

XX SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Jueves 1- viernes 2/06/2017

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: “CONSENTIMIENTO
PRESUNTO Y ÁMBITO QUIRÚRGICO”, del Prof. Dr. D. JAVIER DE
VICENTE REMESAL.**

Jueves 1 de junio de 2017, 19:05-19:45 h.

Ponente: Prof. Dr. D. JAVIER DE VICENTE REMESAL.

Moderadora: Prof. Dr. Dña. ANA PÉREZ CEPEDA.

Relator: Prof. Dña. CRISTINA ISABEL LÓPEZ LÓPEZ.



“CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y ÁMBITO QUIRÚRGICO”

**Ponente: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Vigo. Presidente de la FICP.**

**Moderadora: Prof. Dr. Dña. Ana Pérez Cepeda. Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Salamanca.**

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Dña. Ana Pérez Cepeda, D. Miguel Díaz y García Conlledo, D. Carlos María Romeo Casabona.

Relator: Prof. Dña. Cristina Isabel López López. Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Oviedo.

La moderadora, la **Profesora Pérez Cepeda**, abre el turno de debate y preguntas otorgándole la palabra al **Profesor Luzón Peña**, que comienza felicitando efusivamente al Profesor Vicente Remesal por su excelente ponencia. Antes de formular algunas observaciones sobre el fondo de la cuestión, se detiene a manifestar su agradecimiento y satisfacción de que tanto su discípulo más antiguo, el Profesor Vicente Remesal, como su segundo discípulo más antiguo, el Profesor Díaz y García Conlledo, participen como ponentes en esta vigésima edición del Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal. Para él tiene una significación muy especial.

Dicho esto, continúa el Profesor Luzón Peña revelando su fascinación por el tema, así como apuntando la dificultad que este presenta en el estudio de los diversos casos. Si bien podría ahondar en otras cuestiones, el Profesor indica que va a intentar centrarse en realizar algún comentario al hilo de las múltiples hipótesis que ha planteado el Profesor Vicente Remesal, perfilando aún más algunos de los conceptos que se han expuesto y en los que en esencia coincide con el ponente.

En primer lugar, en cuanto a estado de necesidad y consentimiento presunto, que para una parte de la doctrina se superponen llegando a afirmar que el primero hace innecesario el segundo, da la razón al ponente cuando indica que no en todos los casos es así. A juicio del Profesor Luzón Peña, el estado de necesidad es lo único que, en el ámbito quirúrgico, puede justificar las intervenciones en las que el paciente no tiene capacidad jurídica –que no fáctica– de consentir. Esto se produce en dos ocasiones. Por un lado, cuando el paciente es un incapaz o un menor de edad –que no necesariamente menor de 18, ya que por ejemplo, la ley de autonomía del paciente o la ley de interrupción del embarazo fijan un límite más bajo, en los 16 años–, en cuyo caso su

consentimiento a estos efectos es inválido. Por tanto, diga lo que diga, aun cuando consienta, no se puede justificar o excluir la tipicidad por consentimiento ni real o manifestado, ni presunto. Continúa explicando el Profesor Luzón Peña que en estos casos la responsabilidad penal sólo podría excluirse por estado de necesidad, pudiendo los médicos efectuar una intervención quirúrgica o una transfusión sanguínea salvadora aun en contra de la voluntad del incapaz o del menor.

Y, por otro lado, el paciente adulto puede no tener capacidad jurídica de consentir cuando se encuentra en un error de tal naturaleza que le impide entender correctamente su situación, por lo que su oposición a la intervención médica puede ser inválida. Ante estos supuestos, el médico podrá operar amparado en el estado de necesidad o por consentimiento presunto, señalando el Profesor Luzón Peña que este es un caso dudoso en el que puede haber colisión.

En segundo lugar, continúa el interviniente indicando que a su juicio él no diría que el consentimiento presunto averigua la voluntad real del paciente en el momento de la intervención médica o de la intervención en los bienes jurídicos, ya que a veces no hay voluntad real en ese momento. Si el sujeto estuviera presente o consciente posiblemente consentiría, pero esto sólo lo sabemos *ex post, a posteriori*, pues en el momento del hecho el paciente está inconsciente o desmayado, por lo que no hay voluntad real, sino que la presumimos. De esta forma, el Profesor Luzón Peña le recomienda al ponente que matice la terminología que utiliza, pues sino puede inducir a confusión.

