

# El consentimiento informado y su trascendencia en el Derecho penal

DIEGO ARAQUE MORENO<sup>1</sup>

## Resumen

En este artículo, el autor se ocupa de analizar la figura del consentimiento informado en el ámbito médico, y las consecuencias del mismo para la atribución de responsabilidad penal.

## Palabras clave

Derecho penal, consentimiento informado, responsabilidad penal.

## Abstract

In this article, the author analyses the concept of informed consent in the medical practice, and its consequences for the attribution of criminal responsibility.

## Palabras clave

Criminal law, informed consent, criminal responsibility.

## Sumario

1. Introducción. 2. Consentimiento y Derecho penal. 3. Consentimiento en la relación médico-paciente. 4. De nuevo sobre los requisitos del consentimiento informado. 5. Implicaciones jurídico penales del consentimiento informado.

---

1 Profesor de Derecho, Universidad de Medellín, Antioquia, Contacto: [daraque@udem.edu.co](mailto:daraque@udem.edu.co)

## 1. Introducción

Es una verdad inconcusa que durante los últimos años han venido tomando una superlativa importancia los distintos temas que hacen relación con la bioética y sus distintas repercusiones de carácter legal. Ello, a no dudarlo, entre otras razones, por los distintos avances científicos y tecnológicos que se han venido desarrollando en el ámbito de la medicina, al punto que muchos de ellos tocan de manera directa con los derechos individuales de las personas y pueden llegar a afectar el núcleo esencial de este tipo de garantías. Así las cosas, temas como el trasplante de órganos, las cirugías de tipo transexual, la clonación o los procedimientos estéticos, por mencionar solo algunos, han merecido atención por parte del legislador, la doctrina y la jurisprudencia para efectos de regular, disciplinar y estudiar las distintas actividades que de una u otra manera están relacionadas con el ejercicio de este tipo de procedimientos.

Como nota característica y común de este tipo de intervenciones, se encuentra la figura del consentimiento ilustrado, la cual orienta las relaciones entre el médico y el paciente en el sector sanitario. Lo anterior, como consecuencia de un cambio de modelo en la llamada medicina paternalista, antiguamente orientada al restablecimiento de la salud mental y corporal del paciente, sin tener en cuenta la opinión de este último; concepto éste que, en la actualidad, viene siendo reemplazado por un modelo de medicina que se erige a partir de la idea de respeto por la autonomía del paciente como sujeto de derechos en la relación a la cual se viene haciendo mención y quien, así mismo, ya no es visto simplemente como un objeto sobre el cual el médico procede a aplicar los procedimientos que, según la *lex artis* del caso, son considerados como idóneos para el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud.

Siendo en consecuencia el consentimiento informado un punto medular que orienta al día de hoy el ejercicio de la profesión médica en lo que a la relación médico-paciente dice referencia, el presente artículo tiene como finalidad consignar algunas líneas generales sobre la figura en cuestión con miras a destacar su importancia en el campo médico y legal. A tales efectos, inicialmente se realizarán unas consideraciones de carácter general sobre la figura del consentimiento en Derecho penal, luego de lo cual se abordará el punto relacionado con el cambio de modelo en las relaciones médico-paciente, para, finalmente, luego de destacar algunos aspectos referentes a los requisitos del consentimiento informado, ocuparse de la problemática de la responsabilidad penal del galeno en aquellos casos en los cuales: (i) un procedimiento médico es llevado a cabo sin la debida ilustración del caso; (ii) sin que haya existido en estricto rigor el consentimiento por parte del paciente; o (iii) que éste último haya estado viciado.

## 2. Consentimiento y Derecho penal

La figura del consentimiento en Derecho penal es de vieja data<sup>1</sup>. Así, ciertamente, cuando el titular del derecho que es objeto de protección jurídico-penal consiente en la realización de la conducta desplegada por el victimario, y por cuyo intermedio se ocasiona un menoscabo al bien jurídico, se ha estimado, de tiempo atrás, siempre y cuando concurren ciertos requisitos que se han ido decantado con el transcurso del tiempo, que no se configura comportamiento delictivo alguno.

Con todo, ha sido bastante polémico tratar de establecer las razones dogmáticas por las cuales en este tipo de supuestos no es posible verificar la existencia de un injusto penal. Según algunos autores, ello se explica porque el consentimiento del sujeto pasivo se erige en una causa que excluye el presupuesto dogmático de la tipicidad penal, o lo que es igual, "como una circunstancia que obsta a la adecuación típica"<sup>2</sup>. Otros, por el contrario, estiman que cuando ello sucede la conducta efectivamente se acopla a la descripción efectuada por la respectiva norma penal, tratándose por tanto de un problema que, en términos sistemáticos, ha de resolverse necesariamente en el ámbito de la antijuricidad penal<sup>3</sup>. En la doctrina alemana es común diferenciar entre acuerdo y consentimiento como formas o modalidades de la conformidad del titular del derecho con la realización de la conducta desplegada por el autor. Lo primero, esto es el acuerdo (*Einverständnis*), opera en aquellos casos en los cuales la descripción típica dice relación a una conducta que está orientada de forma directa contra la voluntad del titular del bien, situación que precisamente fundamenta el respectivo injusto penal; en estos casos, la aprobación del afectado con la realización de la acción no permite hablar de la configuración de una acción típica. Lo segundo, valga recordar, el consentimiento (*Einwilligung*), opera en aquellos eventos en los cuales el bien jurídico se ve afectado aún existiendo la aprobación de su titular, evento en el cual, por tanto, el hecho es considerado como justificado<sup>4</sup>.

