

El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda* *

Virgilio Rodríguez Vázquez

Prof. Contratado Doctor (Profesor Titular acr.) de Derecho Penal. Universidad de Vigo

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-03, pp. 1-59. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-03.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-03 (2017), 4 ene]

RESUMEN: En este trabajo se analiza el papel que juega el consentimiento del paciente en relación con los tratamientos médicos curativos desde la óptica del Derecho penal. Se propone para ello una sistematización de las diferentes posiciones doctrinales acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones y la valoración que merece el tratamiento médico. Se realiza un estudio de Derecho comparado, con especial atención en los sistemas alemán, austriaco y portugués. Finalmente, se plantea la conveniencia de introducir en el ordenamiento jurídicopenal español un delito de tratamiento arbitrario.

PALABRAS CLAVE: tratamiento médico, consentimiento informado, salud, libertad, tratamiento médico arbitrario.

ABSTRACT: The present paper aims at examining the rol of the informed consent regarding the medical treatments. I analyse this topic from different points of view in the literature. I then compare the solution which deal with this question in other criminal codes: Germany, Austria and Portugal. Finally, I present my own views regarding the legal value of informed consent and I purpose to introduce *de lege ferenda* in the spanish Criminal Code a crime against medical treatment without consent.

KEYWORDS: medical treatment, informed consent, health, freedom, medical treatment without consent.

Fecha de publicación: 4 enero 2017

SUMARIO: I. . *Introducción. Distinción entre tratamientos médicos curativos y no curativos. II. El consentimiento informado en los tratamientos médicos curativos. Diferentes propuestas de solución a partir del análisis del bien jurídico protegido en el delito de lesiones. 1. El concepto unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones. 1.1. La identificación del tratamiento médico curativo con el delito de lesiones. El consentimiento informado como causa de justificación. 1.2. El tratamiento médico arbitrario como una conducta atípica respecto al delito de lesiones. El consentimiento informado y los delitos contra la libertad. 2. El concepto bidimensional del bien jurídico*

protegido en el delito de lesiones. III. Críticas a las distintas soluciones planteadas por la Doctrina. IV. Conclusiones y propuesta de lege ferenda: el delito de tratamiento médico arbitrario. Bibliografía.

* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)” (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos” (Referencia: DER2013-47511-R, Ministerio de Ciencia e Innovación) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo, y de cuyos equipos investigadores formo parte.

I. Introducción. Distinción entre tratamientos médicos curativos y no curativos

Tradicionalmente, la doctrina siempre ha llamado la atención sobre la necesidad de distinguir entre tratamientos médicos curativos y no curativos como paso previo para afrontar correctamente la cuestión relativa al papel que debe jugar el consentimiento informado del paciente. Los tratamientos médicos curativos se identifican con aquellas intervenciones sanitarias que inciden positivamente en la salud del enfermo y, en un sentido amplio, se pueden definir como “la acción llevada a cabo por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano viviente”¹. Ante una definición como ésta parecen tener cabida todo tipo de intervenciones sanitarias; no obstante, existen supuestos que deben excluirse de la misma, al constituir claros ejemplos de intervenciones sanitarias no curativas, y otros cuya localización resulta más dudosa. Entre los tratamientos médicos no curativos se encuentra la extracción de órganos

¹ ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 9 ss., 271, considera que el tratamiento médico curativo está informado por tres notas: el fin curativo, que nos indica la dirección en que se mueve la voluntad del que actúa (el médico); la idoneidad objetiva curativa, es decir, que los medios aplicados y procedimientos seguidos sean los adecuados para devolver la salud al paciente; y que exista una persona enferma; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 29; ESER, Albin, Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 11, lo define como “aquél en el que se llevan a cabo intervenciones con una finalidad exclusivamente terapéutica-individual, por medio de métodos ya experimentados –a diferencia de la 'experimentación terapéutica' y de la 'experimentación con seres humanos'”; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 17; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 52, con mayor precisión define el tratamiento curativo como “no sólo aquella actividad del facultativo enderezada a la curación de la enfermedad orgánica o mental, incluyendo la previa actividad diagnóstica para la identificación de la misma, sino también aquella que, sin ser apta *ex ante* para eliminar la enfermedad, sí lo es, sin embargo, para evitar el empeoramiento de la misma o mitigar los padecimientos que ésta produce, los denominados 'cuidados paliativos’”. Sobre la discusión acerca del concepto de tratamiento médico curativo y su distinción con otras intervenciones, así como una definición precisa de este concepto *vid.* GUÉREZ TRICARICO, Pablo, El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, pról. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 29 ss.

de una persona sana con la finalidad de trasplantarlos a un enfermo². Junto a éste se suele citar la investigación llevada a cabo mediante la experimentación en personas, si bien es necesario distinguir entre experimentación pura, cuyas características la convierten indudablemente en una forma de intervención sanitaria no curativa³, y la experimentación terapéutica⁴, que se ha reconocido como una posible vía de

² Al respecto, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, pról. HORNO LIRIA, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, 18, señala que “en relación con el donante está realizando [*scil.* el médico] una auténtica mutilación consciente y voluntaria, pues dicha extracción no reporta ningún beneficio para la salud de aquél, sino antes bien un menoscabo para su integridad corporal”.

³ Así, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, pról. HORNO LIRIA, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, 29; ESER, Albin, *Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 17, para quien la experimentación con seres humanos “no sólo tiene carácter metodológico-experimental, sino que no persigue (o lo hace sólo de forma incidental) el tratamiento médico del afectado y sirve única, o principalmente, a los intereses del conocimiento científico. Esta clase de experimentación tiene lugar cuando se prueba en un paciente un procedimiento o un medio que ni está objetivamente indicado para su dolencia, ni se encuentra en una relación final con ella. También, cuando el medio administrado, si bien sirve a los fines del tratamiento, se emplea –a diferencia de lo que sucede en la ‘experimentación terapéutica’- no por falta de otras terapias más adecuadas, sino principalmente por intereses de la investigación (como prueba de su inocuidad, efectividad o superioridad). Constituye evidentemente un supuesto de *non-therapeutic-research* el de las personas sanas que se someten a una prueba de medicamentos o bien a otro test del procedimiento”; también, JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, 20 s., señala que “1) La actividad curativa se lleva a cabo en interés propio del sujeto (del paciente), mientras que la actividad experimental pura tiende fundamentalmente a lograr un objetivo extraño (interés científico) al interés del sujeto concretamente afectado. (...) 3) La experimentación pura, a diferencia de lo que sucede con el tratamiento médico curativo, puede ser efectuada sobre sujetos sanos y no necesitados de cuidados, o sobre sujetos enfermos, pero no en relación directa con la específica enfermedad o con la curación de la misma. La actividad puramente experimental no va encaminada a lograr un beneficio directo para la salud del paciente, sino para mejorar los conocimientos científicos”; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, 53; DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 468, señala que “en el plano conceptual, no es difícil identificar lo que define la experimentación científica y la contrapone a la acción terapéutica. En un sentido positivo, la experimentación científica se define por perseguir finalidades científicas, es decir, por estar preordenada a la ampliación del horizonte de la ciencia médica, figurando el paciente como objeto y no como beneficiario directo. En un sentido negativo, se trata de intervenciones que no buscan diagnosticar, prevenir o tratar las enfermedades que amenazan o afectan al paciente, sino que están al servicio de intereses individuales”.

⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 271; ESER, Albin, *Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 16, señala, “con respecto a la experimentación terapéutica, conocida como *therapeutic research*, que, si bien tiene un carácter objetivo-experimental, dado el interés subjetivo en la curación, se acerca a la figura del tratamiento curativo, es posible obtener una amplia justificación en base a los fundamentos del consentimiento (real o presunto)”; JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, 21, considera que la experimentación terapéutica, clínica o curativa, se sitúa en una posición intermedia entre la actividad curativa y la puramente experimental; DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 469 s., advierte sobre la dificultad de trazar la línea divisoria entre experimentación pura y terapéutica, no obstante, “como principio orientador se podrá adelantar que la persecución más o menos explícita de cualquier finalidad científica no es necesariamente incompatible con la subsunción del tratamiento en el concepto y en el régimen de las intervenciones médico-quirúrgicas. Dando por supuesta la primacía del interés terapéutico, no parecen

intervención curativa. También se incluyen como tratamientos médicos no curativos la esterilización, la cirugía transexual y la cirugía estética, aunque tal decisión merece ser matizada, ya que intervenciones de este tipo pueden poseer un carácter curativo o no según el caso⁵. Así, la esterilización será considerada curativa cuando el embarazo suponga un peligro grave para la vida de la mujer, o cuando una determinada intervención quirúrgica obliga a extirpar total o parcialmente órganos del aparato reproductor. Ahora bien, si se persiguen otros objetivos, tales como evitar descendencia con taras congénitas, por razones socioeconómicas, etc., entonces se convierte en una intervención no curativa⁶. En cuanto a la cirugía estética, resulta de aplicación lo dicho anteriormente. Las intervenciones quirúrgicas puramente cosméticas, que se realizan para conseguir un cambio en la apariencia externa pero sin que suponga en ningún caso una mejoría en la salud física o psíquica de la persona, carecen del valor de curativas⁷. Por el contrario, la cirugía reparadora,

subsistir razones dirimentes para oponerse a su inclusión en el régimen del art. 150 CP. En estos términos se han de intentar solucionar los problemas suscitados por la *Heilversuch*, esto es, los casos en que, ante la ausencia de tratamiento debidamente comprobado y científicamente convalidado, el médico se ve en la obligación de utilizar -en el interés del paciente- medios terapéuticos cuyas consecuencias no es posible anticipar ni controlar con seguridad. El problema adquiere una mayor complejidad y relevancia cuando se trata de aplicar por primera vez al hombre métodos de tratamiento que apenas fueron comprobados en el laboratorio o en animales, casos en los que el irrecusable propósito de curar no neutraliza una no menos irrecusable y objetiva dimensión experimental. También aquí, no será, a pesar de todo, difícil referenciar intervenciones institucionalmente legitimadas y, en esa medida, médicamente indicadas y haciendo justicia al régimen de los tratamientos médico-quirúrgicos. Será así cuando, contando con la adecuada comprobación en el laboratorio o en un animal, la utilización, por primera vez, de un método terapéutico se revela como la *ultima ratio* a partir de la que puede, por ejemplo, esperarse hacer retroceder a una muerte que se adivina inminente”.

⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 810, consideran que de la interpretación del art. 155 CP se debe deducir que “el legislador entiende que los supuestos de trasplante, esterilización, cirugía transexual no benefician la salud, lo que puede resultar discutible en los últimos casos, especialmente si se considera la vertiente psíquica de la misma”; en el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 49, señala que “los contornos de aquello que sea tratamiento médico-curativo no se hallan completamente perfilados, sobre todo en relación con dónde deben situarse los límites de la indicación terapéutica en supuestos de experimentación, así como en los denominados casos de medicina voluntaria”; DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 470, opina que “la línea de frontera, que el elemento subjetivo de la finalidad terapéutica representa, se vuelve a revelar problemática cuando se trata de delimitar la intervención médico-quirúrgica frente a los campos como las operaciones cosméticas o la esterilización voluntaria”.

⁶ Así, ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico ante el Derecho, pról. HORNO LIRIA, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, 17, 21.

⁷ No obstante, esta exclusión no es tan clara y en todo caso aparecerá supeditada a la amplitud con la que se entienda el concepto de salud. En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 52, al afirmar que “desde un concepto amplio de salud que tenga en cuenta su vertiente relacional o social, quizá debería plantearse no sólo la consideración como tratamiento terapéutico de la denominada cirugía reparadora, que parece generalmente admitida, sino

entendiendo por tal la cirugía plástica destinada a subsanar o mitigar deformaciones congénitas o derivadas de lesiones o accidentes, sí merecerá la calificación de tratamiento curativo⁸. No son distintas las reflexiones que cabe realizar sobre la cirugía transexual o de cambio de sexo. Hoy se entiende que estas intervenciones deben admitirse dentro de un contexto de actividad curativa, ya que tienden a resolver los problemas psicológicos y sociales que el rechazo a la propia sexualidad somática puede llegar a generar en una persona⁹, incidiendo positivamente en su salud psíquica. No se me escapa la dificultad de concretar en la práctica los casos de tratamientos curativos y no curativos. Aquí simplemente quiero dejar constancia de tales distinciones, advirtiendo que el valor del consentimiento del paciente será diferente, en mi opinión, según el supuesto ante el que nos encontremos. En el presente estudio me limito al análisis del mismo en el ámbito de los tratamientos médicos curativos, tal y como han sido definidos *supra*.