En tercer y último lugar, el Profesor Luzón Peña se pregunta cuándo, en caso de consentimiento médico, no hay atipicidad de entrada por adecuación social (por ser esta una conducta cotidiana, común y corriente) y cuándo hay que recurrir entonces a la justificación. Para él serían los casos en los que el consentimiento no da lugar a adecuación social y tampoco anula la lesión del bien jurídico, siendo a su juicio el ejemplo más claro el supuesto en el que la intervención quirúrgica sale mal y el paciente o sus familiares reclaman. Si la operación saliera bien, todos estarían de acuerdo en que la conducta es atípica por ser socialmente adecuada y cotidiana. Finalmente, el interviniente reitera que estos no son los únicos casos de justificación, pero para él son los más claros.

Toma la palabra el **Profesor Vicente Remesal** que agradece y destaca el honor que supone intervenir en este foro, en el que el altísimo nivel de los asistentes aporta siempre ideas que son muy útiles para el desarrollo del trabajo.

Ahora bien, en relación con la segunda observación del Profesor Luzón Peña, el ponente explica que para él la voluntad real es el punto central de todo su razonamiento. Como indicó al principio de su intervención, esta se define como la voluntad objetivamente determinada *ex ante*.

En este punto, el Profesor Luzón Peña se sorprende y manifiesta que no ha oído esa precisión terminológica. A lo que el ponente contesta que quizá la confusión se debe a la pobreza del lenguaje de lo que entendemos por “real”, ya que la traducción del término es complicada, apostillando el Profesor Luzón Peña que “real” es lo que quería de verdad el paciente. El Profesor Vicente Remesal le da la razón y explica que la traducción de los términos alemanes *wirklichkeit und billigung* es difícil. Por tanto, lo decisivo para él es la voluntad en el momento de la intervención y manifestada antes de la misma, pues es lo que puede determinar que en ciertos casos ni se pueda operar. Cuando se plantea este problema, lo decisivo es esa “voluntad real” ya que es aquella que coincide con la que *ex ante* se determina objetivamente, que puede o no coincidir con la “voluntad presunta” que el propio médico ha aplicado, teniendo esto las consecuencias que ya se han apuntado.

Prosigue el ponente añadiendo que la ausencia de una manifestación posterior opuesta por parte del paciente, no significa que el “consentimiento presunto” se haya aplicado de manera correcta. Aunque no se ponga en marcha la maquinaria judicial (pues en estos supuestos el Ministerio Fiscal no actúe motu proprio, sino que es el paciente o sus familiares quienes deben iniciar el procedimiento), esto no quiere decir que la actuación haya sido acertada, pues el paciente por diversos motivos puede no presentar denuncia.

A continuación, ante la falta de preguntas por parte del auditorio, la propia moderadora del coloquio interviene en el debate. La **Profesora Pérez Cepeda** trae a colación un supuesto que, aun no siendo del ámbito quirúrgico, en la práctica se está dando muy frecuentemente. Se refiere a los ancianos con demencia senil o con problemas neuronales que se encuentran ingresados en residencias y a los que se ata o se seda para evitar que se lesionen. La profesora explica que hace dos años se le pidió que diseñara un curso para formar a los sanitarios y al personal de las residencias. El solicitante del curso (que pretendían iniciarlo sometiendo a los asistentes a una inmovilización de dos horas para que comprobaran lo que sentía un anciano en esas circunstancias) había realizado un estudio que demostraba que el riesgo de caída y muerte en caso de retirar la

sedación o desatar al anciano no era tan alto como se esperaría y que la calidad de vida de sujeto aumentaría.

El problema que se presentaba era que, si la residencia decidía no inmovilizar al anciano o si le retiraba la medicación, este se levantaba, se caía y se moría; en cuyo caso las familias denunciaban por un delito imprudente. Por ello, las residencias no se atrevían a retirar la medicación o a desatar al anciano, dejando en manos de la familia la decisión. Para evitar esta situación, la Profesora Pérez Cepeda explica que debería buscarse la voluntad real del anciano, informándole debidamente de sus posibilidades. Y ¿cuándo se puede encontrar esa voluntad real? Según las conclusiones de la interviniente, en el momento en el que se diagnostica la enfermedad, explicándole al paciente su situación actual y su posible evolución, preguntándole a qué tipo de residencia quiere acudir y si está dispuesto a que le mantengan inmovilizado al final de su vida.