Desde el punto de vista sistemático, como regla general, parece más correcto estimar el consentimiento como causa de atipicidad penal. Por lo menos si dicha figura es entendida como la facultad que tiene el titular del derecho para disponer de forma libre y consciente sobre el respectivo bien jurídico, renunciando de esta manera a la protección que le es dispensada por el ordenamiento jurídico por intermedio del

1 Según ZAFFANORI, ALAGIA, SLOKAR, esta institución se conoció en el derecho romano bajo el brocardo *volenti non fit injuria*, Cfr. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 475.

2 Cfr. RUSCONI, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2009, p. 319.

3 Sistemáticamente, entre la doctrina latinoamericana, lo ubica como un problema de justificación, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, T. I. Buenos Aires, Tea, reimp. 1999, pp. 423 y ss.

4 Sobre la diferencia entre acuerdo y consentimiento en el contexto alemán y sus repercusiones de tipo sistemático, cfr., por todos, JESCHECK, WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, pp. 399-401.

sistema penal. No se trata entonces, como lo conciben algunos autores, de que la integridad en sí de los bienes jurídicos se erige en el objeto de protección penal. Antes bien, en estos eventos ha de tenerse en cuenta de forma necesaria la autonomía y libertad de disposición de su correspondiente titular<sup>5</sup>.

En efecto, si se sostiene que el Derecho penal, entre otras, mal que bien, cumple una función orientada a la protección de la sociedad, teniendo como norte principios de política criminal como es el caso de los axiomas de necesidad de intervención, subsidiariedad y fragmentariedad, entre otros, es posible colegir que solo podrán ser objeto de prohibición penal aquellas conductas que, según la facultad de disposición del titular, impliquen un riesgo o daño para los bienes jurídicos que han sido considerados como merecedores de protección penal. Desde este enfoque, cabe entender que el fundamento de la figura del consentimiento radica en el ejercicio del derecho de libertad, tratándose por tanto de un comportamiento que, por disposición del propio titular del bien jurídico, se encuentra dentro del ámbito de lo permitido y donde por ello mismo la represión penal, en consecuencia, no está de por sí legitimada, pues ésta solo establecería ciertos límites a ese ámbito de la libertad en procura de dispensar protección a los llamados bienes jurídicos. Así vistas las cosas, la lesión que sufre un bien jurídico, como consecuencia de haber consentido en ello su titular, conforme al ejercicio del derecho de libertad, no merece la intervención del Derecho penal (merecimiento de pena, en términos de política criminal). O quizá mejor: una lesión en tal sentido no alcanza a ser jurídico-penalmente relevante desde el ámbito mismo de la tipicidad penal (conducta atípica, en términos de dogmática penal).

Ahora bien, para que exonere de responsabilidad penal es menester que el consentimiento satisfaga unos requisitos generales<sup>6</sup>. Efectivamente, es indispensable, por un lado, que el sujeto pasivo consienta de forma *libre* y *voluntaria* en relación con la lesión al bien jurídico de que se trate. Esto significa que la declaración de voluntad que es emitida o exteriorizada de su parte —entendida no en términos civiles sino penales, esto es, por cuyo intermedio aprueba la realización de la conducta que provoca el resultado descrito en el tipo penal—, ha debido ser proferida sin ningún tipo de presión y menos todavía como consecuencia de una situación de inducción en error o engaño. Pues en caso contrario, de haber sobrevenido como producto de una cualquiera de estas razones, el consentimiento estaría viciado y, por lo mismo, no puede producir los efectos de exoneración de responsabilidad jurídico-penal.

Así mismo, en segundo lugar, se requiere que el consentimiento sea emitido de forma *previa* a la realización de la conducta que está orientada a la producción del

---

5 Ibíd, pp. 402-403.

6 Sobre esta temática, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, T. IV., Buenos Aires, Losada, 1983, pp. 630 y ss.

resultado típico. Así las cosas, no exime de responsabilidad penal el consentimiento que es emitido con posterioridad a la realización de la descripción típica. Como tampoco habrá consentimiento si el mismo es declarado de forma concomitante al inicio mismo de la realización de la conducta por parte del autor del hecho.

En tercer término, es necesario que el titular del derecho tenga la *capacidad* para comprender la trascendencia del acto de disposición propiamente dicho y sus respectivas consecuencias. Sobre este aspecto, importa precisar que la capacidad no ha de entenderse en términos estrictamente civiles; se trata, más bien, de un juicio ponderado y racional, examinado caso por caso, evento por evento, orientado a establecer si el afectado verdaderamente estuvo en condiciones de comprender la importancia y la magnitud que implicaba el acto libre y autónomo de renunciar a la protección que le era otorgada por parte del ordenamiento jurídico de cara a la protección de los derechos de los cuales es legítimo titular.

