

El consentimiento presunto y su relevancia penal en el ámbito quirúrgico (Resumen)

~Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal~

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo, España. Presidente FICP

En la ponencia se abordan algunos de los aspectos más relevantes de la problemática del consentimiento presunto, centrada fundamentalmente en el ámbito médico y dentro de éste en lo que se comúnmente se denomina ampliación de una intervención quirúrgica ya iniciada. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida por la doctrina, así como por la jurisprudencia como muestran estos casos entre otros.

- Caso del Mioma (*Myom-Fall*, BGH NJW 1958, 267) El médico que trataba a la paciente comprobó que ésta tenía sobre el útero un mioma de tamaño del doble de un puño, que debía ser extraído. Durante la operación se comprobó sin embargo que no estaba sobre el útero sino que había crecido unido a éste de tal forma que el mioma sólo podía extraerse conjuntamente con el útero. Se plantea el problema de si está justificada la acción de la ampliación de la operación, consistente en la extracción total del útero.

- Caso de la Cesárea (*Kaiserschnitt-Fall*, BGH NJW 1988, 2310 = BGHSt 35, 246). Debido a una fuerte adherencia del útero con la pared abdominal y la vejiga como consecuencia de dos cesáreas anteriores, el médico tuvo que practicar a la paciente necesariamente un corte de útero –distinto del normal- que en caso de un embarazo posterior podría provocar una rotura de útero con peligro de muerte para la madre y para el feto. Por eso consideró necesario, por indicación vital, practicarle además una ligadura de trompas para evitar embarazos. La paciente había manifestado su consentimiento para la práctica de la cesárea, pero no para la ligadura de trompas.

- Caso de la ligadura de trompas en contra de la voluntad de la paciente. STS 24-5-1995. Cuando iba a ser atendida de parto, el doctor preguntó a la paciente en el pasillo previo al quirófano si aprovechaba la operación para efectuarle una ligadura de las trompas de Falopio (salpingectomía bilateral) para evitar más embarazos, porque podían ser peligrosos para la vida de la madre. La paciente respondió que no. Pero aun así el médico se la practicó durante la intervención. La paciente (que era médico de profesión y ejerciente como especialista de Radiología en el hospital donde se realizó la intervención), al despertarse de la anestesia se encontró con el hecho consumado de que era estéril en contra de su voluntad.

Algunas de las cuestiones que se tratarán, y de las que aquí sólo se ofrece un esbozo, son las siguientes:

- El concepto de ampliación de una intervención quirúrgica y su diferencia con las complicaciones propias de la intervención en cuanto a la relevancia que ello tiene para el alcance del consentimiento manifestado antes de la intervención.

- La discutible cuestión relativa a la naturaleza jurídica y la ubicación sistemática del consentimiento presunto: su tratamiento, diferenciado o no, del consentimiento manifestado; su relación con el riesgo permitido y el estado de necesidad; la posible eficacia como causa de exclusión de la tipicidad o de justificación y el fundamento de la exclusión de responsabilidad por consentimiento presunto.

- Los criterios generales de actuación del médico en los casos de ampliación de una intervención quirúrgica y su precisión según las clases de decisión.

- La discusión de si el examen conforme a deber es presupuesto de la justificación por consentimiento presunto –con las consecuencias que de ello se derivan- y la relación de aquél con la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación.

- Y, finalmente, el análisis comparado de la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación subjetiva de la justificación en el consentimiento presunto, así como la posibilidad de graduación del desvalor de acción en la representación subjetiva de justificación y la posible concurrencia de las diferentes clases de dolo, y su aplicación en la solución de diferentes grupos de casos de consentimiento presunto en la ampliación de una intervención quirúrgica.