

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

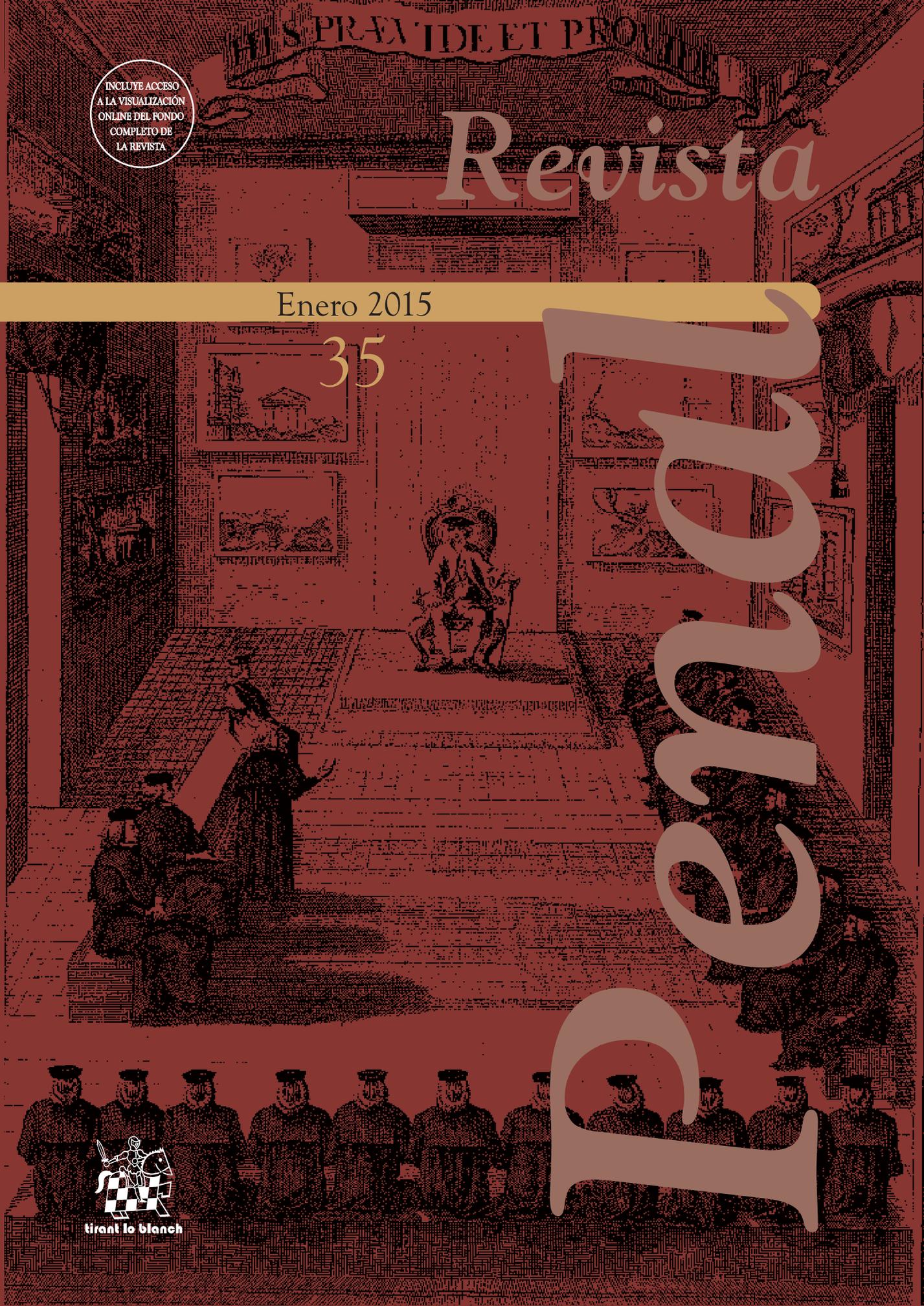
Revista Penal

Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34..... 338



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014

Sergio Romeo Malanda

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Ficha Técnica

Autor: Sergio Romeo Malanda

Adscripción institucional: Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal (acreditado como Profesor Titular), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. *Visiting Senior Lecturer*, Faculty of Law, University of Tasmania (Australia).

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de los hechos probados. III. La calificación jurídica. 1. Sobre los delitos y faltas de lesiones: el alcance de la protección del bien jurídico integridad personal. 2. Sobre la calificación (objetiva) de los hechos como *delito* de lesiones. 3. Sobre la calificación (subjetiva) de los hechos como falta de lesiones *por imprudencia grave*. IV. Reflexiones finales. 1. Efectos del proyecto de reforma del CP sobre los hechos analizados. 2. Sobre la conveniencia de introducir expresamente en el CP el delito tratamientos médicos arbitrarios.

Resumen: La doctrina dominante en España entiende que el consentimiento informado del paciente no juega un papel relevante en la calificación de una intervención médica como delito contra la integridad personal, pues estos delitos exigen un empeoramiento objetivo de la salud. Aunque es absolutamente excepcional que los tribunales penales condenen este tipo de conductas, así ha ocurrido en alguna ocasión. En este artículo, el autor analiza dos sentencias (una del Tribunal Supremo de 1995 y otra de la Audiencia Provincial de Salamanca de 2014) que condenan al médico y defiende que el principio de autonomía conduce a la adopción de un concepto subjetivo de salud, lo cual, en el ámbito sanitario, supone considerar los actos médicos no consentidos por el paciente como hechos constitutivos de un delito de lesiones. De esta forma, se pretende una aproximación de los delitos contra la integridad personal previstos en el CP español a los delitos de *battery* y *assault* característicos del Derecho penal anglosajón.

Palabras clave: Consentimiento informado, delitos contra la integridad personal, tratamiento médico, derecho a la integridad física, jurisprudencia, Derecho comparado

Abstract: Most of the legal scholarship in Spain considers that the informed consent of the patient does not play a significant role in deciding to charge a physician with an offence against the personal integrity, because these offences require an objective worsening of the health. Even though it is extremely rare to find a conviction based on this rationale, this has been the case in any isolated decisions though. In this article, the author analyzes two Court decision (one by the Supreme Court of 1995 and other from the Provincial Court of Salamanca of 2014), that sentence a physician and defends that the principle of autonomy leads to the adoption of a subjective concept of health. That means to consider the unconsented medical treatments as conducts chargeable with a criminal offense. This way, the authors seeks an approximation between the Spanish offences against the personal integrity and the offences of battery and assault, characteristic of the Anglo-Saxon Criminal Law.

Keywords: Informed consent, offences against personal integrity, medical treatment, right to phsyical integrity, Case Law, Comparative Law.

Rec. 25-08-2014 Fav. 7-10-2014.

I. INTRODUCCIÓN

Son muy variadas las causas por las cuales un médico o profesional de la sanidad puede incurrir en responsabilidad penal derivada del ejercicio de su profesión¹. No hay lugar a dudas de que el supuesto más frecuente será el de la actuación negligente que originará algún tipo de daño personal y que dará lugar a la calificación de tal actuar como delito o falta de homicidio (arts. 138 y ss., y 621.2 CP), lesiones (arts. 147 y ss., 617 y 621.1 y 3 CP) aborto (arts. 144 y ss. CP) o lesiones al feto (arts. 157 y s. CP), según corresponda, normalmente en sus modalidades imprudentes. La práctica totalidad de las sentencias dictadas en materia de Derecho penal médico se refieren a esta modalidad de responsabilidad.

