar mi reflexión a un esbozo muy básico ⁽⁴⁾, puesto que la discusión es la misma — bajo el predominio de la discusión alemana — en Portugal, Alemania y España, y conocida por todos los presentes:

No plantea particular dificultad el supuesto en el que, no habiendo consentimiento válido, la intervención médica acaba en fracaso o no estaba siquiera indicada: estaremos, según los casos, ante delitos de homicidio o lesiones. Donde se mide realmente la potencia de la idea de autonomía es en el otro grupo de casos: aquellos en los que, no habiendo consentimiento válido del paciente, la intervención médica resulta exitosa conforme a los patrones de la *lex artis* médica.

Utilizando un ejemplo ideado en la doctrina española por *Peñaranda Ramos*, imaginemos que un médico diagnóstica a su paciente la presencia de cálculos biliares. La alternativa estándar para el caso es una intervención quirúrgica, que el médico propone al paciente aprovechando la necesidad de llevar a cabo otra intervención. El paciente no deseca, por los motivos que sea, llevar a cabo la intervención relativa a los cálculos biliares. El médico — supongamos que se trata de un amigo del paciente que se siente autorizado a proceder de ese modo (paternalista) precisamente por la amistad que les une — incumple el deseo del paciente, y, una vez anestesiado éste, realiza la operación para eliminar los cálculos biliares. La operación resulta un éxito desde el punto de vista de los cálculos, que desaparecen.

¿Qué calificación merecen estos hechos? Se trata de una actuación médica técnicamente correcta en su ejecución, indicada y exitosa. Sólo

⁽⁴⁾ Y dejando fuera de consideración la cuestión sistemática, ampliamente debatida en los tres países, de si se trata siempre de una causa de justificación, de si hay que distinguir entre consentimiento (*Einstwilligung*, causa de justificación) y acuerdo (*Einstverständnis*, excluyente de la tipicidad), o si, finalmente, el consentimiento siempre excluye la tipicidad (vid. sólo la monumental monografía de DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal*, 1991).

están las molestias del postoperatorio y una pequeña cicatriz. Para la doctrina mayoritaria en España, lo ocurrido no puede ser calificado como delito de lesiones, ya que existiría una objetiva curación del sujeto. Desde este punto de vista, sí que hay injusto en la conducta del médico, pero no aquél que corresponde a una afectación de la salud; sólo quedaría mermada su libertad, al no respetar el médico su oposición a la intervención, pero su salud habría mejorado objetivamente. En consecuencia, se propone aplicar el delito de coacciones, o seguir el ejemplo portugués y austriaco de aprehender el injusto específico en un tipo de "intervención médica arbitraria". En cuanto a las lesiones, en síntesis, conforme a este punto de vista, el médico ha actuado conforme a la *lex artis*, y por ello no puede haber lesionado al paciente (por ejemplo, *Romeo Casabona; Jorge Barreiro; Rueda Martín*). Esta línea de pensamiento, aparte de ser Derecho positivo en Portugal, es defendida también en un sector de la doctrina alemana, y allí *de lege ferenda*, incluyendo autores que hoy sí encuentran de aplicación el delito de lesiones a estos supuestos.

Sin embargo, la jurisprudencia alemana — en lo que se alcanza a ver, desde los primeros pronunciamientos del *Reichsgericht* sobre la materia — y un importante sector de la doctrina científica en Alemania y en España no comparan este razonamiento. Desde su punto de vista, existe una conexión íntima entre el bien jurídico "salud" y la autonomía del sujeto que obliga a calificar la intervención impuesta — en la medida en que implique una intervención corporal típica — como delito de lesiones (en esta línea, por ejemplo, *Amelung; Jakobs; Bajo Fernández; Corroy Bidassolo; Peñaranda Ramos; Tagg; Frisch*).