Finalmente, la Profesora Pérez Cepeda concluye afirmando que en la medida en que en nuestra población se den cada vez más estos problemas, deberemos reflexionar sobre cómo buscar esa voluntad real y determinar el momento hasta el cual pueden prestarla. Además, la interviniente añade que en estos casos entra en juego el denominado “testamento vital”, que ni siquiera tenemos la certeza y la garantía de que en una situación de inconsciencia se vaya a consultar, pues hace 4 años el médico no tenía la obligación legal de consultar la base de datos y si la familia no lo manifiesta, no se cumplía la voluntad del paciente.

A partir de esta última reflexión de la Profesora Pérez Cepeda, el **Profesor Díaz y García Conlledo** señala que en esos casos se plantea un problema adicional: la comprobación de que la voluntad plasmada por escrito por el paciente sigue siendo la misma tras el paso de los años.

Ahondando en este problema, el **Profesor Vicente Remesal** añade que además pueden haberse producido avances médicos que resuelven la situación de una manera distinta y que pueden afectar a la decisión del paciente. Incluso puede ocurrir que la manifestación sea interpretable, algo que le añade dificultad.

A continuación, toma la palabra el **Profesor Romeo Casabona** que desea destacar brevemente dos cuestiones. En primer lugar, comienza su intervención indicando que en el Comité de Bioética de España se han ocupado de la limitación de la libertad de movimientos ambulatorios de pacientes hospitalizados, que abarca también pacientes

mayores con enfermedades mentales. El interviniente considera que en estos casos debemos buscar soluciones alternativas.

En segundo lugar, el Profesor Romeo Casabona manifiesta que está en contra del consentimiento presunto. Primero, porque no lo considera necesario. Y segundo, porque la jurisprudencia española presenta en estos casos soluciones un tanto peculiares, sobre todo en lo referente a la calificación jurídico-penal de los hechos cuando ha condenado por falta de consentimiento en la ampliación de la intervención.

Continúa el interviniente recordando, que los tribunales españoles han admitido la prolongación de la intervención en caso de urgencia y en los que el cirujano no podía prever esa situación por no haberse manifestado síntoma alguno. Por tanto, en estos casos el consentimiento presunto o no presunto no parece tan relevante como la situación de necesidad.

En cambio, en otros supuestos en los que no era posible obtener directamente el consentimiento del paciente, la postura de los tribunales españoles ha sido la de rechazar la aceptación de la ampliación de la intervención quirúrgica. Ante esta situación y de acuerdo con este criterio, el médico debía cerrar el campo de operación y esperar a que el paciente despertara. Sería en este momento cuando se informará al sujeto de la situación y de la conveniencia de intervenir, debiendo esperar a que este consintiera esa nueva intervención. Claro que desde el punto de vista del ahorro quirúrgico y de molestias para el paciente esta no es la mejor forma de proceder. Sin embargo, los tribunales han dado preferencia a la autonomía del paciente.

Continúa explicando el Profesor Romeo Casabona que ha habido condenas penales sobre algunos de los temas aquí planteados que han llevado a una valoración delictiva de los hechos que no se sostiene. Así, puede ocurrir que la intervención haya salido objetivamente bien desde el punto de vista de la salud, pero desde el punto de vista del paciente no ido tan bien, reclamando la responsabilidad del médico al que se condena por un delito de lesiones dolosas (por ejemplo, en el caso de la ligadura de trompas al que hacía referencia el Profesor Vicente Remesal en su ponencia). Ante esta situación los tribunales han tenido que buscar recursos para rebajar la pena de ese delito doloso.

Finalmente, el Profesor Romeo Casabona señala que estos casos son muy interesantes pues muestran la complejidad del consentimiento del paciente, sobre todo cuando no existe un consentimiento explícito y el sanitario debe buscar otras fuentes para legitimar su intervención.

El **Profesor Vicente Remesal** agradece las observaciones del Profesor Romeo Casabona por la especialidad y finaliza su intervención con una última reflexión, indicando que suele afirmarse que en los casos de consentimiento presunto se pregunte a los parientes. Sin embargo, estos no siempre son los más indicados. Así por ejemplo, en el caso de la sentencia de la esterilización que mencionó durante su ponencia había sido el marido el que dio el consentimiento.

Finalmente, toma la palabra la moderadora que cierra el coloquio y pone fin a la sesión de la tarde, que termina con un gran aplauso.