De otro lado, es claro que debe tratarse de un bien jurídico que se corresponda con un derecho perfectamente *disponible*. Aquí la regla general señala que son disponibles los bienes jurídicos individuales, sobre los cuales, justamente, puede el afectado ejercer su derecho de libertad y renunciar a la protección jurídico-penal. Por el contrario, el ámbito del consentimiento no alcanza bienes jurídicos de tipo colectivo, pues, en estos casos, lisa y llanamente no es posible ejercer ese derecho de libertad al cual se viene haciendo referencia, mismo que, como se señaló con anterioridad, se erige en el fundamento de la figura en cuestión. Con todo, existe acuerdo mayoritario –no absoluto ni pacífico– en manifestar que el Derecho a la vida es de carácter indisponible no obstante que se trata de un bien jurídico de tipo personal.

Por último, se requiere de la respectiva *ilustración* en aquellos casos en que sea necesario, como sucede justo en el desarrollo de la actividad médica y la regulación jurídica que surge con ocasión de la relación médico-paciente. Esto último, importa precisar, con fundamento en el principio de dignidad y autonomía ética de la persona, surgiendo y desarrollándose de esta manera las distintas reglas que disciplinan el llamado consentimiento informado o ilustrado, el cual es entendido en términos muy generales como aquel que “es el prestado por el usuario de un servicio sanitario, o excepcionalmente por un familiar o allegado de aquel, para que se le aplique una determinada terapia tras habersele explicado de forma inteligente para él, o para ellos, el diagnóstico de la enfermedad padecida y el tratamiento sugerido, sus ventajas, posibilidades, riesgos y alternativas”<sup>7</sup>.

---

7 ORTS BERENGUER, GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 892.

### 3. Consentimiento en la relación médico-paciente

Otrora, las relaciones médico-paciente, que surgen con ocasión de un tratamiento en el campo de la medicina, por regla general, estaban orientadas por el denostado concepto paternalista, el cual colocaba en una posición de supremacía al profesional de la medicina y, de contera, veía en el paciente un simple objeto de la práctica médica. Desde esta perspectiva, existía un claro predominio del “derecho” que le asistía al galeno en pro de la protección de la salud del paciente, lo cual habilitaba a aquél, según sus conocimientos técnicos y especializados, a proceder a la realización, sin más, de un procedimiento que, en caso de ceñirse a la *lex artis*, por sí mismo era considerado como conforme a Derecho y, por lo mismo, exoneraba de cualquier tipo de responsabilidad penal. Dicho en otros términos, ni siquiera se pensaba en una supuesta tensión entre los derechos a la protección de la salud –del lado del profesional de la medicina– y la autonomía –como derivación de la dignidad que a no dudarlo le asiste al paciente dentro de la relación a la cual se viene haciendo referencia-. Esta situación provocaba que, en la práctica del ejercicio médico, no fuera indispensable tener en cuenta la opinión del paciente con miras a la realización de un tratamiento que, a juicio del personal sanitario, era necesario y adecuado para el mantenimiento o mejoramiento del estado de salud de la persona que así lo necesitaba. En consecuencia, la realización del procedimiento de que se tratara, llevado a cabo conforme a las reglas que disciplinaban el ejercicio de esta actividad, era suficiente para eximir al facultativo de cualquier tipo de responsabilidad jurídico-penal. Incluso, si el resultado finalmente producido no era el esperado o, más todavía, se ocasionaba algún daño en la salud del paciente, el cual podía quedar comprendido dentro de la causa de justificación del ejercicio de una actividad lícita y, por lo mismo, el hecho no podía ser considerado como punible.

Toda esta situación, a no dudarlo, se explicaba a partir del antiguo concepto hipocrático de la medicina, si bien algunos señalan que sus causas también pueden ser remontadas a un contexto religioso propio de la medicina tradicional o de carácter popular<sup>8</sup>. Este concepto paternalista de la medicina, según Cancio Meliá, predomina hasta nuestros días bajo el entendido que “la medicina es una actividad orientada por la ciencia hacia el restablecimiento de la normalidad corporal”<sup>9</sup>. Y así, sobre este modelo tradicional, se ha señalado que “en este largo período estuvo en vigor una concepción autoritaria y paternalista de la Medicina, y, por ello, consagrada ésta a la beneficencia, por usar un término usual en Bioética; una Medicina, cuyos ejercientes resolvían, en

---

8 CANCIO MELIÁ, “Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española”, en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012, pp. 856-857.

9 *Ibíd.*, p. 857.

gran medida, sin contar con el paciente y con arreglo a pautas de actuación profesional provenientes de una suerte de autorregulación, en tanto que, por lo general, no había una normativa estatal ordenadora del ministerio médico, sino normas deontológicas de las asociaciones o colegios en que se integraban quienes lo profesaban”<sup>10</sup>.