II. El consentimiento informado en los tratamientos médicos curativos. Diferentes propuestas de solución a partir del análisis del bien jurídico protegido en el delito de lesiones

En relación con los tratamientos sanitarios curativos se discute si la falta de consentimiento daría lugar a un delito de lesiones o, en todo caso, se afectaría sólo la libertad de la persona, surgiendo de esta forma un delito contra la libertad. Pues

también de la cirugía estética, aun de la de mero deseo. Puesto que desde una concepción constitucionalmente orientada de la salud que desligue a ésta de consideraciones estrictamente fisicistas, el aspecto psicológico gana claramente terreno, aquellas intervenciones médicas que posibilitan un mayor bienestar mental del paciente, aun cuando desde un punto de vista funcional orgánico no fueren estrictamente necesarias, deberían considerarse terapéuticas"; DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 470 s., considera que "las intervenciones preordenadas a un 'embellecimiento de la apariencia exterior' (BOCKELMANN) no pueden pensarse, en una primera aproximación, en rigor, como en operaciones con finalidad terapéutica. No obstante, entra aquí en juego un elemento nuevo que eleva la complejidad en la confrontación con la experimentación médico-científica: la operación cosmética agota su relevancia en el interior del sistema personal del sujeto pasivo, y no abriendo la puerta a la alienación de la integridad física en beneficio de los intereses del investigador, de tercero o de la comunidad en general"; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 6 s., indica que "en este último caso se hace referencia a la siempre discutible cirugía estética, la cual es considerada hoy como una modalidad más de la actividad médico-quirúrgica y puede ser merecedora, por su trascendencia en el plano psíquico del paciente, de finalidades curativas".

⁸ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 22 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 52; DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 471, amplía el espectro de la consideración como terapéuticas a las intervenciones de cirugía estética "destinadas a eliminar la causa de limitaciones personales a nivel de comunicación intersubjetiva, superando las correspondientes fuentes de sufrimiento".

⁹ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico ante el Derecho, pról. HORNO LIRIA, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985, 23 s.

bien, la toma de postura por una u otra solución tiene que ver, fundamentalmente, con el bien jurídico que se considera protegido en el delito de lesiones¹⁰.

1. *El concepto unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones*

Quienes defienden una concepción unidimensional del bien jurídico protegido, entienden que el tipo de lesiones trata de proteger única y exclusivamente la integridad corporal y/o la salud de la persona¹¹. A partir de aquí surgen a su vez dos posiciones doctrinales.

1.1. *La identificación del tratamiento médico curativo con el delito de lesiones. El consentimiento informado como causa de justificación*

Un sector de la doctrina considera que todo tratamiento médico curativo, independientemente de que cumpla o no con el deber de cuidado requerido, de que suponga o no una mejora de la salud o, incluso, la curación del enfermo, y de cuál haya sido la finalidad del personal sanitario que lo ha ejecutado, realiza el tipo de lesiones¹². Y esto porque el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se

¹⁰ En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 807.

¹¹ ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 136 ss., señala que “el legislador ha encontrado en el art. 427 [scil. art. 427 CP 1944/1973, disponía: “las penas señaladas en los artículos 420 a 422, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros”] la definición idónea para las lesiones, lo que debió haber constituido el punto de partida para la elaboración de un tipo básico, pues el legislador ha querido recoger en los delitos de lesiones aquellas dimensiones más relevantes de ese estado ideal que es el bienestar: la salud y la integridad corporal. A estas dimensiones les otorga el carácter de bien jurídico protegido, y las acciones y resultados que describe el Código constituyen siempre una forma de agresión a las mismas, siendo unas veces por separado y otras afectando a ambas a la vez”; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81, parte de que “el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la 'salud personal', entendida ésta en un sentido amplio que comprende la salud y la integridad corporal”; CARDONA LLORENS, Antonio, Estudio médico-penal del delito de lesiones, pról. MARTÍ LLORET, Juan, Madrid, Edersa, 1988, 26 ss., tratando de buscar un concepto de salud válido desde el punto de vista jurídico y médico.

¹² Cfr. ARZT, Gunther, Strafrecht. BT I (Delikte gegen die Person), Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1977, 102; SCHWALM, Georg, Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 547, “el tratamiento ajustado al arte médico es, de entrada, un tipo de lesiones. También el error técnico, en el sentido de un tratamiento que no se ajusta al arte médico es justificado por un consentimiento eficaz o un consentimiento presunto”; BOTTKE, Wilfried, Suizid und Strafrecht, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, 144 s.; SCHREIBER, Hans-Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713, 724. En la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164, para quien el bien jurídico básico del delito de lesiones se corresponde con la integridad física, entendida como incolumidad material corporal. Ahora bien, la calificación del resultado causado en el paciente por un tratamiento médico-quirúrgico como un delito de lesiones la hace depender del carácter reversible o irreversible de esa lesión. En el primer caso, la conducta resultará atípica, en el segundo, siempre típica. Y esto independientemente de que ese resultado se califique como exitoso desde el punto de vista médico, de cuál haya sido la intención del autor y de la forma en la que se ejecutó. En este sentido, señala que “desde el punto de vista del Derecho positivo, sostengo que la interven-

identifica exclusivamente con la integridad física (o la integridad y la salud), diferenciada intencionadamente de la salud. Desde este punto de vista, cuyo origen se sitúa en la jurisprudencia alemana¹³, se parte de que toda intervención u operación médica sobre el paciente constituye una lesión corporal, en definitiva, es típica. Sin embargo, esta intervención típica puede quedar justificada y, por tanto, no ser antijurídica cuando concurra el consentimiento válidamente emitido por parte del paciente. El consentimiento del paciente se convierte así en una causa de justificación, de manera que estando presente ésta, el médico o personal sanitario en cuestión quedará exento de responsabilidad penal¹⁴.

ción médico-quirúrgica contra el consentimiento del paciente con resultado lesivo, en el sentido de producir efectos irreversibles o no regenerables, constituye siempre delito de lesiones. Cuando la intervención obtuviera 'éxito', si por éxito se entiende la inexistencia de menoscabo alguno en el enfermo, el comportamiento será atípico de lesiones, existiendo sólo unas coacciones. Pero, si en el éxito se incluye un resultado favorable desde la óptica médica, aun cuando colateralmente se haya producido menoscabo o lesiones irreversibles en la víctima, entiendo que es ineludible la apreciación del delito de lesiones. Otra solución convertiría al paciente en un simple instrumento degradándole a límites intolerables en la convivencia actual"; MOYANO GARCÍA, Ricardo, Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489, 481 s., llega a decir que "el tratamiento médico, desde las sencillas intervenciones dentarias o extracciones de sangre, hasta las complejas operaciones de cirugía general, suponen a menudo la realización al menos aparente de los tipos del delito de lesiones del CP, por ejemplo del tipo básico del art. 420 [scil. CP 1944/1973], que castiga al que por cualquier medio produce un 'menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental'", no obstante este autor se encuadrará en la tercera postura que expongo a continuación.

¹³ Desde que el RG en su sentencia de 31 de mayo de 1894 asumiese esta postura. Precisamente esta decisión judicial marca el inicio de una importante controversia entre la jurisprudencia y la doctrina alemanas en torno a uno de los aspectos más relevantes del tratamiento médico. Los primeros pronunciamientos doctrinales datan de finales del siglo XIX y principios del siglo XX sin que haya decaído el debate, que perdura en la actualidad. Así se puede ver, entre otros, FINGER, Augustin, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, ZStW 20-1900, 12- 32, 12 ss.; BRÜCKMANN, Arthur, Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Negatives und Positives, ZStW 24-1904, 657-714 657 ss.; KAHKL, Wilhelm, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29-1909, 351-371, 351 ss.; BELING, Ernst, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44-1924, 220-244, 220 ss.; ENGISCH, Karl, Ärztlicher Eingriff zu Heilwechen und Einwilligung, ZStW 58-1939, 1-52, 1 ss.; GRÜNWALD, Gerald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73-1961, 5-44, 5 ss.; KAUFMANN, Arthur, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384, 341 ss.; BOCKELMANN, Paul, Der ärztliche Heileingriff in Beitrag zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, ZStW 93-1981, 105-150, 105 ss.; ESER, Albin, Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97-1985, 1-46, 1 ss.; VON GERLACH, Annette, Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung, en: KAUFMANN, Arthur (dir.), Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereich, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, 15 ss.; SCHREIBER, Hans-Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713 ss.; ORBEN, Steffen, Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler, Baden-Baden, Nomos, 2010, 5 s. La jurisprudencia española, aunque se ha pronunciado en pocas ocasiones sobre esta materia, también considera que el tratamiento médico realizado sin el consentimiento del paciente constituye un delito de lesiones, *vid.* ROMEO MALANDA, Sergio, Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes, CPC 110-2013, 73-113, 102 s.; el mismo, 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, Revista Penal 35-2015, 173-188, *passim*.

¹⁴ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164 s., considera que "el consentimiento emitido por el imputable de modo libre y expreso constituye causa de justificación en el tratamiento médico-quirúrgico. (...) No comparto la opinión de quienes entienden que en las intervenciones médico-quirúrgicas curativas el consentimiento no juega

La posición de la jurisprudencia alemana sobre esta materia, que históricamente ha venido contemplando las intervenciones sanitarias como tipos de lesiones, tiene su origen en la sentencia del RG de 31 de mayo de 1894. En esta sentencia, el RG condenó a un médico por un delito de lesiones después de que amputara el pie a una niña de siete años en contra de la voluntad del padre que creía firmemente en la medicina natural como vía de solución al problema de salud de su hija. La supuración tuberculosa que se estaba extendiendo por el tarso y que había provocado la enfermedad de la niña, indujo a la intervención del cirujano. El foco de la enfermedad fue totalmente eliminado gracias a la intervención y de esta manera también se salvó la vida de la menor. Sin embargo, el RG revocó la resolución judicial que meses atrás había adoptado la *Strafkammer* de Hamburgo que había absuelto al médico. Esta sentencia había defendido la idea de que la operación no podía ser considerada como dañina para la salud, ni tampoco como un maltrato en el sentido del § 223 StGB, porque la salud de la niña no había empeorado, sino todo lo contrario, había mejorado. La *Strafkammer* de Hamburgo consideró que era contradictorio terminológicamente calificar de maltrato un tratamiento que se había demostrado era adecuado y necesario. No obstante, el RG instituyó con su sentencia un Derecho penal médico básico, que fue seguido posteriormente por el *Zivilsenat* y por el *Strafsenat* del BGH, por el que se entendía que cualquier medida terapéutica que afectase a la integridad física de un paciente suponía un daño a su salud, y constituía un delito de lesiones independientemente de que la intervención sanitaria fuese un éxito o un fracaso, fuese realizada conforme a Derecho o no. La jurisprudencia alemana trata de asegurar de este modo la protección penal de la autodeterminación del paciente a través del delito de lesiones, exigiendo el consentimiento del paciente para otorgar validez legal al acto médico, ante la ausencia en el StGB de artículos adecuados para la protección de este bien jurídico en el marco de los tratamientos médicos curativos. La imposibilidad de aplicar los artículos relativos a los delitos contra la libertad, bien coacciones o bien detenciones ilegales, así como la inexistencia de un delito de tratamiento arbitrario, da lugar a que los tribunales alemanes adopten esta vía de solución.

ningún papel. Conforme a esta tesis se ha venido sosteniendo que la intervención médico-quirúrgica, aun sin, o contra, el consentimiento del paciente, si tiene finalidad curativa sólo podría dar lugar a un delito contra la libertad (coacciones) aun cuando no se hubiera obtenido éxito en la intervención. A mi juicio, esta tesis resulta, al menos, repudiable desde el punto de vista político-criminal. Pero, incluso desde el punto de vista del Derecho positivo (...)" La eficacia del consentimiento está supeditada a dos condiciones: que se haya informado adecuadamente al paciente, y que el médico cumpla con la *lex artis*. Así lo entiende el autor al señalar que "el consentimiento como causa de justificación en la actividad médico-quirúrgica es independiente del éxito o fracaso de la operación, pero exige para su eficacia eximente la concurrencia de la *lex artis* y el cumplimiento por parte del médico del deber de información".