2. Desde el punto de vista aquí adoptado, es esta segunda aproximación la que se acomoda a un ámbito normativo gobernado por la noción de autonomía. Como ha señalado *Amelung*, en este ámbito, se trata de "conflictos internos" dentro de la esfera de quien consiente. Tomarse la autonomía en serio — como ha expuesto *Jakobs* — implica que la definición de intereses que está en la base del consentimiento debe entenderse como un asunto interno, como una *black box* para el observador externo al titular responsable. La noción de salud la define

el titular imputable, no el médico ni ninguna otra instancia externa a él⁽⁵⁾.

En la jurisprudencia penal española son muy pocos los casos en los que llega a plantearse el problema. La sentencia más citada a este respecto (STS [Tribunal Supremo] de 26.10.1995) se refiere a un caso en el que resultó condenado por lesiones graves dolosas un ginecólogo que procedió a esterilizar — mediante ligadura de trompas — en el curso de una intervención quirúrgica a su paciente sin haber obtenido su consentimiento (si bien se apreció un error de prohibición vencible y se redujo muy notablemente la pena). En el recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria del tribunal de instancia, la representación del acusado adujo que "... es evidente que no podía recabar el consentimiento de la paciente, porque las circunstancias no lo permitían, estando probado y reconocido en la sentencia, de una parte, que se trataba de una indicación médica correcta y, de otra, que se actuó con arreglo a la "lex artis ad hoc", con lo que, según un amplio sector doctrinal, la intervención médica será una conducta atípica".

Frente a ello, el TS considera que

"[l] «consentimiento» que determina la exención de responsabilidad, pese a la concurrencia de la lesión típica, ha de provenir de un sujeto naturalmente capaz, ser externamente reconocible y, en todo caso, libre. Como decimos, tal consentimiento no existió en el presente caso... En cualquier caso, *la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención* de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico «estado de necesidad». En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace,

(5) Esto es independiente del hecho de que el legislador tiene la posibilidad de establecer ámbitos en los que por razones paternalistas o simbólicas — se excluye la eficacia de la autonomía, como es el caso en la intervención en un suicidio ajeno o, en el caso de la regulación española, una regla general en materia de lesiones (art. 155 CP).

no puede justificarse su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión... Resta por analizar, por último, si en el presente caso el acusado pudo haber actuado con el «consentimiento presunto» de la interesada. Mas debe reconocerse que el Doctor C. decidió personalmente la intervención de ligadura de trompas sin consultar siquiera el parecer de los familiares o personas allegadas de la mujer que pudieran acompañarla en aquellos momentos, según práctica inverterada en estos supuestos, como medio de poder conocer lo que, según tales personas conocedoras de la forma de pensar y de actuar de la interesada, ésta hubiera podido decidir de estar en condiciones para ello. No consta tampoco que la propia interesada hubiera podido manifestar al acusado su voluntad al respecto a lo largo del período de su embarazo, durante el que fue atendida por el mismo. En el presente caso, en conclusión, no concurre circunstancia alguna que pudiera justificar desde el punto de vista jurídico penal la conducta del acusado...

La persona es libre de decidir más allá de lo que, desde el punto de vista estrictamente médico, pudiera ser conveniente o aconsejable. ... podía decidir, llegado el caso, evitar nuevos embarazos por otros medios o, incluso, afrontar los riesgos de una nueva maternidad. (sin cursiva en el original)

Queda claro así que ha desaparecido definitivamente la idea de que existe, siempre que se obre de modo técnicamente correcto, algo así — como fue mantenido durante muchos años en España — como un derecho a intervenir que va con la profesión médica (concretamente, a través de la causa de justificación genérica del “ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, art. 20.7 CP), o, como señala *Corroy Bidasola*, no puede haber respeto a la *lex artis* sin el consentimiento del paciente. Lo contrario implicaría convertir al médico en una especie de veterinario de mamíferos humanos.

Sin embargo, inmediatamente hay que introducir alguna cautela en este canto al triunfo de la autonomía del paciente también en la jurisdicción penal. En este sentido, debe subrayarse para el caso concreto antes referido que se trata de un supuesto especialmente grave y que se impuso — gracias a la aplicación del error de prohibición — una pena especialmente leve, y, con carácter general y sobre todo, que en lo que se alcanza a ver, son muy escasos los supuestos en los que se produce una condena del médico. Todo ello debe conducirnos a poner en duda, de nuevo, el relato de la superación del paternalismo por la autonomía.