Con todo, hoy por hoy pareciera que ya no es sostenible la situación relacionada con anterioridad. Así, en efecto, es posible colegirlo a partir de la importancia que en el sector médico viene recobrando el rol del paciente como sujeto al que también le asisten una serie de derechos en la relación que con ocasión de un tratamiento sanitario surge entre el mismo y el profesional de la medicina. Esto ha venido siendo así a partir de la idea que realza el concepto de la autonomía ética de la persona como una de las consecuencias que se derivan del principio de dignidad. Con este norte, aplicado al campo de la medicina, es posible sostener que el paciente, considerado como sujeto digno y autónomo, no puede ser utilizado como medio o instrumento para alcanzar unos fines que, en un caso determinado, pueden resultar contrarios a su propia voluntad. Desde esta óptica, es claro entonces que no tiene por qué predominar el criterio del médico sobre el criterio del paciente, debiendo ceder terreno el concepto paternalista de la medicina por otro tipo de concepto que involucre de forma activa al paciente y que tenga en cuenta y respete su opinión cuando de una intervención médica sobre su cuerpo o estado de salud se trate. Por este camino, se avanzó “de modo decidido, hacia la plena implantación del ‘modelo de autonomía’ como presupuesto ético de las relaciones médico-paciente, superando el arcaico ‘modelo de beneficencia’ que imperó en tiempos pasados”<sup>11</sup>.

Justo en este escenario es que cobra importancia el concepto de consentimiento informado en las relaciones médico-paciente, al punto que es posible sostener que en la actualidad existen una serie de disposiciones en los ordenamientos internos en las cuales se resalta la importancia y trascendencia de suministrar la información ilustrada al paciente, por parte del médico tratante, y, en correspondencia con lo anterior, obtener el debido consentimiento ilustrado por parte de aquél a la hora de proceder a la realización de algún tipo de tratamiento o procedimiento en el ámbito sanitario. Así vistas las cosas, ya no es suficiente, como otrora lo era, de cara a eximir de cualquier tipo de responsabilidad penal, con el simple hecho de que el profesional de la salud efectúe el tratamiento médico que en su sentir y, según la *lex artis* del caso,

---

10 ORTS BERENQUER, GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 889.

11 LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 418.

resulte más idóneo y adecuado para el restablecimiento de la salud del enfermo. Pues, según lo que se viene de señalar, se hace menester suministrar la debida ilustración al paciente relacionada con su estado de salud y las distintas posibilidades o alternativas existentes —llegado el caso— para el mejoramiento de su salud, así como, desde luego, contar con su debida aprobación para la realización de cualquier tipo de procedimiento orientado al mejoramiento de su salud física o corporal. Sin esto último, por más exitoso que sea el tratamiento, ya no es posible sostener, sin más, la irresponsabilidad penal de parte del profesional de la medicina. Lo mismo ha de decirse en el evento de que el consentimiento obtenido haya adolecido de alguno de los requisitos que más adelante serán retomados.

También instrumentos de carácter internacional se han ocupado del problema al cual se viene haciendo relación. En este orden de ideas, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997 consagra en su artículo 5, a propósito de la importancia de la autonomía ética del paciente, que el tratamiento sobre un paciente "...solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias". De similar jaez, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la Unesco de 11 de noviembre de 1997, resalta la importancia del consentimiento informado sobre esta específica temática en particular. Ya antes el tema estaba regulado en la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, del año 1994, promovida por la Organización Mundial de la Salud. Desde luego, en esta misma línea de argumentación, la doctrina es unánime en señalar que "el consentimiento del paciente constituye un presupuesto necesario para la realización de cualquier actuación en el ámbito de la sanidad pública o privada, sea que se trate de intervenciones dirigidas a evitar o a tratar un menoscabo de la salud (intervenciones *curativas*), sea que se persiga otro tipo de resultado deseado por el usuario del servicio —cirugía estética, cirugía transexual, esterilizaciones, etc.— (intervenciones *no curativas*)"<sup>12</sup>.

Con todo, ha de señalarse que a los modelos anteriores debe sumarse un tercero, si bien este último obedece más a razones de orden práctico, a saber, el de la medicina *defensiva*, la cual, según algunos, a partir de una especie de prevención o temor a las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de un tratamiento sanitario (demandas de responsabilidad civil —contra el médico tratante o las entidades públicas o privadas que prestan el servicio de salud— o denuncias de naturaleza penal —para el equipo

---

12 LAURENZO COPELLO, "Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario", En *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 417.

médico o el galeno responsable-, así como las implicaciones jurídicas y sociales que todo ello conlleva), independientemente de si ha existido una correcta práctica médica o no, se basa en primer lugar en orientar sus actuaciones a necesidades ajenas a las del paciente, ora en las del personal médico, o bien en la estructura de salud propiamente dicha. Mas esta tercera opción, como se viene de decir, en estricto rigor, no obedece a un modelo de fundamentación teórica sino, antes bien, a una realidad práctica que viene operando en el servicio sanitario como consecuencia justamente del cambio de mentalidad que surge con el modelo que procura por el prevalecimiento del principio de la autonomía de la persona en las relación médico-paciente.

#### 4. De nuevo sobre los requisitos del consentimiento informado

De entrada cabe suponer que los requisitos del consentimiento informado se corresponden, en términos generales, con los requisitos vistos *ut. supra* a propósito de la figura del consentimiento en Derecho penal<sup>13</sup>. Con todo, existen algunas cuestiones bastante puntuales con respecto a las cuales es menester realizar las siguientes precisiones.