1.2. *El tratamiento médico arbitrario como una conducta atípica respecto al delito de lesiones. El consentimiento informado y los delitos contra la libertad*

Desde otro sector de la doctrina, crítico con el anterior, se ha defendido que la intervención médico-sanitaria, en principio, no realiza el tipo de lesiones, al no dañar el cuerpo ni la salud del paciente¹⁵. Entre quienes sostienen un concepto

¹⁵ En este sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 137, 285 ss., afirma que “la protección del Código no va dirigida exclusivamente a ese estado ideal [*scil.* de bienestar], sino al estado de salud e integridad corporal que posea el individuo en particular, en el caso concreto. Por esta razón constituye agresión la agravación del estado de una persona ya enferma. Por el contrario, y por el mismo motivo no se estima agresión la conducta dirigida a aumentar la salud o integridad, o ambas a la vez, siempre que concorra la idea de protección a los mismos”; “el médico no atenta en realidad contra los bienes jurídicos protegidos en las lesiones, sino que, al contrario, se mueve en la misma dirección que el ordenamiento jurídico de protección de los mismos, lo cual consigue en gran número de ocasiones. (...) El médico no 'lesiona' en realidad al realizar intervenciones curativas; antes bien, actúa protegiendo el bien jurídico que yace como substrato en las figuras de las lesiones, es decir, la salud, en este sentido amplio y pluridimensional que le hemos otorgado (y que incluiría, desde luego, la integridad corporal)”; JORGE BARREIRO, Agustín, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, CPC 1982, 5-33, 12; el mismo, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, 72, 81, opina que “el cirujano que lleva a cabo una actividad médica curativa no realiza el tipo de injusto del delito de lesiones”; ANTÓN ONECA, José, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en: *Estudios de Deusto*, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 38, señala, “el tratamiento médico es una actividad en principio valorada positivamente desde un plano jurídico, en cuanto incide favorablemente sobre bienes jurídicos personales importantes como pueden ser la vida y la salud, al estar encaminado a disminuir la situación de peligro preexistente en relación con los mismos”, aunque este autor mantiene, a mi modo de ver, una posición ecléctica; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. PG: Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, Castellanos, 1986, 254 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El consentimiento informado*, CPC 1995, 447-479, 470 s.; el mismo, *Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172 s.; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/ MOLINOS COBO, Juan J., *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, 2.ª ed., Granada, Comares, 1997, 350 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998, 175 s.; QUERALT JIMÉNZ, Joan J., *Derecho penal español. PE*, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 50 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, 53; por todos, STOOS, Carl, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: eine strafrechtliche Studie*, Berlin, Liebmann, 1898, *passim*; ENGISCH, Karl, *Ärztlicher Eingriff zu Heilwechen und Einwilligung*, ZStW 58-1939, 1-52, 5 ss.; SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, 69 ss.; GRÜNWARD, Gerald, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, ZStW 73-1961, 5-44, 1, 9; KAUFMANN, Arthur, *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, ZStW 73-1961, 341-384, 341 s., 373 s.; BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 66 ss.; el mismo, *Der ärztliche Heileingriff in Beiträg zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens*, ZStW 93-1981, 105-150, 105 ss.; NIESE, Werner, *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztliche Heileingriff*, en: *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 2.ª ed., Göttingen, Vandenhoeck und Rupprecht, 1971, 364 ss.; KRAUSS, Detlef, *Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 565 ss.; ZIPF, Heinz, *Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB)*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 577, 583; el mismo, *Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 155; ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015, 73 ss.; DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Consen-*

unitario de bien jurídico, identificado con un concepto amplio de “salud”¹⁶, comprensivo de la salud en sentido estricto y de la integridad física, que jugaría así un papel instrumental respecto a aquélla¹⁷, existen dos pareceres diferenciados. Algunos autores determinan la tipicidad o atipicidad de la conducta del médico en función del resultado del tratamiento, de manera que si existe desvalor de resultado, la conducta será típica (delito de lesiones), haciéndose necesario acudir a una causa de justificación para considerarlo lícito¹⁸. Otros, sin embargo, resuelven la cuestión de la tipicidad de la conducta en relación con el desvalor de acción, de manera que la intervención médica curativa, practicada según la *lex artis*¹⁹ o, para ser más

timiento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 400 ss.

¹⁶ Vid. ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 286; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio López, Granada, Comares, 1999, 925, señala que “el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales es la integridad personal, entendida en sus proyecciones de integridad física o corporal y de salud física y mental”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 22; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 788 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 51 s.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 107. Desde este punto de vista se asume el concepto de salud personal formulado por la OMS, como “el estado en el que una persona determinada desarrolla normalmente sus funciones, entendiéndose por función el ejercicio de un órgano o aparato. Estado que, por otra parte, constituye una de las condiciones previas que posibilitan una concreta relación de participación en el correspondiente sistema social”. Aunque ésta no es asumida, por ejemplo, por ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la integridad corporal y la salud, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio López, Granada, Comares, 1999, 926.

¹⁷ Así lo entienden, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 20 s., al señalar que “toda la problemática expuesta se palía notablemente, si se considera, como ya apuntó hace años un sector de nuestra doctrina, que el bien jurídico tutelado es único y que todos los resultados, que el legislador ha ido enumerando, hacen referencia a distintos aspectos de un único bien jurídico de mayor amplitud. Entiendo por tanto que no tiene sentido el propugnar esta diferenciación, el oponer salud e integridad corporal como bienes jurídicos distintos. Pues, aparte de que, incluso considerando a la salud en su acepción más estricta, existan supuestos de difícil diferenciación con la integridad corporal, la tutela penal de esta última, en este lugar, tiene la finalidad de garantizar mediante ella el buen funcionamiento del cuerpo humano, idea que como tendrá ocasión de analizarse se corresponde con una correcta interpretación del contenido de la salud. Es decir, la integridad corporal, en el marco de su protección penal, no es un valor independiente de la salud, sino una dimensión o aspecto de una idea de salud más amplia que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad”; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 789.

¹⁸ Una relación detallada de los autores que sostienen esta postura en JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 8.

¹⁹ Vid. ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 9 ss., 273; el

exactos, conforme al deber de cuidado, excluyendo el carácter doloso e imprudente de la misma, no constituye lesión típica aunque con ella haya empeorado el estado de salud del paciente, sólo atribuible, en tales circunstancias, a caso fortuito. Así pues, la intervención médica curativa no será constitutiva de un delito de lesiones, bien por razones objetivas, en aquellos casos en los que la acción médica ha tenido éxito, conforme a lo que la ciencia médica entiende por tal, o bien por razones subjetivas, cuando ha sido ejecutada de acuerdo con lo exigido por el estado de la ciencia, cumpliendo con el deber de cuidado y sin que quepa responsabilidad a título de imprudencia²⁰. Se concluye que el médico no lesiona sino que cura, con independencia de que haya mediado o no el consentimiento del paciente, pues la protección a su salud no se ve afectada por la presencia o ausencia de aquél²¹.

mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 927; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 8; el mismo, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 70; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVER, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 167; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 39.; ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 156; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 807; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998, 175; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 58, 72; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 130; JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.^a ed. y adiciones MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.^a ed. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, Comares, 2002, 407; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172.

²⁰ JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 8, 12; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 130, señala que "normalmente el tratamiento médico realizado conforme a la *lex artis*, con la diligencia debida y con intención de curar, excluye la parte subjetiva del tipo. Pero ni siquiera se da el tipo objetivo de un delito de lesiones cuando el tratamiento médico objetivamente mejora y no menoscaba la salud. Sólo el tratamiento médico sin éxito puede llegar a constituir el tipo de un delito de lesiones".

²¹ *Vid.* ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 274, 286; el mismo, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, Apen 1996, 464; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 7 ss.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVER, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 164 ss.; BUENO ARÚS, Francisco, El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario, Apen 1991, 395-406, 399, opina que "desde el punto de vista jurídicopenal, constituye [*scil.* el tratamiento médico] ejercicio legítimo de un oficio o cargo en cuanto concurren en el mismo los siguientes requisitos: titulación adecuada del sujeto, finalidad curativa (o asimilada), actuación conforme a la *lex artis* y consentimiento del paciente o, en su caso, de sus representantes. La ausencia de alguno de estos requisitos puede dar lugar a responsabilidad penal, a título de intrusismo, de lesiones o mutilaciones dolosas o culposas, o de coaccio-

Desde este punto de vista, el consentimiento del paciente resulta intrascendente en relación con el delito de lesiones, pues, por una parte, la libertad de disposición sobre la propia salud, es decir, la autodeterminación personal, no se contemplan como un bien jurídico protegido por el tipo de lesiones²² y, por otra, porque desde el momento en el que se califica la acción médico-sanitaria como una conducta atípica, ya no es necesario acudir a una causa de justificación que excluya la antijuridicidad²³. No obstante, esto no quiere decir que la actuación del profesional

nes”; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013, 284 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 56.

²² ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CERZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 302 ss. Según este autor en relación con el delito de lesiones “dentro de la noción de bien jurídico protegido no se inscribe la voluntad del sujeto pasivo, puesto que aquél se protege con independencia de ésta, la cual, por lo demás, no constituye un elemento del tipo del delito. (...) Aquí el consentimiento no desempeña ninguna función, en relación con el tipo, puesto que estos bienes no son susceptibles de entrar en el tráfico jurídico, al menos en el sentido antes referido en relación con otros bienes jurídicos; en las lesiones (...) no es posible una renuncia voluntaria al bien jurídico sin que éste se vea lesionado, a diferencia de lo que sucede en el hurto. Por tanto, no parece sostenible que en los bienes disponibles, de esta naturaleza, la existencia del consentimiento pueda excluir el tipo, puesto que aquél no es un elemento de éste. Lo contrario nos llevaría, además, a admitir, lo cual ya he rechazado más arriba, que en las lesiones, por ejemplo, junto a la salud e integridad corporal se protege también el derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo. (...) No puede mantenerse que en las lesiones el consentimiento haga desaparecer la acción delictiva total (y, en consecuencia, el tipo en su totalidad); el resultado no desaparece con el consentimiento del sujeto pasivo, sino que sólo puede conferir licitud a la acción y resultado típicos cuando venga reconocido por el ordenamiento jurídico, y es sólo entonces cuando lo injusto del resultado (y de la acción) (...) desaparece. El consentimiento ni es un elemento del tipo, ni la protección al bien jurídico alcanza la libertad de disposición del mismo, puesto que no puede deducirse ni de la configuración del tipo ni de la propia naturaleza del bien jurídico”; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998, 175, afirma que “en la medida en que la conducta se contenga dentro de los límites del riesgo permitido, y la actividad médica curativa esté indicada conforme a la ciencia médica, no será imputable el resultado lesivo que resulte de la intervención quirúrgica, pues lo que se ha lesionado mediante una conducta penalmente relevante no es el bien jurídico integridad física sino la libertad personal, el derecho de autodeterminación del paciente o el ámbito de dominio autónomo. En este sentido, la doctrina dominante (...) entiende que la intervención curativa ajustada a la *lex artis* no constituye típicamente una lesión corporal, aunque el estado de salud del paciente haya empeorado como consecuencia de ella e incluso aunque falte el consentimiento del enfermo (esto sobre la base de la adecuación social de la conducta)”; JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.ª ed. y adiciones MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.ª ed. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, Comares, 2002, 403, 406, sobre la ubicación sistemática del consentimiento del paciente, señala que “el objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular. La integridad corporal, la libertad ambulatoria, la propiedad, el honor o el ámbito de reserva personal, son independientemente protegidos de la voluntad del titular como bienes naturales de la comunidad. (...) En el marco de los bienes jurídicos individuales la vida y la integridad corporal ocupan una posición especial. (...) A menudo, en las lesiones corporales también están en juego valores insustituibles. La salud, de forma no muy distinta a la vida, es el presupuesto básico de la mayoría de las funciones que la persona cumple en la comunidad. De ahí que, a pesar de la presencia del consentimiento, el § 226 StGB declare como antijurídica la lesión corporal consentida cuando atenta contra las buenas costumbres”.

²³ DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 181; ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, Carlos

sanitario realizada de espaldas a la voluntad del paciente permanezca ajena al Derecho penal. La conducta médica realizada en contra de la voluntad del paciente o en ausencia de la manifestación de su consentimiento supone un ataque a su libertad²⁴, bien jurídico protegido penalmente, lo que dará lugar a que sea objeto de

María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CERZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 285 s., 304, opina que “se ha descartado (...) que el consentimiento del paciente sirviera para justificar las presuntas 'lesiones' infligidas por el médico al llevar a cabo sus intervenciones curativas (operaciones quirúrgicas, administración de medicamentos, etc.). Para fundamentar esta afirmación se han aportado dos razonamientos: primero, el consentimiento no constituye una causa de justificación en las lesiones, en Derecho español; segundo, el médico no atenta en realidad contra los bienes jurídicos protegidos en las lesiones, sino que, al contrario, se mueve en la misma dirección que el ordenamiento jurídico de protección de los mismos, lo cual consigue en gran número de ocasiones. Con el primer argumento, el médico no podría acudir a esta causa de justificación del consentimiento, por inexistente; con el segundo, no necesitaría acudir a la misma, por no realizar el tipo correspondiente. (...) El médico no realiza el tipo de las lesiones y, por tanto, no necesita justificación -en su sentido jurídico- alguna”; “el consentimiento ni es un elemento del tipo, ni la protección al bien jurídico alcanza a la libertad de disposición del mismo, puesto que no puede deducirse ni de la configuración del tipo ni de la propia naturaleza del bien jurídico”; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 73, establece que “la actividad médico-quirúrgica curativa no es subsumible en el tipo del delito de lesiones; y, por consiguiente, como conducta atípica que es, no tiene sentido plantear las vías -como la del consentimiento- de su posible justificación”; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 808 s., entienden que “continúa abierta la cuestión en torno a la trascendencia del consentimiento en las intervenciones quirúrgicas curativas sobre las que, a nuestro juicio, deben darse por reproducidas las soluciones existentes para la regulación anterior: las intervenciones que redundan en un beneficio de la salud, aun cuando quiebren la integridad corporal, han de considerarse atípicas. Si la intervención no hubiere sido curativa, la presencia del consentimiento otorgará cobertura al ejercicio legítimo del oficio o cargo, por lo que la conducta estaría justificada”; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998, 176, considera que “la eficacia del consentimiento como causa de justificación no puede plantearse al faltar ya la tipicidad de la acción ejecutada”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172.