Pero no es la única. Además de los supuestos anteriores, podemos encontrar en la jurisprudencia penal española reciente condenas a profesionales sanitarios por los delitos de denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP) o por vulneración del secreto médico (art. 199 CP). Otro ámbito de responsabilidad jurídica, vinculado a la responsabilidad médica por *malpraxis* anteriormente referido, es el relativo a los denominados “tratamientos médicos arbitrarios”, es decir, a la práctica de intervenciones médicas que resultan indicadas desde un punto de vista médico y que se practican de una manera técnicamente correcta, pero en las que está ausente el consentimiento informado del paciente². Según el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documen-

tación clínica (LAP), “[1] toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso (...) [5] El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

En la actualidad, el debate sobre la cuestión que nos ocupa se encuentra muy condicionado por la aceptación mayoritaria de ciertos presupuestos, a saber: a) por un lado, que el delito (y falta) de lesiones, en sus distintas variantes típicas, no comprende los actos médicos *curativos* debido a la ausencia ya del tipo objetivo (si el tratamiento tiene éxito), o del tipo subjetivo (si no lo tiene)³. De ahí que la ausencia de consentimiento suponga la ilicitud del acto médico pero no su calificación como delito de lesiones⁴; y b) por otra parte, pero vinculado a lo anterior, que la ausencia de consentimiento informado no es condición suficiente para fundamentar una infracción penal por imprudencia pues tal requisito no formaría parte de la *lex artis* entendida en sentido estricto⁵.

Como decía, la doctrina se ha ocupado ampliamente de esta cuestión, pero apenas existen sentencias en el orden jurisdiccional penal que se pronuncien al respecto. No así, sin embargo, las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, que desde hace ya muchos años vienen condenando esta práctica. Ello puede ser por dos razones: bien porque existe una concurrencia de criterios entre doctrina y jurisprudencia al respecto, bien porque no se presentan las correspondientes denuncias o querellas, cualesquiera que sean las razones para ello. Todo parece indicar que se trata de lo

1 V. Asier URRUELA MORA/Sergio ROMEO MALANDA, “Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 34, 2011, pp. 35 y ss.

2 V. un estudio dogmático más completo sobre la problemática de las intervenciones médicas no consentidas en Sergio ROMEO MALANDA, “Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes”, *Cuadernos de Política Criminal*, Vol. 110, 2013, pp. 73 y ss.

3 Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad Curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 141 y ss., y 210 y ss.; Agustín JORGE BARREIRO, *La Imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 72 y 81; Francisco MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en Francisco Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 451 y ss.; Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica”, en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 113; Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 266 y ss.; Leticia JERICÓ OJER, “Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal”, en José Francisco Alenza García/María Luisa Arcos Vêira, *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Universidad Pública de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 364.

4 Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 236. La jurisprudencia alemana, por el contrario, ha mantenido tradicionalmente la teoría de que todo tratamiento médico curativo realiza el tipo de lesiones, las cuales estarán justificadas si existe consentimiento del paciente.

5 Carlos María ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Comares, Granada, 2005, p. 231.

primero, y que los juzgados de instrucción, cuando se enfrentan a denuncias por responsabilidad médica en las que lo único que tienen es la alegación de que no existió consentimiento por parte del paciente denunciante, optan por archivar el asunto esgrimiendo que la mera ausencia de consentimiento informado no puede dar origen a responsabilidad penal, derivando el asunto a la jurisdicción civil⁶.

La cuestión que se suscita, pues, es si este tipo de actuaciones médicas deben (o, al menos, pueden) ser reconducidas hacia la jurisdicción penal; o por el contrario, debe afirmarse, en todo caso, su irrelevancia penal y tratarlas, como mayoritariamente se viene haciendo hasta ahora (y sostiene la doctrina dominante), como supuestos que únicamente darán lugar a responsabilidad administrativa y patrimonial.

Esta es la cuestión que abordaré en el presente trabajo, sirviéndome para ello de dos sentencias: en primer lugar, la lejana, pero trascendental (en tanto en cuanto

no ha sido contradicha por sentencia posterior alguna) STS de 26 de octubre de 1995 (Ponente: Luis-Román Puerta Luis); y muy especialmente, por su proximidad temporal, la SAP de Salamanca 40/2014 (Sección 1ª), de 7 de abril (Ponente: José Antonio Vega Bravo).

Una vez descritos los hechos probados de ambas sentencias abordaré la cuestión de su calificación jurídica. Adelanto que en ambas se condena a los médicos acusados como autores de un delito o falta de lesiones, lo cual me parece correcto, y así lo argumentaré más detalladamente en este trabajo. En esencia, la tesis que aquí sostengo (y que se aplica *de facto* en las sentencias objeto de estudio) supone una (re)interpretación de los delitos de lesiones previstos en nuestro Código Penal en un sentido próximo a los delitos de *battery* o *assault* característicos del Derecho penal de inspiración anglosajona (Common Law)⁷, a lo cual nos aboca, como veremos, la interpretación que tanto el Tribunal Constitucional español (TC) como el Tribunal Europeo

6 Para llegar a esta conclusión he realizado una búsqueda aleatoria de autos de Audiencias Provinciales de los últimos años en los que se haya tratado el tema del "consentimiento informado". Muchos de ellos se refieren, efectivamente, a recursos del denunciante frente a sobreseimientos de las causas por presunta *malpraxis* médica en las que alegaban ausencia de consentimiento informado. Pues bien, puede constatarse que las Audiencias Provinciales sistemáticamente rechazan estos recursos alegando, como hace gráficamente el Auto de AP de Madrid de 4 de diciembre de 2008, que "(...) las cuestiones planteadas sobre el contenido y extensión del consentimiento informado por parte de la paciente, carecen de trascendencia en el orden penal en el que, incluso, si no se hubiera firmado consentimiento alguno, sería totalmente indiferente, puesto que lo único valorable a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad criminal es la constatación de una mala praxis, un comportamiento negligente, causante del fallecimiento o las lesiones de una persona, lo que ni indiciariamente existe en el presente caso (...)"; o el Auto de la AP de Madrid de 23 de noviembre de 2012, cuando afirma lo siguiente: "(...) la falta o insuficiencia de información, lo que se conoce con el nombre de tratamiento médico arbitrario, es una conducta que no está tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal y no podría erigirse a estos efectos en un requisito para la existencia o no de la infracción de la *lex artis* que es lo relevante a estos efectos. Así, en los supuestos de omisión de consentimiento informado, solo pueden desprenderse responsabilidades administrativas y en su caso civiles que deberían sustanciarse en los procedimientos jurisdiccionales correspondientes, pero no en el orden penal". En este mismo sentido, v. Autos de la AP de Barcelona de 22 de noviembre de 2012, AP de Zaragoza de 14 de junio de 2012, o AP de Bizkaia de 15 de febrero de 2012.

7 Los delitos de *battery* o *assault* (en algunas jurisdicciones ambas figuras se han unificado en un único delito —comúnmente denominado *assault*— o los términos se utilizan indistintamente) consisten básicamente en la ingerencia no consentida en el cuerpo de otra persona, incluyendo los supuestos que en nuestro derecho denominamos "acometimiento" (por ejemplo, en el delito de atentado del art. 550 CP) o actos de mera "violencia" (como en los delitos de lesiones o robo con violencia), actos que se entiende que subsumen la falta de maltrato de obra por corresponderse, en esencia, con la misma. Cuando estos actos de acometimiento o violencia dan lugar a lesiones se aplican figuras delictivas agravadas específicas ("*assault occasioning actual bodily harm*", "*wounding and grievous bodily harm*").

Los supuestos de tratamientos médicos arbitrarios (actos médicos no consentidos) son considerados en la tradición penal anglosajona, como mínimo, constitutivos de un delito de *assault* o *battery*. V. en Inglaterra: David ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford University Press, 13ª edición, 2011, New York, p. 640; A.P. SIMESTER/J.R. SPENCER/G.R. SULLIVAN/G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5ª edición, Hart publishing, Oxford-Portland, 2013, pp. 432 y s.; en Australia: Jonathan CLOUGH/Carmel MULHERN, *Criminal Law*, 2ª edición, Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2004, p. 44; J.A. DEVEREAUX, *Australian Medical Law*, 3ª edición, Routledge-Cavendish, London-New York, 2007, pp. 694 y ss.; Loane SKENE, *Law and Medical Practice*, 3ª edición, Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2008, p. 86.; Ian KERRIDGE/Michael LOWE/Cameron STEWART, *Ethics and Law for the Health Professions*, 4ª edición, The Federation Press, Sydney, 2013, pp. 330 y s. Sin embargo, este no parece ser el caso en Canadá. V. Lucinda VANDERVORT, "Consent and the Criminal Law", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 28/2, 1990, p. 491.