Así por ejemplo, en lo que dice relación a la ilustración que debe otorgar el profesional de la medicina, es obvio colegir en relación con este punto que la información ha de ser otorgada de la forma más clara posible y teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el conocimiento especializado de aquél y el conocimiento lego del paciente<sup>14</sup>. De allí que sea indispensable que el galeno a cuyo cargo está el tratamiento suministre la información de forma completa, clara e inteligible para que el paciente efectivamente pueda comprender la trascendencia y significado cuando otorga el respectivo consentimiento, así como sus respectivas consecuencias de tipo médico, ético, religioso, etc. O quizá mejor: el médico debe (en este caso es una competencia que a él le corresponde y no al paciente, quien no está obligado a exigirlo) ilustrar debidamente al paciente sobre el mal que afecta su salud física o corporal, así como las alternativas que tiene a su alcance para efectos de contrarrestar el mismo, en el caso, efectivamente, que el paciente así lo disponga, razón por la cual también se le deberá ilustrar sobre las consecuencias en caso de optar por esto último. Y si

13 Sobre los requisitos del consentimiento, *in extenso*, ORTS BERENQUER, GUINARTE CABADA, "Consideraciones en torno...", pp. 896 y ss.

14 Algunos autores hablan de factores objetivos y subjetivos a tener en cuenta para los efectos de que se viene hablando. Así, "entre los primeros, deben ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente; entre los segundos, la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información", véase, MORILLAS CUEVAS, "Aspectos penales del consentimiento informado", en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 773.

ello es así, como en efecto lo es, cabe colegir que la ausencia de la ilustración en los términos anteriormente indicados torna inválido el consentimiento del paciente y, en este mismo orden de estimaciones, se erige en una posible fuente de responsabilidad penal en lo que dice relación al médico tratante<sup>15</sup>. Con razón, pues, se señala que “la eficacia del consentimiento del paciente como causa de exclusión de la tipicidad, o de justificación, o en todo caso, de exención de responsabilidad del médico, presupone que éste dé cumplida información al paciente sobre el diagnóstico de su dolencia, el tipo de intervención o tratamiento que se le va a hacer, los riesgos que el mismo entraña y las posibles consecuencias que pueda tener en el futuro”<sup>16</sup>.

Desde luego, a mayor riesgo en el procedimiento de que se trate<sup>17</sup>, o en cuanto a una menor necesidad de su realización, tratándose de un procedimiento simplemente *curativo*, de ser posible, será preferible acudir al consentimiento por escrito, debiéndose ilustrar por este medio con la misma información que de forma completamente detallada –por el alto riesgo que existe– deberá ser así mismo suministrada de manera verbal –el consentimiento escrito no sustituye el verbal– sobre los riesgos que con mayor usanza podrían ocurrir dependiendo del procedimiento de que se trate. Al respecto, Muñoz Conde ilustra manifestando que “cuando se trata de una operación en la que, además de la anestesia general, hay que afectar una zona cerebral, o cortar planos musculares abdominales, partes del tramo intestinal, amputar un miembro u órgano principal, realizar un trasplante de órganos, etc., parece obvio que el paciente o, en su caso, sus allegados, deben ser informados con todo detalle de los riesgos y consecuencias de la intervención”<sup>18</sup>. Lo que se viene de decir significa que el deber de informar no comprende aquellos casos de resultados extravagantes o completamente atípicos, salidos del riesgo normal de la intervención, que a veces suelen ocurrir en el ámbito médico<sup>19</sup>, con la condición obviamente de que el mismo no sea imputable

15 LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento...”, p. 417.

16 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 467.

17 “Absurdo y enojoso sería exigir que cada que se realice un acto médico de nulo o escaso riesgo o rutinario, implícitamente consentido, haya de procederse a repetir una información ya dada o conocida de todos”, ORTOS BERENGUER/GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno...”, p. 902.

18 Cfr. “Algunas cuestiones...”, p. 468.

19 LAURENZO COPELLO, *Ibíd*, p. 427. Sobre este punto, MUÑOZ CONDE señala que “parece innecesario que el médico tenga que informar sobre riesgos y consecuencias que puede tener un tratamiento que estadísticamente apenas representa ningún tipo de esos riesgos y consecuencias negativas para la salud del paciente”; así, en “Algunas cuestiones...”, p. 467. Por el contrario, ORTOS BERENGUER y GUINARTE CABADA señalan que la información debe comprender “aun los poco (riesgos) frecuentes cuando sean de especial gravedad”, así en “Consideraciones en torno...”, p. 899.

a una mala praxis médica, misma que, por consiguiente, originaría desde luego responsabilidad penal para el facultativo.

Con todo, importa precisar que la importancia del consentimiento escrito trasciende por sobre todo a lo que dice relación con el aspecto probatorio en el sentido de si existió o no la debida ilustración, razón por la cual ha de entenderse que se trata más que todo de una especie de formalidad de tipo procedimental, misma que, desde luego, podrá ser refutada si en verdad no existió una verdadera información. Obviamente, si la ley exige esta formalidad para ciertos casos, el consentimiento necesariamente deberá haberse otorgado a través de esta solemnidad (piénsese por ejemplo en casos de donación de órganos o trasplantes).