²⁴ DÍAZ VALCÁRCCEL, Luis M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 181 s., señala “por imperativo del precepto que comentamos debe excluirse el consentimiento como legitimatorio del tratamiento médico. A pesar de lo cual la voluntad juega un papel, y muy importante, en la actividad médica. Nadie puede ser obligado a soportar una operación quirúrgica o un plan curativo, por beneficioso que se prevea. Esta verdad elemental se olvida en ocasiones y pretextando consentimientos presuntos, consulta a familiares o urgencias más o menos reales se prescinde de recabar la conformidad del directamente afectado”; ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CERZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 286, para quien “el consentimiento del paciente es imprescindible para conferir licitud a la intervención facultativa; imprescindible, porque un tratamiento, por muy beneficioso que sea para la salud del paciente, realizado sin el consentimiento de éste, o mejor, contra su voluntad constituye un atentado a su libertad sancionado por el Derecho penal”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 32, se pregunta “¿qué ocurre si pese al resultado exitoso el tratamiento se ha realizado sin el consentimiento del paciente? En estos supuestos se ha lesionado la libertad del paciente para decidir la realización o no de un determinado comportamiento, lo que en nuestro ordenamiento determinará acudir a los tipos que tutelan la libertad individual. En ningún caso a los de las lesiones”; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 16, afirma que “el consentimiento del paciente es necesario para la licitud jurídico-penal de la intervención médico-quirúrgica, pues si se lleva a cabo sin su consentimiento o en contra de su voluntad, estaremos ante un

reproche penal a través de la aplicación del tipo en el que mejor encaje tenga. Tal ausencia de consentimiento puede consistir bien en una inexistencia total de aquél, al no emitirlo de ninguna forma, bien en una manifestación considerada inválida por concurrir algún vicio en la voluntad, generalmente atribuible a la falta de información o a una información incompleta por parte del médico, o bien en una actuación en contra de la manifestación expresa del paciente.

La mayoría de los que sostienen esta postura en España consideran que la intervención médica realizada sin contar con el consentimiento del paciente, fuera de los casos en los que su ausencia esté justificada²⁵, constituirá un delito de coacciones²⁶.

tratamiento médico arbitrario, que es constitutivo de un delito contra la libertad personal, y concretamente, en nuestro Derecho positivo, puede dar lugar a un delito de coacciones”; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAYER, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 164; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, El delito de coacciones, 2.^a ed., pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1983, 219, entiende que “el médico que realiza una operación quirúrgica, con sometimiento a las reglas de la *lex artis*, y con resultado feliz, sin el consentimiento del paciente, obliga a éste a sufrir una intervención quirúrgica que no quiere, y se ataca su libertad, dándose el delito o falta de coacción. En este supuesto, no cabe hablar de la comisión de un delito o falta de lesiones, porque el proceso de la operación ha de verse en su totalidad”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169, señala: “En estos casos [*scil.* en los que el médico actúa contra o sin la voluntad del paciente, y su situación permitía que se hubiera recabado su consentimiento; en otras palabras, lo que se denomina tratamiento médico arbitrario], al paciente se le está imponiendo un determinado tratamiento o una intervención quirúrgica, sin o contra su voluntad. Se produce, por consiguiente, un ataque a la libertad personal del paciente. Así pues, la ausencia de consentimiento puede dar lugar a que se considere la conducta como constitutiva de un delito de coacciones o, incluso, de detenciones ilegales. Y ello con independencia de que, además, deba tomarse en consideración alguna acción imprudente del médico”; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 343 s., entiende que “entre los aspectos mínimos respecto de los cuales pueden enunciarse reglas de carácter general puede citarse el deber de información. Ante todo, debe quedar claro que cuando se habla en esta sede del deber de informar se hace exclusiva referencia a la comunicación de los datos que, de alguna forma, pueden afectar al éxito de la terapia. Fuera del mismo quedan aquellos otros que el paciente debe conocer para que pueda emitir un consentimiento válido y cuya omisión pudiera dar paso, en su caso, a los delitos contra la libertad”.

²⁵ DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 182, considera que “si no puede obtenerse la aquiescencia del enfermo (por ejemplo, por hallarse inconsciente) sólo quedará justificada la intervención con fin curativo si concurren los requisitos del estado de necesidad”; ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 357, 362 ss., advierte que “pueden existir diversas situaciones en las que el médico no cuenta con el consentimiento del paciente, pero se ha decidido a actuar. No puede decirse entonces sin más que su conducta es ilícita desde el punto de vista penal, pues puede darse el caso de que el médico haya realizado un tratamiento necesario para la salud del paciente, pero que éste no haya tenido ocasión de manifestar su voluntad (...) por imposibilidad material del paciente de emitirla (situaciones de inconsciencia o de incapacidad para consentir), por razón de su enfermedad. (...) Por último, es posible que el médico intervenga por imperativo de la ley, sin que importe al respecto la conformidad o disconformidad del paciente”; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 18, señala que “conviene tener presente que el tratamiento médico arbitrario no será punible como delito contra la libertad personal si estamos ante un estado de necesidad o frente a un tratamiento médico coactivo prescrito por el Estado para garantizar la sanidad colectiva (ejemplo, vacunación preventiva en caso de epidemias), donde entra en juego la exigencia del cumplimiento de un deber”; el mismo, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81, entiende que “la realización arbitraria de una intervención quirúrgica no constitu-

ye siempre, y sin más, un delito contra la libertad personal del paciente, pues para ello, habrá que comprobar si el comportamiento del cirujano puede ser adecuado al tipo del delito contra la libertad personal, y, además, será preciso averiguar si, en el caso concreto, concurre o no alguna causa de justificación -como el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de una profesión, o el cumplimiento de un deber"; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/ MOLINOS COBO, Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.^a ed., Granada, Comares, 1997, 353 s., también entienden que "el principio general de consentimiento tiene las siguientes excepciones: a) Si el enfermo se encuentra incapacitado para prestar el consentimiento, en cuyo caso deberá otorgarse por el representante legal (padres o tutor) y, en su defecto, por los familiares del enfermo (...). b) Si la intervención es urgente, de forma que recabar el consentimiento del enfermo o de sus familiares, suponga la pérdida de un tiempo necesario para la actuación, con peligro de muerte o lesiones graves. c) Si la falta de actuación conlleva un riesgo para la salud pública. d) Si en el curso de la intervención se plantea otra nueva para la que no se prestó el consentimiento; en este caso habrá que considerar las siguientes opciones para las que se marcan unas líneas orientadoras, pues se tratará de una decisión normalmente muy rápida y marcada por el criterio técnico de la conveniencia o no de la nueva operación: -Si la nueva actuación es necesaria para llevar a cabo la primera, el consentimiento debe entenderse prestado, ya que recae sobre la intervención y sobre cuanto sea necesario para ésta. -Si la nueva intervención no es complicada, puede presumirse el consentimiento, pues parece ilógico obligar a sufrir de nuevo los inconvenientes de otra intervención, cuando con una sola bastaría. En todo caso, si no hay premura, lo razonable será pedir el consentimiento de los familiares que se encuentren presentes. -Si la nueva actuación supone unos riesgos extraordinarios, inexistentes en la anterior, habrá de solicitarse un nuevo consentimiento, a no ser que ello suponga una demora que coloque en grave peligro la salud del paciente"; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, Ejercicio de las profesiones sanitarias y delitos imprudentes, CuadDJ 2005-XVI, 17-49, señala que "podrá el médico actuar sin el consentimiento del paciente, como se adelantó, cuando exista riesgo para la salud pública, amparado por las eximentes de estado de necesidad o ejercicio legítimo de un oficio, pues a los profesionales sanitarios se dirige la Ley de autonomía del paciente, y en su cuerpo se tolera la citada posibilidad".

²⁶ Vid. DÍAZ VALCÁRCCEL, Luis M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 182; ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791, señala: "A mi modo de ver los criterios objetivos en caso de resultado favorable, y la intención de curar unida a la observancia de la *lex artis* en los de éxito infausto, excluirán el tipo de lesiones; sin perjuicio de que realizada la intervención sin el consentimiento del enfermo (...) deba reconocerse un ataque a la libertad. (...) En nuestro Código habríamos de acudir a las figuras de coacciones"; ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 287 s., 357; el mismo, El Médico, 1985, 48, 287 s., quien afirma que "el respecto a la libertad del paciente, evitando someterle a tratamientos coactivos (contra su voluntad), o a su libertad de conciencia cuando el tratamiento se oponga a las creencias religiosas o de otro tipo del paciente (por ejemplo, transfusiones de sangre a testigos de Jehová), son constantes a tener en cuenta por el médico para evitar incurrir en ulterior responsabilidad (delito de coacciones, art. 496; delitos contra la libertad de conciencia, artículos 205 y siguientes [scil. CP 1973/1944] (...)); JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 16; el mismo, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVER, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 167; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, El delito de coacciones, 2.^a ed., pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1983, 219 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español, PG, 18.^a ed., Madrid, Dykinson, 1995, 517; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 465 s.; el mismo, El consentimiento informado, en: MARTÍNEZ MARTÍN, Diego José (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 295 ss.; el mismo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169; CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 807 s.; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/ MOLINOS COBO, Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la

Algunos autores entienden que puede llegar a constituir un delito de detenciones ilegales²⁷, e incluso hay quien sugiere investigar la posible aplicación del delito de trato inhumano o degradante²⁸. Son pocos los que proponen la introducción del “tratamiento arbitrario” como tipo específico que sancione esta clase de intervenciones sanitarias²⁹, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos en los

profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada, Comares, 1997, 355, señalan que “a falta de tipificación concreta, nos inclinamos por considerar estos casos no como lesiones, puesto que no se atenta contra la salud objetivamente considerada (otra cosa es que el paciente, subjetivamente, considere que sí se ha dañado su salud, tal y como él la entiende), sino como un delito o falta de coacciones, al ser éste el tipo que más específicamente protege los bienes jurídicos de la libertad de obrar y de autodeterminación de la persona”; PALOU BRETONES, Antonio, Responsabilidad del personal sanitario, LL 1999-6, 1934-1957, 1939; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, Ejercicio de las profesiones sanitarias y delitos imprudentes, CuadDJ 2005-XVI, 17-49, 26; JERICÓ OJER, Leticia, Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, José Francisco/ARCOS VIEIRA, María Luisa (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, 364.

²⁷ Vid. ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 287, 357; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 465 s.; el mismo, El consentimiento informado, en: MARTÍNEZ MARTÍN, Diego José (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 295 ss.; el mismo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70.

²⁸ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70, cuando “en aquellos supuestos en que, sin emplearse violencia, se produzca un atentado a la autodeterminación que suponga al mismo tiempo afectación a la dignidad -lo que puede afirmarse caso de obtenerse el consentimiento mediante engaño, aunque no siempre cuando el paciente se halle inconsciente-”.

²⁹ Así, ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791, no llega a proponer la introducción de un tipo específico, pero deja entrever su valoración positiva al afirmar: “A mi modo de ver los criterios objetivos en caso de resultado favorable, y la intención de curar unida a la observancia de la *lex artis* en los de éxito infausto, excluirá el tipo de lesiones; sin perjuicio de que realizada la intervención sin el consentimiento del enfermo (...) deba reconocerse un ataque a la libertad. En los proyectos alemanes está prevista la figura delictiva del 'tratamiento arbitrario con fin de curar' § 162 del Proyecto de 1962) y en nuestro Código habríamos de acudir a las figuras de coacciones”; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164, para aquellos casos en los que la actividad médico-curativa obtiene un resultado exitoso que no implica menoscabo irreversible en la integridad física del paciente, pero que ha sido realizada sin su consentimiento, propone la creación de un “tipo intermedio”. Así, señala que en cualquier caso, de *lege ferenda*, sería defendible la existencia de un tipo intermedio, entre las coacciones y las lesiones, cuando se trata de intervenciones médico-quirúrgicas con finalidades curativas, con resultado favorable desde el punto de vista médico”; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 82 s., considera que “se puede cuestionar la idoneidad del tipo del delito de coacciones (art. 496) [*scil.* CP 1944/1973] para resolver la compleja cuestión de los diferentes supuestos -como sería el caso de intervención quirúrgica sobre un paciente, siendo ineficaz el consentimiento por falta de una información adecuada- del tratamiento médico arbitrario. De ahí que sería conveniente, de *lege ferenda*, establecer un tipo penal especial, intermedio entre el delito de lesiones y el de coacciones, ubicado

que no sólo existe pronunciamiento doctrinal al respecto sino que incluso se ha tratado de incorporar este tipo al ordenamiento jurídico-penal, o se ha introducido finalmente³⁰.