Ahora bien, aunque un amplio sector de la doctrina anglosajona incluye estos supuestos de tratamientos médicos no consentidos en los delitos de *battery* y *assault*, también es cierto que no podemos hacer una traslación exacta del Derecho penal anglosajón, pues no hay que perder de vista que una característica de dicho modelo es el principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales, y no suele ser muy común que la fiscalía persiga estas conductas, siendo mucho más frecuente que, en la práctica, el asunto se derive hacia la jurisdicción civil ("*tort of battery*").

de Derechos Humanos (TEDH) vienen haciendo del derecho a la integridad personal.

Tras lo anterior, en el último apartado haré unas breves reflexiones sobre dos cuestiones de interés vinculadas a esta materia: por un lado, me referiré a cómo puede afectar a esta discusión la proyectada reforma del Código penal, actualmente en tramitación parlamentaria; y por otra parte, aludiré a la conveniencia de introducir en nuestra legislación penal el delito de intervenciones médicas no consentidas, del cual tenemos algunos ejemplos en el Derecho penal comparado.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

La STS de 26 de octubre de 1995 recoge como probados los siguientes hechos:

“(…) produciéndose en el transcurso de la cesárea al proceder a extraer el feto, una hemorragia severa, como consecuencia de un desgarro en colgajo del útero, procediéndose a inhibir la hemorragia y a suturar el útero, acto que fue realizado por ambos cirujanos conjuntamente y con la mayor celeridad, dada la gravedad del desgarro y la posibilidad de que si no se inhibía la hemorragia una vez suturado el útero, procedía realizar a la paciente una histerectomía. Por lo que esperaron unos minutos, en tanto se observaba la evolución de la sutura realizada, momento en que se procedió por el Dr. Carlos Antonio a examinar el abdomen de la paciente, decidiendo efectuar una apendicectomía profiláctica debido a su mal estado.- Tercero.- Una vez comprobado que el útero se podía conservar al controlarse la hemorragia, se eliminó la posibilidad de realizar la histerectomía y a continuación el Sr. Carlos Antonio, cuando la vida de la paciente no corría peligro, teniendo presente el desgarro del útero padecido por la paciente, el grave riesgo que para la madre como para el futuro feto supondría una nueva gestación, así como la edad de esta, 39 años, considerando que era una indicación médica correcta, que beneficiaba su salud y que era la única que podía adoptar dicha decisión, no estando en condiciones de hacerlo, sin considerar siquiera la posibilidad de comunicárselo a algún familiar, procedió sin su consentimiento a practicarle una ligadura de trompas por el método Pomeroy que supone la esterilización de la paciente”.

Por su parte, los hechos probados que se extraen de la SAP de 7 de abril de 2014 son los siguientes:

“dicho consentimiento informado no se produjo para la operación que se llevó a cabo. Ya que la paciente había firmado el consentimiento para la extirpación de un papiloma situado en la mama izquierda, y no para la extirpación de un fibroadenoma situado en la misma mama, pero en el lado

opuesto, cuya existencia conocía la paciente, si bien tras consultar con Doña Carina, decidió no operarse del mismo. (...) el acusado procedió a llevar a cabo una intervención quirúrgica de la denunciante, consistente en la extirpación del fibroadenoma situado en la mama izquierda de la misma, para la que no tenía el consentimiento expreso y firmado de ella, que tan solo había consentido que se le extirpase un papiloma situado en la misma mama izquierda, pero en el lado opuesto (...) dadas las circunstancias en las que se produjo la operación, las prisas y hallarse en horas de tarde para reducir las llamadas “listas de espera”, el médico cirujano acusado no supo interpretar correctamente los documentos firmados y las manifestaciones de la paciente, en relación con los informes radiológicos existentes, y realizó la operación quizá en la creencia de que al menos de manera indirecta si había consentido la paciente, creencia que de haber examinado con mayor detenimiento los documentos y de haber escuchado más atentamente a la paciente, habría fácilmente descubierto que era errónea y que tal consentimiento no solo no existía, sino que lo que sucedía es que la paciente expresamente había decidido no operarse tal fibroadenoma”.

Los papilomas y los fibroadenomas son ambos una especie de tumores benignos de mama. Aunque por lo general la extirpación de los mismos no requiere una intervención de urgencia, los protocolos médicos sí lo prevén como un acto médicamente adecuado, especialmente cuando concurren en conjunción con otros factores.

Como se puede observar, ambos supuestos de hecho tienen en común un aspecto esencial, esto es, en el curso de una intervención quirúrgica consentida por la paciente, el médico se percata de una condición médica que, a su entender, requiere una actuación determinada, y la lleva a cabo. En el primer caso, se realiza una ligadura de trompas; en el segundo, se extirpa un fibroadenoma de la mama. La diferencia entre ellas radica en que en el primer caso, el médico es plenamente consciente de que la paciente no ha dado su consentimiento expreso y escrito (como exige la normativa); mientras que en el segundo se dice que el cirujano, debido a las premuras de tiempo, malinterpreta los documentos y entiende que la paciente había consentido la extirpación tanto del papiloma (que finalmente no se pudo llevar a cabo por falta de medios técnicos), como del fibroadenoma. Como se ha dicho, la extirpación de ambos tumores está recogida en los protocolos médicos como medida terapéutica adecuada, si bien no se trata de la única alternativa, ni su práctica es urgente⁸.

8 A efectos de la calificación jurídica como un posible delito de lesiones, entiendo que es irrelevante que la intervención resulte o no urgente, sin perjuicio de ello pueda tener efectos jurídicos prácticos en el ámbito de antijuridicidad (como causa de justificación). V. Sergio ROMEO MALANDA, “Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes”, pp. 98 y 108 y ss. Cfr. también el Auto de la AP de Madrid a 9 de Febrero de 2011.

Lo anterior deriva en la condena penal de ambos médicos, en el primer caso por un delito de lesiones dolosas del art. 419 del Código penal de 1973 (actual art. 149 CP). En el segundo, por una falta de lesiones por imprudencia grave del art. 621.1 CP en relación con el art. 147.2 CP. En ambos casos se confirman en todos sus términos las sentencias condenatorias de los correspondientes órganos jurisdiccionales de instancia.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

En el caso resuelto por la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, el médico acusado recurre la sentencia condenatoria dictada en primera instancia alegando la existencia de un “error de derecho por incorrecta aplicación del artículo 621.1 CP, por inexistencia de la falta tipificada en dicho artículo, sino que estaríamos tan sólo en una infracción administrativa”.

Hay dos tipos de argumentos en los que basar este recurso: por un lado, se puede alegar que las intervenciones médicamente indicadas y correctamente realizadas nunca pueden afectar al bien jurídico que subyace en los delitos y faltas de lesiones, lo cual acontecería en el caso que nos ocupa. Efectivamente, el recurso debería prosperar si el tribunal asumiera la interpretación defendida por la doctrina dominante en nuestro país, más arriba expuesta (esto es, que el delito de lesiones requiere un empeoramiento objetivo de la salud)⁹; por otro lado, aun admitiendo que esta conducta podría calificarse como delito o falta de lesiones, podría defenderse que no encaja en ninguna de las figuras típicas previstas en la legislación penal. Esta opción puede ser más difícil de defender dado que el bien jurídico integridad personal tienen una protección penal muy amplia, que incluye los meros malos tratos de obra (art. 617.2 CP) y los supuestos de lesiones constitutivas de delito realizadas, incluso, por imprudencia leve (art. 621.3 CP). De esta forma, únicamente quedaría fuera del ámbito de la responsabilidad penal los supuestos de maltrato de obra o de lesiones no constitutivas de delito cometidos por imprudencia.