Ahora bien, cuando el procedimiento *no* es de naturaleza curativa, la información que se suministra al paciente-cliente, por obvias razones, debe ser mucho más rigurosa y extenderse de paso a la posibilidad de que no se alcance el efecto esperado (piénsese por ejemplo en el caso de una cirugía estética).

Así mismo, ha de precisarse que el paciente no solamente puede rehusarse a someterse al tratamiento, sino, también, incluso, a recibir la propia información relacionada en rigor con la enfermedad que lo aqueja<sup>20</sup> o que la misma sea transmitida a sus allegados o familiares. Esto último, ya que el titular del derecho a la información es en sí mismo el paciente<sup>21</sup>. Aunque aquí es del caso señalar que, si se trata de una enfermedad cuyas consecuencias pueden repercutir más allá de la propia esfera de salud del paciente, el médico ha de tomar las medidas necesarias para neutralizar el riesgo en cuestión, v.gr., informando a algún familiar sobre esta cuestión en particular para que se tomen las medidas de precaución del caso<sup>22</sup>.

Finalmente, en lo que concierne a este mismo requisito, es del caso recordar que habrá supuestos en los cuales no es posible suministrar el consentimiento en los términos anteriormente indicados. A tales efectos, piénsese por ejemplo en eventos en los cuales el paciente se encuentra en estado de plena inconsciencia o aquellos otros en los cuales el paciente padece algún tipo de incapacidad –física o psíquica– que lo imposibilita para comprender la información que por el especialista le será suministrada, v.gr., por tratarse de un menor de edad. En estos supuestos ha de entenderse que el consentimiento debe ser suministrado a los familiares con las mismas especificidades antes señaladas o, en su defecto, ante la ausencia de éstos, acudir a las reglas del llamado *consentimiento presunto*, el cual operará, así vistas las cosas, a favor del galeno como consecuencia del principio de beneficencia que rige igualmente en el ámbito sanitario. Incluso habrá casos verdaderamente excepcionales

---

20 Cfr. CANCIO MELIÁ, "Consentimiento en el tratamiento médico...", p. 866.

21 LAURENZO COPELLO, "Relevancia penal del consentimiento...", p. 426; ORTS BERENQUER, GUINARTE CABADA, "Consideraciones en torno...", pp. 898-899.

22 *Ibíd.*, p. 430.

en los cuales sea posible acudir a la figura del denominado *privilegio terapéutico* o *estado de necesidad terapéutico*, esto es, en aquellos casos extremos en los cuales, por razones terapéuticas de orden *objetivo*, no es conveniente suministrar la información al paciente, so pena de perjudicar o agravar su salud física o mental, tratándose por tanto de una verdadera excepción a la exigencia del consentimiento informado que dentro de un modelo de la autonomía necesariamente ha de orientar las relaciones médico-paciente<sup>23</sup>.

En relación con el requisito de la capacidad, es del caso realizar las siguientes precisiones.

En primer término, la capacidad no ha de ser entendida en términos biológicos como tampoco ha de establecerse según las reglas jurídico-civiles. En este orden de estimaciones, la capacidad no ha de examinarse como la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y obligaciones dependiendo de si ha alcanzado una edad determinada –capacidad legal-. Dicho en otros términos, el requisito en cuestión no se predica de forma exclusiva en relación con aquellas personas que han adquirido la mayoría de edad. Antes bien, la capacidad debe ser analizada como la facultad de comprender y discernir los alcances de un diagnóstico médico y las distintas alternativas paliativas –en caso de existir– y, con base en ello, tomar la decisión que de mejor manera realice el principio de autonomía de la persona, en este caso, obvio es decirlo, del paciente. Es decir, de lo que se trata es que la persona que suministra su aquiescencia sea consciente de ello, esto es, “en la medida en que quien asiente sabe, porque se le ha comunicado, cuál es la enfermedad que le aqueja, cuál es el tratamiento, los riesgos que conlleva, el pronóstico, etc.”<sup>24</sup>.

Desde esta perspectiva, es claro que un menor de edad, en ciertos casos, tendrá la capacidad de consentir de forma libre y espontánea, previa información suficientemente ilustrada por parte del facultativo sobre la conveniencia de someterse a un tratamiento o a una determinada intervención. Sobre este específico punto se ha señalado en casos como el español, donde de *lege lata* está regulado este aspecto, que “esta fuerte apuesta del legislador por el escrupuloso respeto de la autonomía del paciente incluso cuando se trata de menores de edad constituye una decisión acorde con las pautas legales actualmente vigentes que proclaman el reconocimiento progresivo de la competencia de los menores para decidir sobre asuntos que afecta directamente a su persona”<sup>25</sup>. Siendo así lo anterior, ha de acudirse en consecuencia

23 Cfr. Sobre este aspecto, LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento...”, pp. 228 y ss.; ORTS BERENGUER, GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno...”, pp. 898-899; MORILLAS CUEVA, “Aspectos penales del consentimiento informado”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 770 y ss.