sistemáticamente en el ámbito de los delitos contra la libertad personal dedicado al tratamiento médico curativo arbitrario (...). De esta manera, se lograría no sólo clarificar una polémica doctrinal, sino también la necesaria adecuación y el oportuno reforzamiento de la protección jurídico-penal del derecho de autodeterminación (libertad personal) del paciente frente a la actividad médico-quirúrgica arbitraria”; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVER, José Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 167 s., repite “sin embargo, no será fácil adaptar los supuestos de tratamiento curativo sin el consentimiento del paciente a las exigencias típicas del citado art. 496 [*scil.* CP 1944/1973], pues éste se refiere a 'quien sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto'. Aun reconociendo la tendencia doctrinal a favor de la aplicación extensiva del art. 496 [*scil.* CP 1944/1973], minimizando el elemento de la violencia para proteger más intensamente la libertad, resultará difícil aplicar el tipo del delito de coacciones: así por ejemplo, en los casos de tratamiento curativo sin consentimiento válido del paciente porque se había obtenido mediante engaño o por faltar la información suficiente por parte del médico. Por todo ello, en contra de cierto sector de nuestra doctrina penal, puede entenderse que sería oportuno –algo que no se ha hecho en el CP de 1995- la incorporación a nuestro CP de un tipo penal específico, dentro de los delitos contra la libertad, dedicado al tratamiento médico curativo arbitrario”; RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español, PG, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, 496; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70, considera que cabe plantearse la introducción de un delito de tratamiento arbitrario ya que existirán numerosos supuestos que no se ajusten a la redacción típica del delito de coacciones del CP español, tales como “los supuestos de consentimiento obtenido mediante engaño o error, o aquéllos en los que no es posible recabarlos por encontrarse el paciente inconsciente, si no se recurre, o no puede hacerse en concreto, a la institución del consentimiento presunto. En aquellos supuestos en que, sin emplearse violencia, se produzca un atentado a la autodeterminación que suponga al mismo tiempo afectación a la dignidad –lo que puede afirmarse caso de obtenerse el consentimiento mediante engaño, aunque no siempre cuando el paciente se halle inconsciente- nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un precepto cuya aplicación cabe plantear en constelaciones de trato inhumano o degradante del art. 173.1 CP, o la homóloga falta de vejación injusta del art. 620.2º CP. Fuera de tales posibilidades de subsunción, que todavía no han sido suficientemente analizadas por la doctrina española, y que tampoco constituyen objeto preferente de estudio de este trabajo, cabe plantear la necesidad de introducción de un delito de tratamiento médico arbitrario”. JERICÓ OJER, Leticia, Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, José Francisco/ARCOS VIEIRA, María Luisa (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, 367, señala que “en mi opinión, podría ser útil la creación de un tipo específico, pero siempre y cuando se establecieran ciertas limitaciones, requiriendo por ejemplo una grave afectación al derecho de elección de terapia del paciente y siempre y cuando el médico no ofrezca ningún tipo de alternativa terapéutica”. Contra la creación del delito de tratamiento arbitrario en el CP español se manifiesta ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 288 s., “no existe por ello, la necesidad de crear un tipo especial que regule el tratamiento médico arbitrario; siempre que, si se me permiten propuestas *de lege ferenda*, se decida elevar la pena prevista actualmente en el art. 496 [*scil.* CP 1944/1973], a todas luces insuficiente para el desvalor que pueden suponer algunas coacciones, especialmente ésta a la que me estoy refiriendo”.

³⁰ En Alemania se muestran a favor de la creación e incorporación de un delito de tratamiento arbitrario, entre otros, GRÜNWALD, Gerald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73-1961, 5-44, 9; KAUFMANN, Arthur, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384, 374.; ESER, Albin, Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97-1985, 1-46, 19, para quien “si se quiere evitar esto [*scil.* la estigmatización excesiva del médico], no queda otro camino que separar la protección de la integridad corporal de un tipo contra el derecho de autodeterminación, es decir, junto al delito de lesiones crear un nuevo delito de 'tratamiento arbitrario'. Por más que esta discusión signifique

En Alemania, el StGB no recoge ahora, igual que no lo hizo antes, ningún precepto que excluya expresamente el tratamiento médico curativo del ámbito del delito de lesiones, y tampoco contempla un delito de tratamiento médico arbitrario. Éste es un hecho, cuando menos, sorprendente, ya que desde principios del siglo XX son numerosísimas las propuestas de reforma del CP alemán en las que se incluían preceptos destinados a modificar el paradigma de la regulación penal del tratamiento médico³¹. Se puede afirmar que en ningún otro país como en Alemania se han planteado tantos intentos por introducir el delito de tratamiento médico arbitrario y con él una visión distinta a la tradicionalmente imperante, al menos en la jurisprudencia de aquel país, del acto médico. Resulta sorprendente, además, que el desarrollo doctrinal que sirve de base para el planteamiento y discusión de los diferentes proyectos de CP en los que se exponen estas cuestiones, llevan a consagrar un modelo doctrinal general que ha sido recogido y sancionado positivamente en los más recientes Códigos penales, como el austriaco y el portugués, mientras que en su patria de origen no acaba de triunfar e imponerse en el Derecho positivo, que se resiste al cambio. Se ha señalado como responsable de la petrificación jurídicopenal en esta materia a los continuos y rápidos cambios en el sistema político alemán durante el pasado siglo, que coincide con el periodo de formación del sistema jurídico de aquel país, aunque la respuesta a las exigencias y necesidades

volver a tiempos pasados, no hay razón para permanecer más tiempo sin imponer este delito. Esto no significa resignarse. Ya que lo que el legislador austriaco logró también puede conseguirlo el alemán”; el mismo, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 27.^a, 2006, § 223 31; el mismo, Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 15; el mismo, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 482 s.; JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación, 2.^a ed., trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín/GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997, 14/6; SCHREIBER, Hans-Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713 ss., pone de manifiesto la oposición de la doctrina mayoritaria en Alemania a la posición adoptada por el BGH en relación con el tratamiento médico, y los continuos intentos por llevar a cabo una reforma del StGB para introducir el delito de tratamiento médico arbitrario; JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.^a ed. y adiciones MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.^a ed. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, Comares, 2002, 407. Desde Austria, ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 153, señala: “En mi opinión, la doctrina dominante referente a la situación profesional de los médicos, según la cual un tratamiento curativo correcto no es subsumible *a priori* en el tipo penal de lesiones, tiene como consecuencia, en el Derecho penal alemán, lagunas de punición en los tratamientos curativos realizados sin consentimiento. En cambio, en el Derecho penal austriaco, al separarse claramente ambos aspectos del bien jurídico no se producirán tales lagunas. Esta última consideración basta, a mi juicio, para poner de manifiesto que un ordenamiento jurídico que quiera proteger penalmente el derecho de libre disposición del paciente sólo lo logrará adecuadamente a través de la creación de un tipo penal autónomo que regule el tratamiento curativo realizado sin consentimiento. La exactitud de esta concepción resulta abonada por sus consecuencias prácticas”.

³¹ Se puede ver un análisis de cada una de las propuestas de reforma del StGB en este punto en SCHREIBER, Hans-Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 716 ss.

puestas de manifiesto por la doctrina, mediante nuevas regulaciones legales, debían haberse mantenido independientes de aquella evolución política³². También se podría apuntar como una de las causas del mantenimiento de esta regulación penal la situación vivida en Alemania durante el régimen nazi (1933-1945). Por una parte, el propio régimen nazi no estaría interesado en introducir un tipo penal como el del “tratamiento médico arbitrario” que al elevar a categoría autónoma la libertad de decisión sobre el propio cuerpo chocaría frontalmente con las políticas nacionales que afectaron a determinados grupos de personas. Por otra parte, la reacción ante los hechos vividos en el periodo nazi lleva a desconfiar de la intervención médica y, de alguna forma, a establecer medidas preventivas de protección que eviten lagunas de punibilidad sobre esta materia, de ahí que la intervención sanitaria sin el consentimiento del paciente se reconduzca al delito de lesiones³³. Desde 1911 todos los proyectos alemanes (§ 279 del proyecto de 1911; § 313 del proyecto de 1919; § 235 del proyecto de RADBRUCH de 1922; § 238 del proyecto de 1925; § 263 y § 287 del proyecto de 1927; § 419 y § 431 del proyecto de 1936; § 161 y § 162 del proyecto de 1962; § 123 del proyecto alternativo de 1970; § 229 y § 230 del proyecto de 1996)³⁴ convergen en la intención de recoger positivamente un

³² Cfr. STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 21.

³³ DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 425, señala que “la jurisprudencia establece, efectivamente, el equilibrio más ajustado entre los valores en conflicto, dando a la libertad personal la protección que el derecho positivo desconoce y la doctrina acaba, en general, por frustrar. Una protección que se irá volviendo particularmente significativa en las condiciones de vida de un periodo como el del dominio nazi. Durante el cual, y como BOCKELMANN acentúa, la jurisprudencia se constituye en eficaz trinchera contra las amenazas del totalitarismo terapéutico”.

³⁴ Una valoración pormenorizada sobre estos proyectos se puede ver en ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 389. Especialmente relevantes resultan los dos grandes proyectos de la década de los sesenta, tanto el proyecto de 1962 (§ 161 y § 162) y el proyecto alternativo de 1970 (§ 123). Respecto al proyecto de 1962, ROMEO CASABONA señala que “su intención innovadora es evidente, al decir el proyecto que 'toma aquí una fundamentación jurídica totalmente nueva'. Se hace significar que el bien jurídico protegido es el derecho de autodeterminación, que dice estar protegido en el párrafo 2.º de la Ley Fundamental, con lo que se pone de manifiesto su discordia con las directrices jurisprudenciales expuestas. Las modificaciones que han sufrido los párrafos 161 y 162 en relación con el de 1960 se refieren principalmente a una mayor especificación de la obligación del médico de informar y de los casos en que se puede intervenir sin consentimiento por no haber informado completamente sobre las circunstancias esenciales”. A continuación transcribo la traducción dada por ROMEO CASABONA a los citados artículos. El § 161 StGB-E 1961 dispone: “Tratamiento curativo. Las intervenciones y otros tratamientos, que estén indicados y sean realizados conforme a los conocimientos y experiencia de la ciencia médica y a los principios de un médico cuidadoso, con el fin de prevenir, diagnosticar, curar o aliviar enfermedades, dolores, molestias, trastornos corporales o alteraciones psíquicas, no son punibles por lesiones corporales”. El § 162 StGB-E 1961 establece: “Tratamiento arbitrario con finalidad curativa. 1. El que realice en otro sin su consentimiento una intervención u otro tratamiento con el fin de prevenir, diagnosticar, curar o aliviar enfermedades, dolores, molestias o trastornos corporales o alteraciones psíquicas, será castigado con prisión de hasta tres años, con arresto o con multa. 2. El hecho no será punible según el párrafo 1, cuando las circunstancias no fueren a suponer que el interesado no habría negado el consentimiento, y éste sólo pudiera ser obtenido con una dilación del tratamiento, que le habría puesto en peligro de muerte o de un daño grave en su cuerpo o su salud (147, párr. 2. y 3.). El hecho tampoco será punible según el párrafo 1,

nuevo régimen de las intervenciones médicas, basado en la distinción y contraposición de dos bienes jurídicos autónomos: la integridad física, por un lado, y la libertad o autodeterminación personal por otro, que reclamarían programas diferenciados de tutela penal y, por eso, incriminaciones propias, con específicas y no necesariamente sobrepuestas áreas de tutela³⁵. El último intento del legislador por introducir un Derecho especial positivo para el médico fue el 18 de junio de 1996 a través de la ponencia de la 6.^a Ley para la reforma penal (*Referentenentwurf zum 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*), que preveía un delito de tratamiento médico arbitrario (*Eigenmächtige Heilbehandlung*), en el § 229 StGB-E, junto con un delito que responsabilizaba al médico por una negligencia en el tratamiento curativo (*Fehlerhaften Heilbehandlung*), en el § 230 StGB-E. El § 230 StGB-E establecía: “1. Quien imprudentemente, debido a un error en el tratamiento, lesione la salud de otra persona, en el marco de un tratamiento cuyo objetivo coincide con el señalado en el apartado 1, punto 1 del § 229 StGB, será castigado con la pena de prisión de hasta 3 años o con pena de multa. 2. Lo mismo rige para los supuestos del apartado 2, punto 1, número 2 y punto 2 del § 229 StGB”. Como vemos, este

cuando el médico realice un tratamiento (parág. 161) a otra persona, sin que ésta haya consentido en el sentido del párrafo 1, porque no haya sido completamente informado antes sobre las circunstancias esenciales, pero 1. El interesado ha consentido al menos en que el médico le tome en tratamiento y, cuando deba realizarse una intervención, que efectúa dicha intervención; 2. Según los conocimientos y experiencia de la ciencia médica, el tratamiento es necesario para evitarle un peligro de muerte o de graves daños en su cuerpo o salud (parág. 147, párr. 2); 3. Una información completa al interesado comportaría unas consecuencias psíquicas tan graves que el éxito del tratamiento sería previsiblemente perjudicado sensiblemente; 4. Las circunstancias no fuerzan a suponer que ante una completa información el consentimiento sería denegado. 4. Si el autor obra con la errónea suposición de que concurren los presupuestos del párrafo 2 o del 3, y este error le es reprochable, será castigado con prisión de hasta dos años, con arresto o con multa. 5. El hecho sólo será perseguido por querrela. Si muriese el lesionado, el derecho de querrela pasará a los familiares, según el parágrafo 121, párrafo 2”. Por su parte, “en fechas posteriores, y como réplica al proyecto oficial, un grupo de juristas relevantes elabora otro proyecto de CP que ofrecen como alternativo al presentado por el gobierno (proyecto alternativo). El tratamiento curativo es aquí también merecedor de un precepto, pero sólo en lo que se refiere a la intervención curativa arbitraria (parág. 123). La apreciación de esta figura como un ataque a la libertad personal es aquí total: 1.º Ya no se estima necesario negar la tipicidad por lesiones corporales del tratamiento curativo ajustado a las reglas del arte; 2.º El tratamiento curativo arbitrario aparece regulado en el título dedicado a los delitos contra la libertad, después de las coacciones, etc., y no como figura especial independiente, y 3.º para que la manifestación de la voluntad del paciente sea válida se recoge la exigencia de la información previa, señalando al respecto unas directrices generales, punto este último que no había sido hasta entonces recogido en ningún proyecto gubernamental, aunque ya existieran precedentes doctrinales y jurisprudenciales. También suprime el casuismo de que adolecía el proyecto de 1962”. En la traducción proporcionada por ROMEO CASABONA, el § 123 StGB-AE de 1970 establece: “Intervención curativa arbitraria. 1. El que sin consentimiento realiza a otro una intervención curativa y actúa conforme los conocimientos y experiencias de la ciencia médica, será castigado... 2. El hecho sólo será perseguido mediante querrela. Si muere el lesionado, el derecho de querrela se transmitirá a sus parientes. 3. El hecho no será punible cuando el consentimiento sólo podría ser obtenido mediante una dilación en el tratamiento, que pondría al interesado en peligro de muerte o de lesión corporal grave, y las circunstancias no hacen suponer que el consentimiento sería denegado. 4. El consentimiento sólo será eficaz, cuando el que consiente haya sido informado sobre clase, alcance y consecuencias posibles del tratamiento que pudieran tener peso en la decisión de una persona prudente. Podrá prescindirse de la información, en cuanto fundamentara el peligro serio de un perjuicio considerable en la salud o en su estado psíquico”.