En definitiva, para ver si el recurso puede prosperar, habrá que analizar ambas posibilidades: en primer lugar, ver si esta conducta afecta, pese a lo mantenido por la doctrina dominante (y la práctica judicial) en nuestro país, al bien jurídico integridad personal; y en segundo lugar, de ser la respuesta afirmativa, ver si encaja en alguna de las figuras delictivas previstas en el CP. De no ser ello así, el recurrente tendría razón y debería ser absuelto de la falta de lesiones por la que venía siendo acusado, dejando en ese caso la vía abierta a la imposición de una sanción administrativa y a la exigencia de responsabilidad civil.

En tal caso, al tratarse de una infracción de la LAP, según se recoge en su disposición adicional sexta, el régimen sancionador es el previsto en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad (LGS). De acuerdo con el art. 32.1 LGS, “[l]as infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”, teniendo en cuenta que “[e]n ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes” (art. 33 LGS).

Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia (art. 34 LGS). En este caso, la infracción del deber de obtener el consentimiento del paciente no parece que pueda calificarse con infracción grave, pues estas son “[l]as que reciban expresamente dicha calificación en la normativa especial aplicable en cada caso” (art. 35.B) 1ª LGS), y la LAP no dice nada al respecto. Por lo tanto, parece que nos encontraríamos, en su caso, ante una infracción leve (art. 35.A.1ª y

⁹ Así se señala también, de forma expresa, en el recurso por infracción de ley que resuelve la STS de 26 de octubre de 1995, en el que el recurrente alega que “estando probado y reconocido en la sentencia, de una parte, que se trataba de una indicación médico 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”.

En consonancia con lo anterior, Romeo Casabona estima incorrecta la condena por lesiones dolosas impuesta por dicha sentencia, dado que la intervención estaba indicada, aunque no fuera urgente y el médico hubiera debido abstenerse de practicar la ampliación. Por ello, entiende este autor que la solución correcta tenía que haber sido la absolución, dejando abierta la posibilidad de una condena por responsabilidad civil por daños y perjuicios, al no parecer aplicable al caso un delito de coacciones, por no resultar el hecho subsumible en el tipo de injusto de dicho delito. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, p. 189.

3ª LGS), que llevaría aparejada una sanción de hasta 3.000 euros (art. 36.1.a) LGS).

Además, hay que tener en cuenta que el acusado también había sido condenado a satisfacer a la víctima una responsabilidad civil de 1.838 € por lesiones y secuelas, y 2.000 € adicionales por daños morales.

1. Sobre los delitos y faltas de lesiones: el alcance de la protección del bien jurídico integridad personal

La SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 acaba manteniendo la condena por una falta de lesiones. Por lo tanto, acepta la posibilidad de que estos delitos sean también aplicables a los supuestos de tratamientos médicos arbitrarios. Sin embargo, no explica las razones que le llevan a adoptar esta postura, más aun teniendo en cuenta que es lo contrario de lo que mayoritariamente defiende la doctrina, y de que no cuenta con jurisprudencia previa que lo avale. Ciertamente, existe la ya referida STS de 26 de octubre de 1995, pero esta sentencia no es citada en ningún momento.

En cualquier caso, creo que la decisión de vincular esta conducta a los delitos de lesiones es totalmente correcta. La cuestión que se plantea es si un acto médico no consentido afecta al derecho fundamental a la integridad física, constitucionalmente garantizado en el art. 15 CE. Y con ello, al bien jurídico-penal “integridad personal”¹⁰. Este bien jurídico tiene una doble proyección, la integridad física (que estaría integrada por el contenido constitucional del derecho fundamental a la integridad física) y la integridad psíquica. Ello queda perfectamente reflejado en el art. 3 de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge el derecho a la integridad de la persona, reconociendo que “toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”.

De esta forma, es posible incluir en este bien jurídico, como supuesto de menor afectación al mismo, la falta de maltrato de obra, que por no causar lesión

alguna, presenta, por lo general, problemas para integrarla conceptualmente como conducta que suponga una afectación a la salud. Para ser más concretos, y si tomamos como referencia el delito básico de lesiones recogido en el art. 147 CP, este emplea los términos “integridad corporal” y “salud física o mental”. La protección del bien jurídico “integridad personal” abarca perfectamente todos estos supuestos. Así, la proyección del bien jurídico en la integridad física comprende tanto la integridad corporal (conductas invasivas no consentidas sobre el cuerpo del sujeto pasivo) como la salud física (afectaciones a la integridad física que no requieren necesariamente contacto corporal. Por ejemplo, producir sonidos muy altos que producen dolor de cabeza, o liberar una sustancia que, inhalada, causa vómitos); y la vertiente psíquica de la integridad personal (la que hemos denominado integridad psíquica), se correspondería con la salud psíquica o moral.

La Constitución debe ser el punto de partida para extraer los bienes jurídicos dignos de protección. El primer lugar al que habrá que acudir para su búsqueda serán los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución española, por ser éstos los ejemplos más claros de preceptos constitucionales que justifican la existencia de bienes jurídicos derivados de los mismos para garantizar su protección¹¹.

Con ello no se trata de defender una exacta coincidencia entre el ordenamiento constitucional y el penal. Es más, ello no significa que todos los derechos fundamentales deban ser considerados automáticamente bienes jurídicos, y mucho menos bienes jurídico-penales. Lo que se quiere decir con ello es que en los derechos fundamentales cabe advertir más fácilmente el sistema de valores constitucionalmente relevante¹², o dicho de otra manera, en los derechos fundamentales directamente reconocidos a los ciudadanos es posible encontrar reflejados los bienes jurídicos defendibles¹³.

10 Algunos autores se refieren a la “salud” (en un sentido amplio) como el bien jurídico protegido. Yo prefiero hablar de “integridad personal” por su carácter más neutro, dado el contenido “objetivo” que mayoritariamente se otorga al concepto de salud y que puede llevar a confusión, al asumir aquí una concepción subjetiva.

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

12 Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 37; Patricia LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 107, según la cual, “los derechos fundamentales no se agotan en su función garantística, sino que expresan, al mismo tiempo, una decisión constitucional sobre los elementos o bienes esenciales en torno a los cuales se estructura y organiza la comunidad”.

13 Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (bases para un teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, p. 41; Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2 (1983), p. 74.

Además, la importancia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución para el conjunto del ordenamiento jurídico justifica la protección de los bienes jurídicos que de ellos se derivan a través del Derecho penal¹⁴. Como dice MUÑOZ CONDE, “el Derecho penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de las necesidades específicas y de determinados principios característicos, y convertidos en bienes jurídicos”¹⁵.

Como ya hemos dicho, el derecho a la integridad física tiene naturaleza de derecho fundamental. Así, el art. 15 CE establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

La integridad física puede verse afectada cuando una persona es sometida a intervenciones corporales de diverso tipo. Como afirma ARRUEGO RODRÍGUEZ, el derecho fundamental a la integridad física (y moral) salvaguardaría a la persona como realidad biológica en su doble dimensión física y psicológica, corporal y espiritual. De este modo, el derecho fundamental poseería una naturaleza estrictamente negativa o reaccional y no sólo protegería al individuo frente a toda agresión en su cuerpo en su doble vertiente física y psíquica, sino que, además, proscibiría toda intervención no consentida en aquellos bienes¹⁶.

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

“Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental (...)” (F.J. 8).

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, en jurisprudencia ya consolidada¹⁷. Así, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸ (CEDH) no reconoce expresamente el derecho a la integridad física, ya en la STEDH de 29 de abril de 2002, *Caso Pretty c. Reino Unido*, se estableció que la noción de “vida privada” del art. 8 CEDH debe ser interpretada de forma amplia, abarcando la integridad física y moral de la persona. Y en numerosas sentencias posteriores ha completado esta decisión, manteniendo que el CEDH protege la integridad física y moral bajo el respeto a la vida privada y que una decisión de imponer una intervención médica en contra de la voluntad del paciente vulnera dicho derecho a la integridad física (por ejemplo, STEDH de 13 de mayo de 2008, *Caso Juhnke c. Turquía*). Más concretamente, y de especial interés por su similitud con el caso resuelto por la STS de 26 de octubre de 1995, en la STEDH de 8 de noviembre de 2011, *Caso V.C. c. Eslovaquia*, se condena a este país

14 Cfr. José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 48; Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO/ Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 69; Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 16 y ss.