24 ORTS BERENGUER, GUINARTE CABADA, *Ibíd.*, p. 899.

25 LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento...”, p. 423.

al criterio de la capacidad natural del juicio o de la razón, según las circunstancias de cada caso y la madurez emocional del menor para discernir sobre los alcances e implicaciones de su determinación. Desde luego que en aquellos casos en los cuales el menor, según la valoración que realice el equipo médico, no esté en condiciones de comprender la trascendencia del diagnóstico en sí mismo estimado, así como las respectivas implicaciones que se derivarían de la realización o no de la correspondiente intervención, conforme a esa capacidad natural de la cual se viene hablando, será menester acudir al llamado *consentimiento por representación*, esto es, aquel que suministran sus allegados, parientes o personas más próximas. Esto último, desde luego, teniendo como norte el respeto por la dignidad y autonomía del paciente que, en este caso, se repite, es un menor de edad. Lo que se viene de decir conlleva que, necesariamente, en aquellos supuestos en que sea posible, el menor deberá participar en el proceso de toma de decisión, cuestión nada fácil de manejar si se tiene en cuenta que puede ocurrir que su criterio no corresponda necesariamente con el de aquellas personas que para estos efectos lo “representan”.

Desde luego, consideraciones próximas a las acabadas de señalar cabe realizar frente a aquellas personas que por razones psíquicas o de pérdida del estado de conciencia no están en condiciones de comprender el sentido y alcance de todos los vericuetos relacionados con el complejo proceso del consentimiento ilustrado, caso en el cual la doctrina habla en pro de la existencia de un *consentimiento por sustitución*<sup>26</sup>. En estos casos, obvio es decirlo, quien consciente deberá hacerlo teniendo en cuenta el prevalecimiento de la dignidad del paciente y no anteponiendo sus intereses de tipo personal<sup>27</sup>. Aunque también es posible acudir al llamado *consentimiento presunto* cuando por razones extremas el consentimiento por sustitución no pueda ser otorgado por un tercero en los términos anteriormente referidos<sup>28</sup>.

Por último, cabe recordar que el consentimiento debe ser suministrado de forma *libre* y sin ningún tipo de coacción, lo cual significa que el facultativo no podrá ejercer algún tipo de presión que de una u otra manera influya en la determinación del paciente, amén de haber suministrado la debida información. Solo cuando esto último ha verdaderamente ocurrido –ilustración completa por parte del galeno– podrá hablarse de un verdadero acto de la voluntad expresado de manera libre, sin engaño, exento de cualquier tipo de vicio que lo invalide. Así mismo, como suele suceder en

26 LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento...”, p. 425.

27 *Ibíd.*

28 *Ibíd.*, p. 434; sobre los límites entre el consentimiento presunto y el estado de necesidad, aplicados, entre otros, a los casos en los cuales la persona se ha colocado a sí misma en la situación de inconsciencia (v.gr., huelgas de hambre en centros carcelarios) o a aquellos otros en los cuales la persona se rehúsa a la realización del procedimiento (testigos de Jehová), véase a MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones...”, pp. 472 y ss.; ORTIZ BERENGUER/GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno...”, pp. 902 y ss.; y MORILLAS CUEVA, “Aspectos penales...”, pp. 797-799.

materia general del consentimiento, ha de recordarse también que éste es revocable en cualquier momento por parte de su titular.

## 5. Implicaciones jurídico penales del consentimiento informado

Como con sobrada razón lo señala la doctrina, la temática de la responsabilidad penal del equipo sanitario con miras al problema del consentimiento informado, varía ostensiblemente dependiendo de si se trata de un modelo paternalista o de un esquema en el cual predomine la autonomía del individuo<sup>29</sup>. En consecuencia, si se parte del último enfoque en cuestión, importa señalar que será posible sostener que el médico incurre en responsabilidad penal en aquellos casos en los cuales no exista consentimiento o el consentimiento que se haya otorgado por parte del paciente no sea válido por ausencia de uno cualquiera de sus requisitos o, incluso, obvio es decirlo, si existió consentimiento pero la intervención fue realizada por el profesional de forma incorrecta<sup>30</sup>.

Así por ejemplo, es claro que si no existió consentimiento o el consentimiento es inválido, amén que la intervención médica no se ajustó a la llamada *lex artis*, el profesional de la medicina deberá responder penalmente por el daño finalmente ocasionado, trátase por ejemplo de unas lesiones personales o de un delito de homicidio. Estos casos, en consecuencia, así vistas las cosas, no resultan tan problemáticos.