IV. LA POSICIÓN DEL MÉDICO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como antes se ha anunciado, por fin llegamos al objeto en sí de las presentes consideraciones: la regulación del consentimiento del paciente. También aquí puedo limitarme, a los efectos de la presente exposición, a un breve esquema, puesto que los elementos esenciales de la regulación coinciden — aun sin una regulación legal comparable — con los criterios elaborados en la doctrina y jurisprudencia alemanas⁽⁶⁾. Partiendo, como hasta ahora, de la perspectiva de la autonomía, habrá que subrayar especialmente aquellos elementos de la posición del médico en los que se establecen deberes para el médico desunados a hacer posible el ejercicio de autonomía al paciente.

1. Consentimiento

Con carácter general, como es sabido, el consentimiento tiene como requisitos básicos que se otorgue con carácter previo a la intervención, que exista capacidad de disposición sobre el bien jurídico en cuestión y que el sujeto comprenda los términos de aquello en lo que consiente.

Lo que en este ámbito interesa ante todo es, obviamente, la configuración y los efectos de los vicios del consentimiento, es decir, los supuestos en los que el consentimiento es considerado inválido, jurídicamente inexistente y por ello incapaz de eliminar el injusto de la intervención heterónoma en su ámbito. Podemos dejar de lado la coacción o la violencia como vicios del consentimiento, y considerar sólo la inexistencia de consentimiento (*informado*) por ausencia de la información necesaria o por falta de capacidad para consentir.

En cuanto a lo primero, la información, como establece el art. 4.3 LAP, es el médico el garante de que el paciente la reciba. De acuerdo con la doctrina dominante, puede afirmarse que la ausencia de informa-

(6) Aunque existe un intenso debate — sobre todo, llevado a cabo por civilistas — sobre los detalles en la doctrina y una rica *praxis* en la jurisdicción civil.

ción será relevante cuando — en la línea marcada sobre todo por *Arzt y Anna-Katharina Meyer* — se refiere directamente al bien jurídico, por un lado, o afecta a la indicación — es decir, al sentido global — del tratamiento médico en cuestión, por otro. En consecuencia, la falta de suministro de la información necesaria puede abrir la puerta a la responsabilidad penal del médico: no es competencia del paciente obtener la información; puede confiar en que se la suministrará el garante, el médico que le trata.

Cabe recordar que son muy escasos los supuestos de sentencias condenatorias en la jurisdicción penal, mientras que parece mucho más exigente con las características de la información la jurisdicción civil ⁽⁷⁾.

En cuanto a lo segundo — la capacidad de consentir —, parece claro que éste es un ámbito especialmente relevante en el campo de la actividad médica: el paciente, enfermo — y muy especialmente en el cada vez más importante grupo de personas que sufren enfermedades crónicas a edades avanzadas —, puede presentar con especial facilidad características que pongan en cuestión su capacidad para consentir.

2. Información

Como deriva de la redacción del art. 4.3 LAP acabado de citar, el deber de suministrar la información — regulado, además, en el art. 5 LAP, como veremos — incumbe al “*médico responsable*” (aunque el art. 5.3 se refiere al “médico que le asiste”, debe entenderse que se trata del médico responsable definido en el art. 3 como el profesional encargado de coordinar la asistencia e interlocutor principal), aunque en su respectiva parcela de actuación, un deber de información sectorial corresponde a todos los profesionales sanitarios que traten al paciente, como indica expresamente el art. 4.3 LAP. Sin embargo, en la práctica puede haber muchos supuestos asistenciales en los que no hay tal “médico responsa-

⁽⁷⁾ Cabe pensar que esto se debe a que ante la jurisdicción civil, la alegación de deficiente información en una demanda de responsabilidad constituye el último recurso — al no haber podido probarse una conducta técnicamente incorrecta por parte del médico — para el resarcimiento del paciente.

ble” porque el tratamiento es asumido por un equipo médico en su conjunto; en la jurisdicción civil, de hecho, esto ha conducido a que se haga en ocasiones responsable a la institución, es decir, al hospital, por ser imposible individualizar a un solo responsable médico.