³⁵ Cfr. ESER, Albin, *Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht*, ZStW 97-1985, 1-46, 19.

artículo condicionaba la calificación del tratamiento médico como un delito de lesiones al hecho de que aquél fuese realizado imprudentemente, causando además un resultado lesivo al paciente. O expresado negativamente, un tratamiento médico no constituía, de entrada, un delito de lesiones. El concepto de tratamiento médico se limitaba a aquellas actividades que “tuviesen una influencia relevante para reconocer, curar, aligerar o prevenir en la persona o en su descendencia, enfermedades, daños, quejas o mal funcionamiento presentes o futuros”, según establecía el § 229.1 StGB-E. Este último artículo representaba una gran novedad respecto al StGB vigente, tanto por incluir un concepto de lo que habría de entenderse por tratamiento médico, como por regular un delito de tratamiento médico arbitrario, coincidente en su mayor parte con el § 162.1 StGB-E (1962). El § 229 StGB-E, disponía: “1. Quien sin el consentimiento eficaz de otra persona emprenda un tratamiento que tenga una influencia relevante para reconocer, curar, aligerar o prevenir en la persona o en su descendencia enfermedades, daños, quejas o mal funcionamiento presentes o futuros, afectando a la integridad corporal o al estado de salud, será castigado con la pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad irá de 6 meses a 10 años. Son casos especialmente graves, aquellos en los que el tratamiento: 1. Se trata de la prueba de un nuevo método, sin que éste se ofrezca en interés del tratamiento de la persona o de su descendencia, o 2. Bajo la ponderación entre la finalidad perseguida y el peligro que la persona tiene que soportar no existe justificación. 3. Ese hecho sólo se persigue a instancia de parte, excepto si, 1. Se trata del supuesto del apartado 2, número 2 de este mismo artículo o 2. Si la persona lesionada muere, la denuncia pasa a manos de los familiares”. Sin embargo, al igual que ocurrió con los proyectos anteriores, el esfuerzo por recuperar un tipo penal especial para el cuerpo médico fue rechazado en las comisiones de debate y la reforma del StGB se aprobó por el Parlamento alemán sin incluir finalmente los § 229 y § 230.

El legislador austriaco ha decidido incluir en el Derecho penal positivo un delito de tratamiento médico arbitrario, dando un paso que el legislador alemán no se ha atrevido a afrontar hasta la fecha y que ha provocado que la doctrina alemana dirigiese la vista, en las últimas décadas, hacia el modelo del país vecino, reclamando para sí una solución similar³⁶. Desde el 1 de enero de 1975, fecha en la que entra en vigor el öStGB de 29 de enero de 1974, se contempla en Austria una

³⁶ Resulta expresiva la reflexión de ESER, Albin, *Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht*, ZStW 97-1985, 1-46, 19: “Lo que ha tenido un resultado favorable para el legislador austriaco, también debe ser posible para el alemán”; el mismo, *Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 15; STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 26, señala que “los tipos de ‘tratamiento médico arbitrario’ (*eigenmächtigen Heilbehandlung*) (§ 110 öStGB, dentro de los delitos contra la libertad) y el tipo de ‘delito de lesiones imprudente’ (*fahrlässigen Körperverletzung*) (§ 88 öStGB, dentro de los delitos contra la integridad física) pueden ser incorporados en el StGB de forma análoga al modelo característico del öStGB. En particular toda la experiencia austriaca sería útil en la discusión sobre el tema en Alemania”.

regulación jurídicopenal especialmente dirigida al médico³⁷. Son dos los preceptos que contienen una previsión legal específica para aquellos supuestos en los que la actividad realizada sobre un sujeto se pueda encuadrar en el concepto de tratamiento médico curativo. Por una parte el § 88 öStGB dispone: “1. Quien imprudentemente lesiona el cuerpo o menoscaba la salud de otro, es castigado con la pena de prisión de hasta tres meses o con multa de 180 días. 2. Si el autor del hecho no incurre en imprudencia grave y se da alternativamente alguna de las siguientes situaciones: 1. La persona lesionada se encuentra en una relación de parentesco en línea ascendente o descendente, es su consorte, pareja de hecho, su hermano o hermana o guarda una relación de las referidas en el § 72.2, 2. El daño a la salud o discapacidad no tiene más de quince días de duración. 3. El autor es un miembro de una profesión sanitaria regulada legalmente (...)”. Por otra parte, el § 110 öStGB establece: “1. Quien trate a otra persona sin su consentimiento pero de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, será castigado con la pena de prisión de hasta seis meses o multa de hasta 360 días. 2. En el supuesto de que el autor no haya pedido el consentimiento del sujeto que es tratado, considerando que la vida o la salud hubiesen sido puestas gravemente en peligro por la demora en la aplicación del tratamiento, será castigado con la pena del apartado primero sólo si el hipotético peligro no hubiese existido realmente y el autor pudiese haberlo sabido utilizando el cuidado necesario para ello (§ 6). 3. El autor sólo es perseguible por un tratamiento arbitrario por demanda privada”. Se privilegia al médico respecto a otros sujetos cuando se trata de determinar su responsabilidad penal por un delito de lesiones, ya que se limita dicha responsabilidad a aquellos supuestos en los que la lesión causada revele una especial gravedad. La descriminalización parcial que constituye el § 88.2.2 öStGB refleja satisfactoriamente la dificultad que entraña el ejercicio de la actividad médica³⁸. No

³⁷ ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 150, advierte: “El tipo penal del tratamiento curativo realizado sin autorización no constituye en el Derecho penal austriaco ningún logro de la reforma penal (el nuevo CP austriaco entró en vigor el 1-1-1975); ya el antiguo § 499 a) era de contenido similar, y se tomó como punto de referencia en la reforma penal. Además, como en Austria –a diferencia de lo que sucedió en la República Federal de Alemania– se reformó toda la Parte especial, pudo decidirse la ubicación sistemática del precepto según el bien jurídico protegido, entre los delitos contra la libertad”.

³⁸ Se refiere a esta especial previsión del öStGB, ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 151 s., señalando que “según el § 88 párrafo 2.2 CP austriaco, el médico que en el ejercicio de su profesión cause lesiones por imprudencia, quedará impune de no concurrir culpabilidad grave, siempre que no resulte una lesión de la salud ni una incapacidad laboral que dure más de 14 días. Esta situación privilegiada de que gozan los médicos (siempre que se trate de lesiones imprudentes) en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia es única: a ningún otro grupo profesional se le reconoce una prerrogativa similar. El fundamento político-legal de este principio reside en el específico riesgo a que están expuestos los médicos en el ejercicio de su profesión. Desde el punto de vista dogmático estamos frente a hechos que presentan un desvalor de acción y un desvalor de resultado disminuidos, y desde la perspectiva político-criminal, el imperativo del § 88 párrafo 2 (que además contempla otros supuestos, por ejemplo, en el n.º 1 regula el caso de que la persona lesionada sea pariente en línea ascendente o descendente del sujeto activo) tiene importan-

obstante, el privilegio legal está sujeto al cumplimiento de unos requisitos objetivos que aparecen tasados en el precepto anterior. En primer lugar, el autor del menoscabo a la salud o de la lesión corporal ha de ser un profesional sanitario. Es interesante advertir que el legislador austriaco no se limita, en la literalidad de la norma, al médico, sino que amplía el espectro de alcance de esta disposición a los demás profesionales sanitarios, siempre y cuando la actividad que ejercen esté regulada legalmente como tal. Además, la lesión debe haber sido consecuencia de un tratamiento resultante del ejercicio profesional, y el resultado producido en el paciente ha de ser de menor entidad. Por su parte, el § 110 öStGB contempla la regulación del tratamiento médico arbitrario. Resulta llamativo, que a diferencia de lo que sucede en el § 88.2.3 öStGB, en este caso no se limite la condición de sujeto activo al médico o al profesional sanitario, ya que el término “quien” (*wer*) otorga a este precepto la condición de delito común, aparentemente abierto a la posibilidad de que cualquier persona lo lleve a cabo. También es interesante destacar el hecho de que se tipifica tanto la conducta dolosa, en la que el médico consciente e intencionadamente procede a tratar al paciente sin su autorización, como la conducta imprudente, en la que incurre el profesional sanitario debido a un error vencible sobre los presupuestos de hecho de una posible causa justificante. De este § 110 öStGB se puede criticar la levedad de las penas previstas para una conducta que se revela especialmente grave como es el intervenir sobre el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Esta apreciación puede ser resultado de una observación del citado artículo en términos absolutos, o bien comparándola con las penas previstas para este mismo delito en el CP portugués, pero un análisis sistemático del § 110 öStGB, es decir, un análisis comparativo con otros preceptos del propio CP austriaco nos revela que se trata de penas similares a las previstas para los propios delitos de lesiones, ya que en el tipo básico de lesiones, § 83 öStGB³⁹, se prevé una pena de, como máximo, un año de prisión, si ha mediado dolo, mientras que cuando la lesión es cometida imprudentemente el § 88 öStGB⁴⁰ le asigna una pena de, a lo sumo, 3 meses de prisión. Por último, hay que señalar que los estudios criminológicos demuestran que desde la entrada en vigor del delito de tratamiento médico arbitrario como un delito privado mediante el § 110 öStGB ha descendido el índice de hechos denunciados y no ha habido sentencias condenatorias de profesionales sanitarios por esta causa⁴¹.

cia por cuanto constituye un ejemplo de despenalización sectorial. Así pues, el legislador reconoce excepciones al principio general de punición de las lesiones imprudentes, en atención a determinadas consideraciones específicas. Se trata de un importante criterio político-criminal en la línea de las tendencias despenalizadoras, que permite una exclusión no total, sino parcial de la protección penal de un bien jurídico por determinadas razones político-criminales”.

³⁹ El § 83.1 öStGB dispone: “Quien lesione el cuerpo o menoscabe la salud de otro, es castigado con la pena de prisión de hasta 1 año o multa de 360 días”.

⁴⁰ El § 88.1 öStGB establece: “Quien lesione el cuerpo o menoscabe la salud de otro es castigado con la pena de prisión de hasta 3 meses o multa de 180 días”.

⁴¹ Cfr. STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 27.

El modelo portugués destaca por su singular regulación positiva del Derecho penal médico, hasta el punto de constituir en esta materia una suerte de isla en el océano de los ordenamientos jurídicos europeos. El legislador portugués se adhiere a la doctrina según la cual el tratamiento médico indicado, realizado conforme al estado de la ciencia y con finalidad curativa, no puede ser comprendido como delito de lesiones, a pesar de que finalmente el resultado sea contrario a lo inicialmente esperado o no satisfaga las expectativas, con independencia, además, de que haya mediado o no el consentimiento del paciente. Prueba de ello es que, a diferencia de lo que ocurre en la práctica totalidad de los Códigos penales europeos, en los que es el intérprete el que debe argumentar, atendiendo a la concreta redacción adoptada por el delito de lesiones en cada uno de ellos, si el tratamiento médico curativo constituye una conducta, de entrada, subsumible en el tipo de lesiones o no, en el CP portugués el propio legislador, inmediatamente después de la tipificación del delito de lesiones (arts. 143 ss.), introduce un precepto, a través del art. 150 CP portugués, dirigido exclusivamente a definir el concepto de tratamiento médico y a consagrar positivamente su naturaleza atípica en lo que respecta a la protección de la salud e integridad física, cerrando las puertas de manera casi definitiva a las dudas y controversias que sobre el asunto se pudiesen plantear. El art. 150, incluido por primera vez en el CP portugués de 1982 (aprobado por Decreto-Ley n.º 400/82, de 23 de Septiembre)⁴², representa “una renovación del Derecho penal portugués, alejándose así, del entendimiento tradicional de la doctrina y jurisprudencia nacionales, que sostenían la calificación invariable de la intervención médico-quirúrgica como lesión corporal típica, cuya ilicitud sólo podría ser superada, en la vigencia del CP de 1852, invocando el 'ejercicio de un derecho' (art. 44.4), una causa de justificación que dependía, en concreto, del consentimiento del paciente”⁴³. La revisión a la que el CP de 1982 se ve sometido por medio del De-

⁴² El art. 150 CP portugués de 1982, en su primera versión, establece: “1. Las intervenciones y otros tratamientos que, según el estado de los conocimientos y de la experiencia de la medicina, se muestren indicados y fuesen llevados a cabo, de acuerdo con las *leges artis*, por un médico u otra persona legalmente autorizada para ejecutarlos con intención de prevenir, diagnosticar, vencer, o aminorar una enfermedad, un sufrimiento, una lesión o fatiga corporal o una perturbación mental no se consideran lesiones corporales. 2. Si de la violación de las *leges artis* resultare un peligro para el cuerpo, la salud o la vida del paciente, el agente será castigado con prisión de hasta 2 años. 3. El procedimiento criminal depende de queja”.