Distinto en cambio sucede cuando, no existiendo consentimiento, o siendo éste inválido, el procedimiento o la intervención de que se trate fue completamente exitosa habida consideración que el experto se ajustó a las reglas que disciplinan el ejercicio de la profesión médica. En estos casos, desde una perspectiva paternalista, cabría pensar inicialmente que no existe ningún tipo de responsabilidad penal para el profesional de la salud<sup>31</sup>. Son eventos considerados, en el peor de los casos, como de una "mala praxis médica". Esto sería así ya que, en últimas, el profesional terminó salvaguardando el derecho a la salud del paciente, razón por la cual puede invocar una causal de ausencia de responsabilidad penal: estado de necesidad, ejercicio legítimo de la profesión, consentimiento presunto o, incluso, de darse el caso, un error que excluiría o atenuaría la responsabilidad penal, dependiendo de las circunstancias del evento. Con todo, ha de rechazarse esta posición como quiera que por su intermedio se soslaya la autonomía del paciente como criterio rector que enmarca las relaciones entre éste y el especialista de la salud. De hecho, algunas legislaciones, como por ejemplo el caso de Portugal y Austria, han confeccionado una norma que comprende

29 CANCIO MELIÁ, "Consentimiento en el tratamiento médico...", p. 853.

30 Con suficiencia, sobre las distintas probabilidades, MORILLAS CUEVA, "Aspectos penales...", pp. 779 y ss.

31 De este parecer, ORTS BERENQUER, GUINARTE CABADA, "Consideraciones en torno...", p. 910.

este tipo de injustos contra la libertad bajo la denominación de “intervención médica arbitraria”.

Ahora, en aquellas legislaciones donde todavía no existe un tipo penal de injusto específico para este tipo de casos, se sostiene por algún sector de la doctrina que, en estos supuestos, el profesional debe responder por un delito de *coacciones*, así, en últimas, el procedimiento médico haya sido finalmente exitoso. Lo anterior, como quiera que, como lo señala Muñoz Conde, “una intervención médica que mejora o incluso cura esa salud o mantiene la integridad corporal y se realiza por el médico conforme a la *lex artis*, difícilmente puede considerarse que cumpla los elementos del tipo de un delito de lesiones, que solo puede justificarse por el consentimiento del paciente. Ello supondría una incorrecta interpretación tanto del tipo objetivo, como del subjetivo del delito de lesiones, ya que en este caso no se darían el ‘menoscabo de la integridad física o de la salud física o mental’ que requiere el tipo objetivo, ni tampoco el dolo o, en su caso, la imprudencia que requiere el tipo subjetivo del delito de lesiones”<sup>32</sup>. Con todo, como lo señalan otros autores, pareciera ser mucho más acertado sostener que en estos casos se está en presencia de un delito de lesiones personales, pese a que, en efecto, la salud del paciente finalmente se restableció o se recuperó. Esto último será así como quiera que el respeto por la autonomía del paciente, según se precisa, hace parte de la *lex artis*<sup>33</sup>, lo cual obliga al facultativo a suministrar la ilustración del caso y a respetar la opción que finalmente elija el paciente. “Desde este punto de vista, existe una conexión íntima entre el bien jurídico ‘salud’ y la autonomía del sujeto que obliga a calificar la intervención impuesta –en la medida en que implique una intervención corporal típica– como delito de lesiones, aunque desde el punto de vista global y externo al paciente (‘objetivo’) la intervención haya producido una curación”<sup>34</sup>.

Ahora bien, es obvio que si existió consentimiento y éste fue plenamente válido, el profesional se exonera de responsabilidad penal si ha ajustado su conducta a las reglas de la *lex artis*, así el procedimiento en últimas no haya sido exitoso, pues, a estos efectos, cabe recordar que el ejercicio de la profesión médica es una actividad de medio y no de resultados. En estos casos, la conducta será considerada como atípica o

---

32 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 451; próximo, MORILLAS CUEVA, “Aspectos penales...”, pp. 794-795.

33 LAURENZO COPELLO, “Relevancia penal del consentimiento...”, p. 418.

34 CANCIO MELIÁ, “Consentimiento informado...”, p. 860. Próxima, LAURENZO COPELLO, *Ibíd.*, pp. 439 y ss., quien considera que en estos casos la falta de consentimiento supera el riesgo permitido, trasladándose la problemática principalmente al ámbito del tipo subjetivo, de suerte que “si el peligro es elevado o muy elevado y el médico actúa sin el consentimiento válido del paciente, será él quien personalmente asuma la posibilidad de un resultado desfavorable con el que no puede dejar de contar, dando lugar así a la indiscutible presencia del dolo eventual”.

justificada, dependiendo de la ubicación sistemática que se le otorgue a la figura en sí del consentimiento. O, incluso, como un criterio que excluye la imputación objetiva del resultado por tratarse de un supuesto que está comprendido dentro de la institución general de la competencia de la víctima<sup>35</sup>.

Si, por el contrario, existió consentimiento pero la práctica médica fue incorrecta, es claro que en estos casos también se generará responsabilidad de tipo penal para el profesional de la medicina, imputándose la producción del resultado a título de imprudencia o, cuando sea del caso, incluso, a título de dolo eventual<sup>36</sup>.

## Bibliografía

- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española", en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012.
- JESCHECK, HANS H./WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*, T. IV., Buenos Aires, Losada, 1983.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario", En *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO, "Aspectos penales del consentimiento informado", en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico", en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- ORTS BERENQUER, ENRIQUE; GUINARTE CABADA, Gumersindo, "Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 2009.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, T. I. Buenos Aires, Tea, reimp. 1999.
- ZAFFANORI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

35 Por todos, CANCIO MELIÁ, "Consentimiento en el tratamiento médico...", p. 853, nota a pie número 6.

36 MORILLAS CUEVA, "Aspectos penales...", pp. 784-785.