15 Francisco MUÑOZ CONDE, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 567. En el mismo sentido se muestra Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 90, cuando se refiere a la “doble dimensión de los derechos fundamentales: como derecho subjetivo y como norma objetiva que identifica un bien jurídico (valor) constitucional”.

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

16 Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Comares, Granada, 2011, pp. 37 y ss.

17 V. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, pp. 55 y ss.; José Antonio RAZQUÍN LIZÁRRAGA, “El consentimiento informado como derecho humano y fundamental”, en José Francisco Alenza García/María Luisa Arcos Vieira, *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Universidad Pública de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 390 y ss.

18 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

por no haber resuelto satisfactoriamente la reclamación de una paciente que fue esterilizada durante el parto sin su consentimiento debido al riesgo para su salud que supondría un ulterior embarazo. En dicha sentencia, el TEDH afirma que la imposición de un determinado tratamiento sin el consentimiento del paciente con plena capacidad mental supone una injerencia en su derecho a la integridad física. La misma doctrina resulta aplicable a supuestos en los que lo que falta no es el consentimiento *stricto sensu* para llevar a cabo la intervención, sino que este se ha otorgado sin suficiente información, por lo que se considera no válido, lo cual supone también la vulneración del derecho referido (v. STEDH de 15 de enero de 2013, *Caso Csoma c. Rumanía*).

De este modo, “parece indudable que cualquier intromisión no consentida en el cuerpo ajeno (también la realizada con fines curativos) supone lesionar la integridad física del individuo, cuya garantía debe entenderse, por tanto, como derecho a mantener el propio organismo libre de cualquier intromisión externa no deseada”¹⁹. Es decir, resulta irrelevante, a estos efectos, que dicha intervención tenga una finalidad curativa, por lo que la protección de la integridad física debe quedar desvinculada de un concepto objetivo de salud. Como también afirma ARRUEGO RODRÍGUEZ, “el hecho de que una intervención no consentida genere dolor, malestar o riesgo para la salud, supone un plus de afectación del derecho pero no una *conditio sine qua non* para estimar que se ha vulnerado”²⁰. En el mismo sentido se pronuncia la STC 207/1996:

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

En la STC 37/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse de forma expresa, no sobre una asistencia médica coactiva, en el sentido de que se haya producido en contra de la voluntad del paciente, sino acerca de una intervención médica llevada a cabo sin que el sujeto afectado hubiera recibido información previa sobre la misma, y sin que hubiera prestado el consentimiento subsiguiente a esa información. Por tanto, tuvo que dilucidar acerca de si esa

omisión del consentimiento informado del recurrente en el supuesto examinado había producido o no una lesión de su derecho (fundamental) a la integridad física.

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

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

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

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

Así pues, al configurarse el consentimiento informado como elemento integrante del derecho humano y fundamental a la integridad física, ello le otorga una nueva dimensión que ha de orientar la interpretación

19 Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 37.

20 ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, p. 50

de las normas dirigidas a la protección de tal derecho, y sobre todo su aplicación práctica en aras de su plena efectividad²¹, exigiéndose, como afirma también la STC 37/2011, la interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental (F.J. 11). Y es indudable que la mayor protección de este derecho fundamental se obtiene a través del Derecho penal.

Trasladado estos criterios jurisprudenciales (del TEDH y del TC) al ámbito del Derecho penal, habrá que sostener que una intervención médica no consentida, en tanto vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, afecta igualmente al contenido esencial del bien jurídico en el que se proyecta el referido derecho fundamental, esto es, queda lesionado el bien jurídico-penal integridad personal.

En definitiva, el contenido de este bien jurídico (como el de todos los bienes jurídicos de carácter eminentemente personal) ha de determinarse desde el respeto a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del sujeto afectado. De ahí que deba analizarse, no desde una perspectiva objetiva, sino subjetiva, pues debe ser el titular del bien jurídico “quien defina individualmente cuál es su concepto de salud, como la forma más evidente del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad”²². A efectos de determinar la tipicidad de la conducta es irrelevante que el acto médico tenga una finalidad curativa, pues entiendo, según lo expuesto, que este aspecto no forma parte del bien jurídico protegido. Hay que estar de acuerdo, pues, con la profesora CORCOY BIDASOLO cuando afirma que “el consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito indispensable para que la intervención médica no sea directamente calificada de lesiones o, en su caso, de coacciones (...) cualquier actividad médica realizada sin el consentimiento del paciente tiene relevancia penal aun cuando ‘mejore’ su salud física o disminuya el riesgo de muerte”²³.

Por ello, toda actuación sobre el cuerpo humano no consentida puede realizar el tipo objetivo de un delito o falta de lesiones (arts. 147 y ss., 617.1 y 621.1 y 3 a 6 CP), o, en su caso, de una falta de maltrato de obra (art. 617.2 CP), según corresponda. A este respecto, será irrelevante la naturaleza curativa o no de la intervención, sin perjuicio de que ello pueda ser valorado en un juicio posterior relativo a la antijuridicidad del hecho o a la culpabilidad del autor.

En conclusión, los hechos descritos en las dos sentencias objeto de análisis en este comentario deben ser analizados desde la perspectiva de los delitos contra la integridad personal. No se trata, en definitiva, de una cuestión que únicamente pueda ser resuelta antes las jurisdicciones civil o contencioso-administrativa, o que sean actos constitutivos de una mera infracción administrativa, sino que, muy por el contrario, los órganos judiciales de la jurisdicción penal tienen también algo que decir al respecto.

2. Sobre la calificación (objetiva) de los hechos como delito de lesiones

Aclarado lo anterior, corresponde ahora responder a la segunda cuestión que puede subyacer al recurso planteado, esto es, si los hechos encajan en alguna de las figuras delictivas (protectoras de la integridad personal) recogidas en el Código penal. En este apartado veremos la correspondencia entre el hecho y el tipo objetivo de la alguna de las infracciones penales. En el apartado siguiente me ocuparé más concretamente del tipo subjetivo.

Pues bien, también en lo que respecta a la calificación concreta de los hechos parece que tanto la STS de 26 de octubre de 1995 como la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 pueden entenderse correctas.

21 José Antonio RAZQUÍN LIZÁRRAGA, “El consentimiento informado como derecho humano y fundamental”, en José Francisco Alenza García/María Luisa Arcos Vieira, *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Universidad Pública de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 406.

22 CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, en José Cerezo Mir/Rodrigo Fabio Suárez Montes/Antonio Beristáin Ipiña/Carlos María Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torio López*, Comares, Granada, 1999, p. 265. De la misma opinión, Enrique PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones (I)”, en Miguel Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 360.

23 CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, p. 269. Posteriormente reitera que “la conducta del médico que realiza un tratamiento sin consentimiento puede también ser calificada, atendiendo al caso concreto, como lesiones” (p. 279). En la doctrina española, también defienden este criterio PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones (I)”, pp. 361 y s.; Manuel CANCIO MELIÁ, “Lesiones”, en AA.VV., *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 686. En Alemania, v. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, Munich, 2006, p. 553.

La STS de 26 de octubre de 1995 se ocupa de un caso en el que el médico practica a la paciente, sin su consentimiento, una ligadura de trompas, lo cual supone la esterilización de la misma. Ello encaja perfectamente en el tipo objetivo del art. 419 del Código penal de 1973 (actual art. 149 CP). Así, el art. 149.1 CP castiga a quien “causara a otro, por cualquier medio o procedimiento (...) la esterilidad”.

La SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por su parte, estudia un supuesto en el que el médico extirpa un fibroadenoma situado en la mama de la paciente. Ello requiere realizar cirugía invasiva que deja como resultado una pequeña cicatriz. Solo por ello nos encontramos ya ante una lesión (la incisión en la mama) que menoscaba la integridad corporal y que requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (los puntos de sutura). Ello nos coloca en el ámbito del art. 147 CP, pues es posible descartar la aplicación del art. 150 CP al no poder hablarse de un resultado que cause “deformidad”. Y dentro del art. 147 CP cabe plantearse la aplicación de su apartado segundo, que recoge un tipo penal privilegiado cuando la lesión “sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”²⁴. El juzgado primero y la Audiencia después, entienden que resulta aplicable esta modalidad típica de lesiones leves, con lo cual también es posible estar de acuerdo.

Una vez analizada la tipicidad objetiva, para poder afirmar que nos encontramos ante conductas típicas es necesario estudiar también su vertiente subjetiva y comprobar la existencia de una infracción penal que se adecue a la calificación jurídica realizada, teniendo siempre presente que “[l]as acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley” (art. 12 CP).

En cualquier de los dos casos, aunque se tratara de supuestos de imprudencia, existirá responsabilidad penal pues, como se ha dicho más arriba, en los delitos contra la integridad personal se ha previsto también la responsabilidad incluso por imprudencia leve.

3. Sobre la calificación (subjetiva) de los hechos como falta de lesiones por imprudencia grave

La STS de 26 de octubre de 1995 califica los hechos como delito de lesiones grave (causación de esterilidad) *doloso*. No parece haber duda alguna al respecto pues los hechos probados dejan bastante claro que el médico era totalmente consciente de que la paciente no había consentido la intervención practicada.

Sin embargo, en el caso analizado por la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 se dice que “*dadas las circunstancias en las que se produjo la operación, las prisas y hallarse en horas de tarde para reducir las llamadas “listas de espera”, el médico cirujano acusado no supo interpretar correctamente los documentos firmados y las manifestaciones de la paciente, en relación con los informes radiológicos existentes, y realizó la operación quizá en la creencia de que al menos de manera indirecta sí había consentido la paciente*”. Es decir, que el médico actuó en la creencia (o al menos existe una duda razonable de que ello fue así) de que la paciente consentía la extirpación tanto del papiloma como del fibroadenoma.

Aquí el tribunal concluye que la responsabilidad del médico se debe a una actuación negligente (por imprudencia grave) y que, en consecuencia, ha de aplicarse la figura delictiva correspondiente, que en este caso sería la recogida en el art. 621.1 CP, prevista para quienes “por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147”.

De nuevo, esta calificación resulta acertada. Sin embargo, entiendo que no lo es el razonamiento jurídico empleado para llegar a esta conclusión. Y es que esta sentencia presta una excesiva atención a elementos que, a mi juicio, son irrelevantes para resolver el supuesto planteado y, por el contrario, no analiza las cuestiones jurídicas esenciales.

En efecto, el tribunal sentenciador analiza, por un lado, los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal por imprudencia, pero lo hace en relación con los supuestos (más comunes) de impericia profesional e infracción del deber de cuidado vinculada a la *lex artis* técnica, cuando ello no es la cuestión

²⁴ Siguiendo a Jorge VIZUETA FERNÁNDEZ, “Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, *Diario La Ley*, 15 de mayo de 2014, p. 20, “la mención al *medio empleado* se refiere al desvalor de la acción, y la referencia al *resultado producido*, al desvalor del resultado. En relación con el *medio empleado* podrán tenerse en cuenta la modalidad de ejecución concretamente utilizada (su peligrosidad a priori), la persistencia de la agresión, la clase de dolo, etc. En cuanto al *resultado producido*, podrá atenderse, entre otras circunstancias, a la entidad de la afeción a la integridad corporal o salud física o mental, al tiempo de curación, a la afectación de la víctima en su vida habitual o a la parte del cuerpo menoscabada.”

central del supuesto de hecho, ya que la intervención médica no solo era adecuada sino que se realizó correctamente y el resultado era el esperado y previsible para ese tipo de intervenciones. La propia sentencia asume que “en la intervención quirúrgica de la paciente no se cometió ninguna imperfección médica”. Ciertamente, a lo largo de su exposición también alude a la importancia del consentimiento y su relación con la *lex artis* y a la defectuosa *praxis* médica del cirujano que no respeta los protocolos sobre consentimiento, cuestión esta que sí tiene trascendencia²⁵.

Así, es jurisprudencia hoy en día constante la que afirma que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción clara de la *lex artis*²⁶. Así, entiende el Tribunal Supremo que la infracción de la *lex artis* no solo se produce cuando el acto médico se ha realizado incorrectamente desde un punto de vista técnico, sino cuando en un acto médico técnicamente correcto no ha intervenido un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico. La STS (Sala Tercera) de 4 de diciembre de 2012 (F.J. 5º) es muy expresiva al respecto: “hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado de la existencia de la mala *praxis*, pues el defecto o insuficiencia de consentimiento constituye, en sí mismo, mala *praxis*”. La actuación contraria a la *lex artis* es, en definitiva, malpraxis, por lo que se abre la puerta a la responsabilidad por imprudencia.

De esta forma, como afirma PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, “la *lex artis* no se limita ahora a una correcta aplicación de las técnicas curativas a partir de unos determinados y exigibles conocimientos técnico científicos, sino que incluye también unos concretos contenidos éticos que implican una determinada forma de relación del personal sanitario con el paciente, forma de relación que requiere la comunicación de la debida

información al paciente por parte del facultativo. La *lex artis* podría ser definida entonces como el conjunto de conocimientos técnico-científicos y también de comportamientos éticos, que el sujeto debe aplicar en el campo de su ejercicio profesional”²⁷.

Por otro lado, la sentencia analizada ocupa buena parte de la argumentación jurídica a explicar cuál debe ser el alcance de la información previa al consentimiento distinguiendo entre si se trata de medicina curativa o satisfactiva. Sin negar la importancia de esta cuestión, lo cierto es que no parece tenerla en el caso que nos ocupa, pues aquí no se discute si la información previa transmitida a la paciente en orden a poder otorgar un consentimiento válido fue o no adecuada. Muy al contrario, el problema es que no ha habido consentimiento en absoluto. Más aún, la información previa existió y la decisión de la paciente fue, precisamente, la de no consentir la extirpación del fibroadenoma.

La cuestión jurídicamente relevante del caso es el tratamiento jurídico que se debe otorgar a lo que realmente pasó, que no es otra cosa que el cirujano, por las prisas, no interpretó correctamente el documento de consentimiento informado, y entendió que la paciente deseaba también la extirpación del referido tumor. Y esto no tiene nada que ver con la realización de una intervención médica técnicamente incorrecta, ni con la existencia de una deficiente información previa a la paciente.

En definitiva, para decidir si se trata de una lesión dolosa o imprudente hay que analizar el alcance del error sobre la existencia del consentimiento. Por ello resulta esencial aclarar, como punto de partida, el papel que juega el consentimiento del afectado en la configuración de un bien jurídico de naturaleza personal²⁸.

Si el consentimiento de la paciente es un elemento (negativo) del tipo de lesiones (lo cual habrá que aclarar con carácter previo), entonces nos encontraríamos

25 Así, la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, en su fundamento de derecho tercero, dice lo siguiente: “(...) Y este consentimiento informado es un deber deontológico incluido en los deberes asistenciales, es decir, es un deber médico fundamental que corresponde no al paciente, sino al facultativo, en este caso al acusado que iba a realizar la intervención quirúrgica (...) el acusado debió por sí mismo llevar a cabo el consentimiento informado para la intervención quirúrgica que finalmente realizó, lo cual fue omitido por el acusado (...) Y aunque la falta del citado documento de consentimiento informado no determina en todo caso la responsabilidad penal respecto de los resultados imprevisibles e inevitables, de la misma forma que su existencia tampoco excluye dicha responsabilidad en supuestos de impericia, sí que supone obviar el protocolo de la buena *praxis* médica exigible a los cirujanos que van a intervenir a un paciente, evidenciando una defectuosa *praxis* médica (...)”