⁴³ DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 451, también señala que el art. 150 CP 1982 supone una reacción frente a los proyectos que lo anteceden. “El texto definitivamente convertido en Ley presenta desviaciones no poco relevantes en relación con las propuestas constantes del proyecto de E. CORREIA (1966, artículos 160 y 163). Que, si no ponen en duda la continuidad con el horizonte material-axiológico y el programa político-criminal diseñados por el proyecto, dan lugar a decisivas aclaraciones. Y esto en un sentido doble: En primer lugar, en el sentido de un explícito y consecuente reconocimiento al significado ético-social del acto médico, que lo separa frente a la conducta del navajero. De acuerdo con el Proyecto (artículo 162, n.º 2) sería aún punible por ofensas corporales el médico que interviniese contra la voluntad del paciente: incluso en el caso de tratamiento médico indicado, realizado conforme a las *leges artis* y plenamente conseguido. En segundo lugar, en el sentido de un consolidado triunfo de la construcción social de la realidad que hace posible la elevación de la autodeterminación

creto-Ley n.º 48/95, de 15 de Marzo, no afecta en lo sustancial al n.º 1 del art. 150⁴⁴, que permanece invariable hasta la modificación introducida por la Ley n.º 65/98, de 2 de Septiembre, quedando su redacción como sigue: “1. Las intervenciones y los tratamientos que, según el estado de los conocimientos y de la experiencia de la medicina, se mostrasen indicados y fuesen llevados a cabo, de acuerdo con las *leges artis*, por un médico o por otra persona legalmente autorizada, con intención de prevenir, diagnosticar, vencer o reducir una enfermedad, sufrimiento, lesión o malestar corporal, o perturbación mental, no se consideran menoscabo de la integridad física”. Esta concepción del tratamiento médico no significa que la actividad de los profesionales sanitarios quede al margen del control jurídicopenal; al contrario, el legislador portugués contempla una serie de previsiones típicas que amplían considerablemente la intervención penal en este ámbito. Por una parte, en el marco de los delitos contra la integridad física y contra la vida, el art. 150.2 CP portugués dispone: “Las personas indicadas en el número anterior que, a la vista de las finalidades en él apuntadas, realizasen intervenciones o tratamientos violando las *leges artis* y creasen, de ese modo, un peligro para la vida o un peligro de grave lesión para el cuerpo o para la salud serán castigadas con la pena de prisión de hasta dos años o con la pena de multa de hasta 240 días, siempre que no les corresponda una pena más grave atendiendo a otra disposición legal”⁴⁵. Este peculiar

personal del paciente a la categoría de valor autónomo, digno y falto de tutela. Así, también en materia de intervenciones médico-quirúrgicas se refleja la distancia que, en el dominio de los crímenes susceptibles de acuerdo, separa, en general, el CP de 1982 de los textos preparatorios. Puniendo las intervenciones sin consentimiento, la verdad es que el Proyecto de 1966 no asumía consecuentemente el propósito de tutelar, como bien jurídico, una expresión autónoma de libertad personal, inscribiendo la incriminación en el capítulo de las infracciones contra la integridad física”. Sobre esta cuestión, matizando las palabras anteriores, MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 7.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1994, 416, señala: “Se regula ahora en la Ley penal general el régimen penal de las intervenciones y tratamientos médico-quirúrgicos, en moldes que, en sus líneas generales de fondo, no se alejan de los que ya habían sido consagrados entre nosotros por la doctrina y hasta por algunas leyes. (...) El autor del proyecto, Prof. EDUARDO CORREIA, en la aludida sesión de la Comisión Revisora [scil. 5.ª sesión de la Comisión Revisora, de 26 de marzo de 1966, en la que se discute el n.º 1 del art. 162 del Proyecto de PE de CP], resumió las soluciones que fueron dadas al problema del tratamiento jurídico de las intervenciones médicas con estas palabras: ‘Según lo que dicen unos, las intervenciones médicas no caben en el tipo de las lesiones corporales o de homicidio; según otros, las intervenciones son típicas pero les asiste una causa de justificación basada en el consentimiento; todavía según otros, las intervenciones médicas están abarcadas por el ejercicio de un derecho profesional de los médicos. La última solución repugna, por representar una entrega total de esta materia a criterios médicos. La segunda es insuficiente, en la medida en que mantienen el carácter típico de las intervenciones médicas. Sólo nos queda la primera solución”.

⁴⁴ El art. 150.1 CP portugués, tras la modificación introducida por Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de Marzo, dispone: “Las intervenciones y los tratamientos que, según el estado de los conocimientos y de la experiencia de la medicina, se mostrasen indicados y fuesen llevados a cabo, de acuerdo con las *leges artis*, por un médico o por otra persona legalmente autorizada, con intención de prevenir, diagnosticar, vencer o aminorar enfermedad, sufrimiento, lesión o malestar corporal, o perturbación mental, no se consideran menoscabo de la integridad física”.

⁴⁵ Se trata de un delito de peligro concreto que figuraba en el CP portugués de 1982. La reforma llevada a cabo por el Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de Marzo suprime este delito, con lo que la infracción de la *lex artis* pasaba a ser típica sólo si producía un resultado lesivo para la salud del paciente, o su muerte. La reforma introducida por la Ley n.º 65/98, de 2 de Septiembre lo recupera para incluirlo nuevamente en el CP portugués.

precepto, sometido a una importante controversia ya antes de su nacimiento⁴⁶, que carece de otros equivalentes en los CP de su entorno, supone adelantar las barreras punitivas hasta el punto de abarcar los tratamientos médicos que no hayan llegado a producir un resultado lesivo o la muerte del paciente. Basta para su castigo que “el médico u otra persona legalmente autorizada” hayan puesto en peligro la vida o la salud del paciente en el marco de un tratamiento médico, siendo relevante el hecho de apartarse en su actuación de las reglas incluidas en la *lex artis*. Se trata de un delito de peligro concreto reintroducido por la Ley n.º 65/98, de 2 de Septiembre, mediante el cual, como señala VAZ RODRÍGUEZ, “el legislador quiere ampliar intencionadamente el arsenal de medios punitivos de los ilícitos imputables a los médicos. La exigencia se justifica en términos individuales y colectivos. En términos individuales, se salvaguarda la exigibilidad del empleo de diligencia en el desarrollo de la actividad. En términos colectivos, las necesidades sobre las que se extienden los servicios de salud implican, hoy en día, una progresiva complejidad que incluye medios humanos y estructuras de dimensiones crecientes. Uno de los efectos de esta realidad parece reflejarse en la relación entre el paciente y el agente médico. Ante aquél surge en menos ocasiones un agente médico visible y tutelar de la actuación profesional y cada vez más una pluralidad de personas que se suceden en el respectivo proceso. Frente al consecuente distanciamiento, el legislador ha querido oponer una creciente responsabilidad por los riesgos inherentes para el paciente”⁴⁷. La duda que suscita este artículo es si exige el dolo del médico en la realización de la conducta o basta la imprudencia. Lo primero supondría, en mi opinión, limitar enormemente su aplicación al ser extremadamente difícil identificar en la práctica médica supuestos en los que el médico o el profesional sanitario infrinja, a sabiendas, la *lex artis*, con la finalidad, además, de situar al paciente en una situación de peligro para su vida o su salud. Por otra parte, resulta complicado, con el principio de legalidad en la mano, admitir la forma imprudente para su punición, pues el art. 150.2 CP portugués no tipifica expresamente la realización imprudente de esta conducta, cuando el art. 13 CP portugués consagra un sistema

⁴⁶ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 18.ª ed., Coimbra, Libraria Almedina, 2007, 514, señala que “los n.º 2 y 3 de la versión original del art. 150 del Código no constaban en el proyecto inicial (de 1966), pero ya se incluían en la Propuesta de Ley n.º 221/I. Habían sido eliminados en la revisión mencionada anteriormente [*scil.* Dec.-Lei n.º 48/95, de 15 de Março], y por razones fundadas: este artículo consagra un caso en que no es posible formular un juicio de censura y por eso el n.º 2, subordinado a la intención de prevenir, diagnosticar, vencer o aminorar una dolencia, un sufrimiento, una lesión o malestar corporal o una perturbación mental no podía, dentro de la hermenéutica del Código y de principios indeclinables que perfiló, configurar ninguna infracción penal, siendo por eso aberrante”. Posteriormente, la Ley n.º 65/98, de 2 de Septiembre, lo recupera y vuelve a incluirlo en el CP portugués en términos prácticamente idénticos a la versión original recogida en el CP portugués de 1982. Un estudio detenido de este precepto se puede encontrar en SILVA DIAS, Augusto, Direito penal. Parte especial. Crimes contra a vida e a integridade física, 3.ª ed., Lisboa, aafdl, 2009, 113 ss.

⁴⁷ VAZ RODRIGUEZ, João, O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), pról. DE OLIVEIRA, Guilherme, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 60.

de *numerus clausus* en relación con los delitos imprudentes, exigiendo su tipificación expresa, al disponer “sólo es punible el hecho realizado con dolo o, en los casos especialmente previstos en la Ley, con negligencia”. Si el sujeto activo actúa dolosamente, lo que como ya he señalado es extraño en relación con tratamientos médicos curativos, será de aplicación el art. 143 CP portugués⁴⁸, cuando se trate de lesiones simples, el art 144 CP portugués⁴⁹ para las lesiones graves, y el art. 145 CP portugués⁵⁰ reserva una cualificación de la pena para supuestos especialmente graves. En el caso de que el tratamiento o la intervención médica que producen un resultado lesivo para el paciente fuesen realizados imprudentemente, será de aplicación el art. 148 CP portugués⁵¹, en cuyo apartado 2 se recoge la posibilidad de que el tribunal dispense de pena al sujeto activo precisamente por su condición de médico cuando la lesión causada sea levisima. Por otra parte, la inclusión del art. 150 CP portugués relega al ostracismo cualquier intento de configurar el consentimiento del paciente como una causa de justificación del tratamiento o intervención médica curativa, pues ya el propio legislador se encarga de destipificar expresamente esa conducta. Esta decisión legislativa, por sí sola, podría suponer desequilibrar la relación médico-paciente, a favor del primero, dejando a este último sometido a las decisiones de aquél, consagrando como supremo, en definitiva, el principio del “privilegio terapéutico”, al desposeer al paciente de la única “arma” de protección que posee: su palabra. Tal peligro se ve más que conjurado cuando el legislador decide elevar a la categoría de bien jurídico protegido autónomo la libertad personal de decisión del paciente sobre su propio cuerpo y salud a través del art.

⁴⁸ Art. 143 CP portugués establece: “1. Quien menoscabe el cuerpo o la salud de otra persona es castigado con la pena de prisión de hasta 3 años o con la pena de multa. 2. El procedimiento criminal depende de demanda, salvo cuando la lesión sea cometida contra agentes de las fuerzas y servicios de seguridad, en el ejercicio de sus funciones o por su causa. 3. El tribunal puede dispensar de pena cuando: a) Haya habido lesiones recíprocas y no se haya probado cuál de los contendientes agredió primero; o b) El agente haya ejercido únicamente ejercicio del derecho de retorsión sobre el agresor”.

⁴⁹ Art. 144 CP portugués: “Quien ofenda el cuerpo o la salud de otra persona de forma que: a) Lo prive de un órgano o miembro importante, o lo desfigure grave y permanentemente; b) Anule o afecte, de manera grave, la capacidad de trabajo, las capacidades intelectuales o de procreación, o la posibilidad de utilizar el cuerpo, los sentidos o el lenguaje; c) Le provoque enfermedad particularmente dolorosa o permanente, o anomalía psíquica grave o incurable; o d) Provoque un peligro para la vida; será castigado con la pena de prisión de 2 a 10 años”.

⁵⁰ Art. 145 CP portugués: “1. Si las ofensas a la integridad física fuesen producidas en circunstancias que revelen conducta especialmente censurable o perversa del agente, éste es castigado a) con la pena de prisión hasta cuatro años en el caso del artículo 143; b) con la pena de prisión de 1 a 5 años en el caso del n.º 2 del artículo 144. A; c) con la pena de prisión de 3 a 12 años en el caso del artículo 144 y del n.º 1 del artículo 144. A; 2. Son susceptibles de revelar conducta especialmente censurable o perversa del agente, entre otras, las circunstancias previstas en el n.º 2 del artículo 132”.