En atención al principio de autonomía como horizonte rector de toda la actividad médica, e intentando una síntesis, puede afirmarse que el *fin primordial* de todo el proceso de información es el de ayudar a decidir al paciente conforme a su sistema de valores (vid. art. 4.2 LAP *in fine*). El *contenido mínimo* de esa información, como establece el art. 4.1, se refiere a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la actuación terapéutica proyectada o de su omisión. Debe subrayarse que conforme al art. 4.2 LAP el médico ha de *adaptar* la información, para que resulte “comprensible y adaptada a las necesidades” del paciente. El médico también debe decidir, según ordena el art. 5.3 LAP, en qué casos el paciente no debe ser el destinatario la información (con lo que ésta debe trasladarse a las personas vinculadas al paciente), cuando “carezca de *capacidad para entender* la información a causa de su estado físico o psíquico”. Lo que podría denominarse la *intensidad* de la información — su detalle y alcance — debe adecuarse a la urgencia, si existe, a la necesidad de la intervención (en cuanto menor necesidad — en la medicina satisfactiva, por ejemplo, en cirugía estética —, mayor intensidad es requerida), y depende también de las características del paciente, de su estilo de vida u otros elementos particulares; de nuevo, se trata de ayudar al paciente a ejercer su autonomía. En cuanto a la *forma* — establecida al regular el consentimiento en el art. 8.2 y 3 LAP y de fundamental importancia en materia de prueba —, siendo el consentimiento verbal por regla general, se exige, sin embargo, la forma escrita para la cirugía, procedimientos invasivos en general y para todas aquellas actuaciones que “suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”, y debiendo incorporar el documento de consentimiento informado “información suficiente”. La regulación de la información prevé también aquellos supuestos en los que por razones terapéuticas no conviene, precisamente, trasladar la información al paciente; en tal caso, el médico puede ejercer la “*facultad*” de llevar a cabo el tratamiento sin información, y, por lo

tanto, sin consentimiento. Esta hipótesis, a veces denominada — siguiendo la terminología anglosajona — “privilegio terapéutico”, es definida en el art. 5.4 LAP como *estado de necesidad terapéutica*:

“El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.”

Finalmente, el dominio de la autonomía — y, cabe acotar, la divergente evolución de medios diagnósticos y terapéuticos de la que antes se ha hablado — conduce en determinados supuestos precisamente al *rechazo de la información* por parte del paciente: como dispone el art. 4.1 LAP antes reproducido, “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”. Así se abre el campo aún más para la identificación de la necesidad de decisiones autónomas por parte del paciente, incluyendo la de no saber (¿someterse a un tratamiento doloroso que tiene pocas probabilidades de prolongar significativamente la vida?; ¿querer o no querer conocer un diagnóstico genético?, etc.). También en este punto, parece claro — cuando habla el art. 9.1 LAP de que el derecho del paciente a no conocer la información terapéutica queda “limitada por el interés de la salud del propio paciente... y por las exigencias terapéuticas del caso” — que el médico responsable es quien deberá decidir el concreto ejercicio de la renuncia a la información.

3. Capacidad

De acuerdo con su inspiración en el principio de autonomía, la LAP manifiesta un criterio claramente orientado *pro libertate*: establece la edad de competencia plena a los dieciséis años y obliga a contar con los menores mayores de doce años (art. 9.3.c).

La evaluación de la capacidad del paciente corresponde al médico responsable que lo trata, quien debe enjuiciar si el paciente adulto es

“capaz de tomar decisiones” (art. 9.3.a) LAP), así como la capacidad intelectual o emocional del paciente menor de edad de “comprender el alcance de la intervención” (art. 9.3.c) LAP).