26 V. Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, pp. 118 y ss. Por citar dos sentencias recientes donde se reafirma esta doctrina, v. SSTS —Sala Tercera— de 9 de octubre y de 4 de diciembre de 2012, y otras muchas allí citadas

27 PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, p. 34. V. igualmente, JORGE BARREIRO, *La Imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, p. 172; PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones (I)”, p. 361.

ante un error de tipo que, de ser vencible, daría lugar a responsabilidad penal por imprudencia (art. 14.1 CP). Por el contrario, si el consentimiento actúa como causa de justificación en estos casos (de nuevo, como sostiene la doctrina dominante), se trataría de un error sobre las causas de justificación, que habría que tratar como un error de prohibición (art. 14.3 CP) si se acepta la doctrina del Tribunal Supremo y lo mantenido mayoritariamente por la doctrina científica; o como error de tipo si se adopta en la resolución del caso las propuestas de la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría restringida de la culpabilidad.

Todas estas cuestiones sí merecen un cierto desarrollo en la resolución jurídica de un caso de esta naturaleza, y lamentablemente la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 no lo aborda en sus razonamientos jurídicos.

Pues bien, por aportar algo de luz a esta cuestión, en mi opinión el consentimiento excluirá siempre la tipicidad de la conducta. Atendiendo a esta circunstancia, y en relación con los bienes jurídicos individuales, carece de sentido la distinción *a priori* entre bienes jurídicos disponibles y no disponibles²⁹, puesto que los bienes jurídicos individuales se protegen con el fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de su titular.

De este modo, el consentimiento presupone, en todo caso, la facultad de disponer, y excluye la posibilidad de lesión del bien jurídico cuando se ejercita tal facultad³⁰. Así pues, el verdadero bien jurídico abarca también el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden³¹. Como acertadamente dice RUDOLPHI, bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo³².

De esta forma, en tanto que el error habría recaído sobre un elemento del tipo, ello excluirá el dolo. La conducta podrá calificarse como imprudente si se trata de un error vencible. Y en este caso, habrá que analizar adicionalmente si se trata de un error fácilmente vencible (imprudencia *grave*) o difícilmente vencible (imprudencia *leve*). Una vez realizado dicho análisis habrá que constatar que existe una figura delictiva que prevé responsabilidad penal para ese tipo de imprudencia. En el caso de las lesiones ya hemos dicho que ambos supuestos están previstos en el Código penal.

Pues bien, lo que se discute en este caso es si el cirujano podría haber salido de su error y, en su caso, si ello era más o menos fácil de conseguir. Teniendo en cuenta

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

Más ampliamente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad Curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pp. 292 y ss.; SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal. Naturaleza y eficacia*, pp. 54 y ss.; Diego-M. LUZÓN PEÑA, "El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18 (2012), pp. 7 y ss.

29 Como dice Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 731 y s., "de la esencia y naturaleza del consentimiento se deduce que son bienes jurídicos disponibles mediante consentimiento de su titular, los de los delitos contra *bienes jurídicos individuales* (...). En cambio, no son bienes jurídicos disponibles aquellos que protegen intereses generales (...)"

30 SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal. Naturaleza y eficacia*, p. 99; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, pp. 100 y s.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, p. 725; MORILLAS CUEVA, "Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica", pp. 88 y s.; Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "El consentimiento en las lesiones veinte años después", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 50 y 52.

31 DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, p. 95.

32 Hans-Joachim RUDOLPHI, "Literaturbericht. Strafrecht - Allgemeiner Teil", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 86 (1974), p. 87. Esta teoría no pierde su validez en aquellos casos en los que el titular del bien jurídico carece de capacidad para consentir (en suma, carece de facultad para disponer), por ejemplo, en el caso de un niño pequeño o un deficiente mental. Que el bien jurídico abarque también a la capacidad de disposición de su titular, no significa en modo alguno que si éste carece de dicha capacidad no existe tal bien jurídico, sino únicamente que a falta de dicho consentimiento (por la razón que sea) el bien jurídico habrá sido lesionado. Cfr. a este respecto, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 464.

que lo que le era exigible era simplemente leerse bien el documento de consentimiento informado que tenía a su disposición, la vencibilidad del error parece clara, y la facilidad para salir del mismo también resulta evidente, por lo que no resulta difícil asumir la conclusión a la que también llegó (aunque por otra vía) el tribunal sentenciado de que nos encontramos ante una imprudencia grave.

Al tratarse de una lesiones leves cometidas por imprudencia grave, es correcta la calificación por la que se condena al acusado en la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, esto es, la falta del art. 621.1 CP.

IV. REFLEXIONES FINALES

1. Efectos del proyecto de reforma del CP sobre los hechos analizados

Dejando ahora al margen el caso resuelto por la STS de 26 de octubre de 1995, pues en el ámbito de la actividad médica será excepcional tener que condenar a un médico por un delito de dicha gravedad, sí que puede ser más frecuente encontrarnos con supuestos similares a los analizados por la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014³³. Tanto por la menor gravedad de las lesiones, que en algunos casos podrían ser constitutivas de falta, como porque finalmente el hecho acabe siendo calificado como imprudente, en cuyo caso habrá que decidir si se trata de una imprudencia grave o leve.

Ello es importante porque, tratándose de imprudencias leves, la conducta será típica o atípica atendiendo al grado de afectación a la integridad personal. Así, las lesiones por imprudencia leve serán, en todo caso, consideradas como falta, y únicamente cuando se cause

una lesión constitutiva de delito, es decir, que requiera para su sanación, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 621.3 CP, en relación con los arts. 147 y ss. CP). Además, hay que tener presente que esta infracción sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 621.6 CP).

Sobre ambas circunstancias se prevén novedades si finalmente acaba aprobándose, en su versión original, el Proyecto de Reforma de Código penal que se está actualmente tramitando en las Cortes Generales (CP'2013)³⁴.

Por lo que se refiere a cuestiones vinculadas a la tipicidad objetiva, dicho proyecto prevé la supresión de las faltas (derogándose, así, el Libro III del Código Penal). Así lo explica y resume en su exposición de motivos:

“Así, desaparecen las faltas de lesiones, y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Las lesiones de menor gravedad, en atención al medio empleado y al resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del artículo 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena de tal forma que sea el Juez o Tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad. Se tipifica como delito leve ‘el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión’, esto es, la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del artículo 147.2

En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles ‘mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal’. Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al Juez de Instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar

33 Aunque no han sido objeto de este estudio, los mismos problemas de calificación se plantean cuando existe consentimiento del paciente para someterse a una intervención médica, pero no ha sido suficientemente informado de los posibles efectos de la misma. V. más ampliamente sobre el particular, Sergio ROMEO MALANDA, “Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes”, pp. 104 y ss.

En la SAP de Ávila de 7 de diciembre de 2004 se resuelve un supuesto de esta naturaleza. Según se describe en los hechos probados el acusado, odontólogo, realiza a la paciente cirugía dental si bien no consta que se haya informado de los posibles resultados negativos de dicha intervención, los cuales lamentablemente acontecen (lesión de un nervio dentario que produce sensación de anestesia en la zona maxilar). Se considera probado que se trata de un riesgo previsible incluso realizando correctamente la intervención, como es el caso. El Juzgado de Instrucción condenó al dentista por una falta de lesiones por imprudencia grave del art. 621.1 CP, decisión que me parece acertada. Sin embargo, la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia y absuelve al acusado al no ver indicio alguno de *malpraxis*.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta que en la misma sentencia se afirma, en relación con el consentimiento, que si bien es cierto que no existe consentimiento escrito donde conste que se informó al paciente de las consecuencias posibles de la intervención, “no puede excluirse que se hiciera una sucinta información verbal”. Ciertamente, a efectos penales únicamente debe exigirse que haya existido consentimiento, no que este se haya prestado por escrito (pese a que lo exija la Ley), sin perjuicio de que este defecto formal pueda dar lugar a responsabilidad administrativa. La existencia o no de consentimiento informado puede recabarse a través de cualquier instrumento probatorio admisible en Derecho, siendo el documento escrito y firmado por el paciente solo una de esas modalidades. Ahora bien, en este caso resulta discutible admitir *ex novo* que existió consentimiento verbal con información adecuada transmitida también verbalmente contradiciendo, así, lo recogido en los hechos probados.