Aunque no se dice expresamente en el texto legal, es evidente — y presenta problemas reales en la práctica — que la posición de garantía sobre el paciente que corresponde al médico responsable en materia de información continúa en los supuestos de incapacidad en los que se pasa a lo que la Ley denomina “consentimiento por representación”⁽⁸⁾. El art. 9.5 LAP dispone que “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.” Pues bien, ¿quién, si no el médico, va a velar por que las cosas sean así? Por ejemplo, cuando haya discrepancias entre las personas vinculadas al paciente: el joven segundo cónyuge del paciente pide que se aplique un tratamiento que prolonga la vida, los hijos de un primer matrimonio no lo desean. ¿Quién decidirá, quién intentará averiguar la voluntad del paciente? Parece claro que esta tarea corresponderá al médico.

V. ALGUNA CONCLUSIÓN

En el ordenamiento español — como en Occidente en general — se establece la autonomía del paciente como principio rector de toda la disciplina jurídica de la relación entre médico y paciente a la hora de llevar a cabo un tratamiento médico. La vulneración de esa autonomía es una puerta por la que se accede a la responsabilidad penal del profesional sanitario en este ámbito (ya sea de un delito contra la libertad o un delito de lesiones).

(8) Terminología que ha sido criticada en la doctrina, pues no se trata, en realidad, del concurso de las personas próximas al paciente para que — en su interés — sustituyan el consentimiento del incapaz; no lo representan.

Sin embargo, si se considera la realidad de la regulación, se ve que esta descripción es demasiado simplista, o, quizás — por utilizar una expresión de *Raaffgen* — hipócrida en vez de hipocrítica.

En primer lugar, puede ser un indicio en este sentido el número llamativamente bajo de procesos judiciales en la jurisdicción penal: si realmente la autonomía se toma en serio — y al matgen de la polémica relativa a la medicina defensiva —, alguna responsabilidad jurídico-penal debería haber para aquellos supuestos — no es posible que no existan — en los que el tratamiento médico es llevado a cabo sin el consentimiento válido del paciente ⁽⁹⁾.

En segundo lugar, desde una perspectiva general, debe tenerse en cuenta que las bases del modelo occidental de medicina siguen asentadas en una concepción cientifista-objetiva: estableciendo así una contraposición radical entre la noción objetiva de salud y las opciones autónomas del paciente.

En tercer lugar, en la regulación española es mucho mayor la invocación de la autonomía que su efectiva transposición. Por el contrario, contiene en materia de autonomía del paciente muchos puntos que colocan al médico en una situación estructuralmente esquizofrénica.

Por un lado, en cuanto al suministro de la información que será la base para el consentimiento, la Ley atribuye al médico una posición de garantía. Sin embargo, también le encomienda, como antes se ha expuesto, modular la información en atención a las características del paciente y evaluar su capacidad para comprenderla, y prevé — en el “estado de necesidad terapéutica” — la posibilidad de establecer un conflicto entre autonomía y salud (objetivo-médica) — y le otorga al médico

⁽⁹⁾ Cabe acotar aquí que aunque el punto de partida de la jurisprudencia alemana es tradicionalmente mucho más favorable a estimar que existe responsabilidad criminal del médico, como antes se ha dicho, afirmando la concurrencia del injusto del delito de lesiones, también allí existen otros instrumentos dogmáticos que permiten atenuar significativamente o excluir la responsabilidad penal: en particular, del llamado “consentimiento hipotético” (que supone el intento de llevar a cabo un traslado de material normativo de la teoría de la imputación objetiva del resultado para supuestos en los que parece probable que el consentimiento hubiera sido otorgado) y el error.

la facultad de resolverlo a favor de la salud. Finalmente, es también el médico el que debe gestionar y concretar el derecho a no saber del paciente. Por otro lado, en cuanto a la capacidad del paciente, también se ha indicado que es el médico el encargado de evaluarla y concretar su alcance.

Así las cosas, el ordenamiento coloca en demasiadas ocasiones al médico — quien debería guardar una relación de igualdad con el paciente al decidir el tratamiento, ayudando a la realización de su autonomía — en una posición de superioridad, al convertir su posición de garantía *de facto* en una especie de última palabra global. Esto no sólo restringe de modo inadecuado la autonomía del paciente, sino abre también una situación de inseguridad para las expectativas del médico. Tomando en la práctica diaria decisiones que no son compatibles con la autonomía (o que pueden no serlo), una persecución penal selectiva puede generar un gran daño: una situación de incertidumbre en el colectivo médico ⁽¹⁰⁾.

Ante este panorama, parece que, una vez más, echar las campanas al vuelo antes de tiempo puede entorpecer la percepción de la realidad. Por lo tanto, lo primero será identificar — normativamente y en la *praxis* — las áreas en las que el médico actúa hoy — o puede hacerlo debido a una regulación poco clara — aún en confrontación con la autonomía.

No se pretende, más allá de esto, poder ofrecer “soluciones” para la cuestión, pero probablemente, una adecuada ordenación de la materia pasaría, en algunos casos, por atribuir al médico explícitamente una

⁽¹⁰⁾ En España cabe mencionar el llamado *caso Leganés* (una ciudad en la Comunidad de Madrid), en el que la propia Administración regional inició en el año 2005 un proceso penal contra algunos médicos de un hospital público, por unas pretendidas curanias masivas, entre otras cosas, alegando la falta de consentimiento en tratamientos paliativos (ante la oscuridad, antes mencionada, de la LAP en materia del llamado “consentimiento por representación”). El proceso fue archivado en 2008, por ausencia de toda conducta irregular de los profesionales — que no fueron repuestos en sus puestos, ni exigida responsabilidad alguna a los responsables políticos que habían formulado la temeraria acusación — pero produjo gran inseguridad para los médicos encargados de los cuidados paliativos.

posición de garantía ruitivo-paternalista para algunos pacientes. En otros, por descargar al médico en tratamiento de la insostenible carga de ser médico que debe respetar la voluntad de su paciente, y, a la vez, juez de la capacidad de éste. Esto no debería ser demasiado difícil en un sistema sanitario público con las correspondientes estructuras de organización, en el que el médico no está solo, de modo que algunas funciones de evaluación del paciente podrían ser trasladadas hacia otros profesionales del organismo sanitario.

O GÂMETA NA LEI DE PROTECÇÃO DO EMBRIÃO E NO DIREITO PENAL. PROTECÇÃO DA VIDA COMO PANO DE FUNDO ⁽¹⁾

SONJA FISCHER
Universidade de Bonn

INTRODUÇÃO

É um profundo gosto poder fazer uma conferência neste Simpósio sobre o início e o fim da vida. Como já tivemos oportunidade de ouvir em outras conferências aqui proferidas, a questão da morte coloca à ciência penal muitos e complicados problemas. Em especial, o fim de uma vida humana em termos normativos é objecto de fortes discussões ⁽²⁾. O meu contributo para a discussão ocupa-se não com a morte da pessoa, mas antes — se assim nos podemos expressar — com o outro lado, ou seja, com a formação da vida humana.

Pois que também este lado não é desinteressante desde um ponto de vista penal. Nesta matéria, e a fim de evitar mal-entendidos, de referir que me irei apenas ocupar da criação da vida e não da complexa questão do início da vida humana ⁽³⁾.

Falo de criação e já não de formação, dado que a premissa de que é a junção do espermatozóide com o óvulo já há muito que não depende do

⁽¹⁾ Agradeço a Inês Fernandes Godinho a tradução do presente texto para português; o estilo de conferência foi mantido.

⁽²⁾ Cfr. apenas LK-JAHNKE, Vor § 211, n.º m. 11 e s.; NK-NEUMANN, Vor § 211, n.º m. 86 e s.

⁽³⁾ Cfr. LK-JAHNKE, Vor § 211, n.º m. 3 e s.; NK-NEUMANN, Vor § 211, n.º m. 5 e s.