34 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley*, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1.

al lesionado para que acuda obligatoriamente al Juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia. Ahora bien, en los casos de violencia de género no se exigirá denuncia previa para perseguir las lesiones de menor gravedad y el maltrato de obra."

En definitiva, las actuales faltas de maltrato de obra y de lesiones pasan a ser catalogadas como delitos leves, castigados con penas que no superan los tres meses de multa, unificándose en un mismo delito, el de lesiones leves del art. 147.2 CP'2013, el actual delito de lesiones leves y la falta de lesiones. La pena (para los actuales delitos leves que se sigan calificando por el mismo precepto) se reduce sustancialmente, pasando de una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, a una pena de multa de uno a tres meses, aunque sufre un ligero aumento para los hechos que hubieran sido calificados como falta según el Código Penal actualmente vigente (pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses). La pena para el nuevo delito de maltrato de obra también sufre un aumento, pasando de una pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días (prevista para la actual falta) a una pena de multa de uno a dos meses (art. 147.3 CP'2013).

Por su parte, en lo que respecta a cuestiones vinculadas a la tipicidad subjetiva, parece razonable que, en aplicación del principio de mínima intervención que debe regir el Derecho penal, todos los casos que fueran calificables como faltas de lesiones por imprudencia leve se recondujeran hacia la jurisdicción civil o contencioso-administrativa, según corresponda, además de conllevar la correspondiente sanción administrativa.

Con la legislación actual, ello será posible si el paciente que resulta afectado opta por no recurrir a la jurisdicción penal y plantea directamente una demanda judicial de reclamación patrimonial en la jurisdicción jurisdicciones civil o contencioso-administrativa. De *lege ferenda* parece razonable, por lo dicho, hacer des-

aparecer del catálogo de infracciones penales los supuestos de responsabilidad por imprudencia leve³⁵. En el Proyecto de Reforma de Código penal se eliminan tales figuras delictivas. Según recoge la exposición de motivos:

"En cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código Penal). No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos más graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad."

Ello ayudará a alejar de la jurisdicción penal, de una forma mucho más natural, los supuestos menos graves de responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado. De hecho, atendiendo a la nueva regulación, la conducta castigada por la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 sería atípica, pues la reforma no solo prevé sacar del Código Penal los supuestos de responsabilidad penal por imprudencia leve, sino que también elimina la responsabilidad penal por imprudencia grave cuando se trate de lesiones leves. Así, el art. 152 CP'2013 únicamente prevé sanciones por imprudencia grave en caso de lesiones si los hechos se corresponden objetivamente con las conductas descritas en los arts. 147.1³⁶, 149 y 150 CP'2013.

2. Sobre la conveniencia de introducir expresamente en el CP el delito tratamientos médicos arbitrarios

Ante la dificultad que la mayoría de la doctrina se encuentra para dar una respuesta penal a estos casos de actos médicos no consentidos, se ha planteado la posi-

35 Para Jorge VIZUETA FERNÁNDEZ, "Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales", pp. 22 y s., "[q]uizás debería mantenerse en el CP la causación por imprudencia leve de alguno de los resultados de lesiones albergados en el art. 149 CP."

36 Como advierte Jorge VIZUETA FERNÁNDEZ, "Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales", p. 22, "[s]i este precepto castiga con una pena de prisión de tres a seis meses la causación por imprudencia grave de las lesiones del art. 147.1, y este, a su vez, castiga estas mismas lesiones causadas dolosamente con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de tres meses y un día a doce meses, nos encontramos con que puede haber supuestos de lesiones que se castiguen más gravemente si son realizadas por imprudencia grave que si son cometidas de forma dolosa. Se trata de un desatino que debe ser corregido."

bilidad de tipificar esta conducta de forma expresa. En el Derecho comparado, esta es la opción por la que han optado países como Austria y Portugal, que específicamente contemplan las consecuencias del tratamiento curativo cuando es realizado sin consentimiento.

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

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

En España, la doctrina mantiene opiniones contrapuestas sobre la conveniencia de la introducción de un delito similar³⁷. En mi opinión, sería conveniente la introducción de una figura delictiva de esta naturaleza, tanto por razones de seguridad jurídica (como vengo diciendo, la doctrina se muestra reacia a su

castigo pese a existir razones para ello), como por razones de proporcionalidad de la respuesta punitiva, atendiendo a las especiales características de este tipo de conductas.

En efecto, aunque se afecte al bien jurídico integridad personal y, con ello, pueda ser aplicable alguno de los delitos de lesiones, no hay que perder de vista el contexto en el que se realizan (el ámbito médico-quirúrgico), la menor lesividad de la conducta (en tanto que la afectación a la salud es normalmente mínima o nula desde un punto de vista objetivo, más aún cuando la conducta se realiza por un médico en el ejercicio de sus funciones, lo cual supone la existencia de un riesgo controlado), y que la finalidad del autor es curativa en última instancia.

Todo ello parece indicar una menor antijuridicidad de la conducta respecto del resto de modalidades típicas de lesiones, lo cual requeriría, a mi juicio, una figura típica independiente que se adecuara mejor a dicho desvalor y que previera un tipo penal atenuado para estos supuestos de responsabilidad médica³⁸.

Por lo dicho más arriba, este delito de tratamientos médicos arbitrarios debería estar recogido como una modalidad típica de delito contra la integridad personal, esto es, dentro del catálogo de los delitos de lesiones, y no como una modalidad especial de coacciones (como sucede en los casos austriaco y portugués)³⁹. Se trataría de una figura delictiva especial frente al resto de delitos, por lo que resultaría aplicable el art. 8.1º CP, independientemente de la gravedad de la afectación a la integridad corporal, gravedad que podría modularse penológicamente dentro del propio marco penal previsto para el delito, que para poder abarcar todas las posibilidades (desde lesiones leves —incisión para extraer un tumor— hasta supuestos más graves —esterilización—), bien podría prever alternativamente penas

37 Se muestran favorable al mismo Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 504; Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, pp. 129 y s.; Leticia JERICÓ OJER, "Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal", p. 367; en contra, ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, p. 232; con algunas dudas, MORILLAS CUEVA, "Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica", pp. 116 y s.

38 También en el ámbito anglosajón se ha planteado la necesidad de tratar los casos de responsabilidad médica de una forma más benevolente. V. Anthony HARVEY, "Doctors in the dock: criminal liability for negligent treatment resulting in the death of a patient", *The Liverpool Law Review* Vol. XVI(2), 1994, pp. 201 y ss.; Hannah QUIRK, "Sentencing White Coat Crime: The Need for Guidance in Medical Manslaughter Cases", *The Criminal Law Review*, Núm. 11, 2013, pp. 871 y ss.

39 De esta misma opinión, Ingeborg PUPPE, "La justificación de la intervención médica curativa", *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, n.º 1, 2007, p. 3. Aparentemente, esta también sería la opinión de ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München: C. H. Beck, 1997, p. 460, pues entiende que a falta de una tipificación expresa de los tratamientos curativos arbitrarios, el delito aplicable sería el de lesiones. Por lo tanto, dando a entender que, en todo caso, el bien jurídico afectado es la integridad personal. Sin embargo, Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 129, entiende que este delito debería integrarse en el catálogo de delitos contra la libertad.

de multa y, para los supuestos más graves, prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Igualmente, habría que valorar la oportunidad de limitar la responsabilidad a los supuestos dolosos, previen-

do una exclusión expresa de la responsabilidad penal en casos de imprudencia, aunque fuera grave (de forma similar a la previsión existente en el delito de aborto respecto de la mujer embarazada).