⁵¹ Art. 148 CP portugués: “1. Quien, por negligencia, lesione el cuerpo o la salud de otra persona, es castigado con la pena de prisión de hasta 1 año o con pena de multa de hasta 120 días. 2. En el caso previsto en el número anterior, el tribunal puede dispensar de pena cuando: a) El agente fuese médico en el ejercicio de su profesión y del acto médico no resultase enfermedad o incapacidad para el trabajo de más de 8 días; o b) De la lesión no resultase enfermedad o incapacidad para el trabajo de más de 3 días. 3. Si del hecho resulta lesión a la integridad física grave, el agente será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa de hasta 240 días. 4. El procedimiento criminal depende de la queja del lesionado”.

156 CP portugués, que dispone: “1. Las personas indicadas en el artículo 150 que, en vista de las finalidades en él apuntadas, realicen intervenciones o tratamientos sin el consentimiento del paciente son castigadas con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa. 2. El hecho no es punible cuando el consentimiento: a) Sólo pueda ser obtenido con un retraso que implique peligro para la vida o peligro grave para el cuerpo o para la salud; o b) Haya sido dado para cierta intervención o tratamiento, habiendo venido a realizarse otro diferente por haberse revelado impuesto por el estado de los conocimientos y de la experiencia de la medicina como medio para evitar un peligro para la vida, el cuerpo o la salud; y no se verifiquen circunstancias que permitan concluir con seguridad que el consentimiento sería recusado. 3. Si, por imprudencia grave, el agente se representa falsamente los presupuestos del consentimiento, es castigado con la pena de prisión de hasta 6 meses o con la pena de multa de hasta 60 días. 4. El procedimiento criminal depende de queja del afectado”.

La ubicación sistemática dentro del CP portugués del delito de tratamiento arbitrario, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica *Dos crimes contra a liberdade pessoal* (“De los crímenes contra la libertad personal”), inmediatamente después del delito de coacciones (arts. 154 y 155 CP portugués) y antes del secuestro (art. 158 CP portugués), no deja lugar a dudas sobre el bien jurídico protegido en este delito, la libertad personal, si bien referida a la disposición de la salud y la propia vida, respecto de la cual, la manifestación del consentimiento para someterse a una intervención médica constituye el ejercicio de ese derecho, y la salvaguarda de aquel bien jurídico⁵². Las intervenciones y los tratamientos que se corresponden al ejercicio consciente de la actividad médico-quirúrgica no constituyen lesiones corporales, pero pueden ser incriminados como tratamientos arbitrarios. Este modelo doctrinal general, ha sido acogido en las más recientes codificaciones penales, destacando la austriaca (§ 110 öStGB) y la portuguesa (art. 150, 158 y 159 CP portugués), por ventura la tentativa más acabada de consagración legal⁵³. En definitiva, como afirma VAZ RODRÍGUEZ, “la materia de la actuación médica posee en

⁵² MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 18.^a ed., Coimbra, Libraria Almedina, 2007, 532 s., indica que “el texto del art. 156 CP portugués actual fue introducido como resultado de la revisión del Código llevada a efecto por el Decreto-Lei n.º 48/95, e 15 de Março. Se corresponde con el art. 158 de la versión original del Código, la cual, a su vez se correspondía con el art. 163 del Proyecto de PE de CP de 1966, discutido en la 5.º sesión de la Comisión Revisora, el 26 de marzo del mismo año. Más allá de las diferencias formales, en relación con la versión original destacan las siguientes: Permaneció explícito, a través de la alternativa 'o', que las causas de exclusión de la ilicitud establecidas en las líneas del n.º 2 son alternativas, funcionando cumulativamente con la no verificación de las circunstancias establecidas en la parte final del mismo n.º 2. Fue eliminado el n.º 3 de la versión original. No se produce sin embargo alteración del régimen o de las soluciones, puesto que lo que en ese número se disponía era manifestación de la norma general del art. 31.1 CP portugués. En cuanto al actual n.º 3, se pune sólo la negligencia grave, mientras que en el n.º 4 de la versión original se punían todas las modalidades de negligencia”.

⁵³ Vid. DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 418.

la redacción actualizada del CP portugués una regulación integrada y complementaria, cuyo resultado se manifiesta especialmente en un triángulo normativo constituido por los arts. 150, sobre intervenciones y tratamientos médico quirúrgicos; 156, sobre intervenciones y tratamientos médico-quirúrgicos arbitrarios; y 157⁵⁴, sobre el deber de información⁵⁵.

2. *El concepto bidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones*

Frente a la concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, otra postura lo entiende en una doble dimensión. Obviamente, la integridad física y/o la salud son objeto de protección, pero al mismo tiempo y de forma inseparable lo será el derecho de disposición sobre esos bienes⁵⁶. Desde este punto

⁵⁴ Art. 157 CP portugués: “A efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento sólo es eficaz cuando el paciente haya sido debidamente informado sobre el diagnóstico y la índole, alcance, envergadura y posibles consecuencias de la intervención o del tratamiento, salvo si eso implica la comunicación de circunstancias que, al ser conocidas por el paciente, pondrían en peligro su vida o fuesen susceptibles de causarle un grave daño a la salud, física o psíquica”. Según MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 18.ª ed., Coimbra, Libraria Almedina, 2007, 534, “el texto de este artículo es resultante de la revisión del Código llevada a cabo por el Decreto-Lei n.º 48/91, de 15 de Março. No introduce modificaciones relevantes respecto a su homónimo, el art. 159 de la versión original del CP portugués, de 1982, que tiene por fuente, a su vez, el apartado b) del art. 163.2 del Proyecto de PE de CP de 1966, discutidas en la 5.ª sesión de la Comisión Revisora, el 26 de marzo del mismo año. Se trata de la regulación de más aspectos de las particularidades del consentimiento del paciente en los tratamientos e intervenciones médico-quirúrgicos, en donde el Código es más minucioso que la generalidad de la legislación comparada, reproduciendo en la Ley general las enseñanzas de la doctrina autorizada en la especialidad”.

⁵⁵ VAZ RODRIGUEZ, João, O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), pról. DE OLIVEIRA, Guilherme, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 58.

⁵⁶ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 469; el mismo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171, afirma que “la noción del bien jurídico que aparece protegido por el delito de lesiones, será particularmente importante a la hora de resolver esta cuestión. El bien jurídico protegido por el delito de lesiones ha sido formulado y matizado en forma no siempre unánime por la doctrina, si bien, cabe afirmar que, en la actualidad, hay bastante conformidad en reconocer que la salud, englobando en este término tanto la física como la psíquica, es el bien jurídico protegido. Compartimos esa idea, si bien consideramos que la autodeterminación, la capacidad de disposición es, asimismo, bien jurídico protegido en el delito de lesiones”. A pesar de esta afirmación, la ubicación doctrinal de este autor no está clara, ya que con posterioridad sostiene que “si el médico actúa contra la voluntad del paciente (tratamiento médico arbitrario), entonces, su conducta podrá ser subsumida en el tipo de coacciones o en el de detenciones ilegales”, cuando en coherencia con su concepción del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, el tratamiento médico arbitrario debería subsumirse en éste último. de ahí que sus opiniones se recojan también en el grupo anterior; se puede decir lo mismo de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 23, 36, 40, quien parece entender que en el delito de lesiones se protege la salud y la capacidad de disposición de la misma al señalar que “en el marco del modelo de sociedad, que corresponde al Estado constitucionalmente consagrado, es básico, en relación con el bien jurídico salud, el que la tutela penal no quede circunscrita a la mera garantía del soporte material de ésta, sino que también comprenda el ejercicio de la capacidad de disposición sobre el mismo. Es decir, el bien jurídico protegido, el presupuesto de participación en el sistema que es la salud personal, está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud y el soporte material de la misma. Este contenido del bien jurídico salud es resultado de la vigencia del texto constitucional, e impone, necesariamente, la revisión de la solución dada a algunos de los puntos claves de la actual

regulación de las lesiones. El que sea fundamental al mismo la capacidad de disposición sobre la propia salud determina (...) que la concurrencia del consentimiento del lesionado excluya la tipicidad del comportamiento y que, por tanto, la materialización de una conducta típica en las lesiones deba suponer, necesariamente, una incidencia negativa tanto sobre el soporte material de la salud como sobre la capacidad de disposición sobre el mismo”; “si en un tratamiento con resultado negativo, concurre el consentimiento del paciente y la actuación del médico se ajusta a los límites a los que el enfermo ha prestado su conformidad, pese al menoscabo producido en el soporte material del bien jurídico al haberse disminuido o condicionado, temporal o definitivamente, sus posibilidades de participación en el sistema social, no puede afirmarse que se haya producido una lesión del bien jurídico tutelado, pues éste es la suma de objeto de disposición y libertad de disposición, y en este caso el menoscabo se habría circunscrito al primero, pero en ningún caso habría comprendido al segundo desde el momento en que el paciente ha prestado su conformidad. Por el contrario, en los casos en que el resultado negativo se ha originado sin la concurrencia del consentimiento del paciente, sí que se produce una lesión del bien jurídico tutelado en las lesiones, pues se incide negativamente tanto sobre la libertad de disposición como sobre el objeto de disposición. En estos casos la cuestión de su relevancia o irrelevancia jurídicopenal debe plantearse, en primer término, en función de la postura que se mantenga sobre la naturaleza del tipo”; “está fuera de toda duda que los casos en que el tratamiento no se acomode a la *lex artis*, e imputable a esta falta de cuidado se produzca un resultado negativo a la salud, deben ser considerados como delitos de lesiones imprudentes, salvo que el paciente haya consentido en el riesgo, pues el peligro, que para el bien jurídico tutelado supone la realización de una acción falta de cuidado, se ha concretado en un menoscabo del bien jurídico. Si, por el contrario, el resultado negativo es causado por un tratamiento que se acomoda a la *lex artis*, pero que se realiza sin el consentimiento del paciente, determinaría la lesión del bien jurídico libertad personal y como tal sería una conducta típica. (...) El bien jurídico tutelado en las lesiones es único: la salud personal, entendida como una de las condiciones previas, que posibilitan la participación del individuo en el sistema social. En el actual modelo de Estado el contenido del bien jurídico salud debe comprender tanto el cuerpo humano y su normal funcionamiento, como la capacidad de disposición sobre el mismo. Este contenido del bien jurídico tutelado y la postura mantenida en la naturaleza del tipo de injusto sirven para dar una respuesta a los problemas penales del tratamiento médico. En los casos de tratamiento exitoso no hay lesión del bien jurídico tutelado en cuanto se incide positivamente sobre la salud. En los casos de resultado negativo, la concurrencia del consentimiento del paciente excluye la lesión del bien jurídico tutelado, pues se ejercita la capacidad de disposición sobre el mismo. Si se produce un resultado negativo y no concurre el consentimiento del paciente, se lesiona el bien jurídico tutelado, y se presenta, en relación con el delito de lesiones, un problema de imputación objetiva, en el que es factor decisivo el que la actuación del médico se haya acomodado o no a la *lex artis*”; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del ts de 14 de marzo de 1979), ADPCP 1979, 491-500, 499, en relación con un caso de transfusión de sangre a una paciente testigo de Jehová, concluye que “una agresión física que provoca riesgos para la salud y no procede de quien se encuentra en estado de necesidad sino de un tercero, realizada contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del n.º 7 del art. 8, aunque se realice para evitar otro mal, incluso la muerte, por falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social como es la necesidad de respeto a la voluntad ajena y la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, le practica una transfusión de sangre para salvar su vida comete un atentado contra la libertad (si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la eximente de estado de necesidad”; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, PJ 12-1990, 147-162, 151, 157, indica que “las transfusiones de sangre practicadas contra el consentimiento del paciente (real o presunto) realizan el tipo de las lesiones corporales (sea del delito o de la falta) y no el de las coacciones”; MOYANO GARCÍA, Ricardo, Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489, 481 s., señala, “a mi juicio, es inadmisibles entender que un tratamiento médico forzoso (fuera de los supuestos legales) sea un simple delito de coacciones (...). A mi entender, todos estos casos de intervenciones no terapéuticas, o terapéuticas, en favor de tercero e incluso las realizadas en favor del paciente pero fallidas, son verdaderos tipos imprudentes de lesión u homicidio, y no simple coacciones, ya que, en el sentido del TS, sólo hay ejercicio legítimo de profesión médica cuando se recaba el consentimiento (o se actúa en estado de necesidad justificante). Así pues, la relación entre falta de consentimiento e imprudencia médica es como mínimo 'secante': parte de los tratamientos médicos al menos llenarán los tipos de las lesiones imprudentes, siendo el caso dudoso el de las intervenciones con éxito, que podrían ser simples delitos de coacción del art. 496 del CP, o constituir también lesiones imprudentes”; DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, pról.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995, 226 ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 268 s., afirma: “Lo relevante es que la evolución de la conciencia social sobre el carácter absoluto de la protección de la vida, al que se ha hecho referencia, supone que la salud física y psíquica, como bien jurídico-penal protegido en los delitos de lesiones, está siendo superada y sea necesario hablar de salud como bienestar físico y psíquico, entendido éste como plasmación del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Considerar la actividad médica como mejora del bienestar físico o psíquico implica que la intervención médica sólo será atípica cuando sea consentida libre e informadamente por el paciente. En consecuencia, 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, con independencia de que infrinja o no la *lex artis*. (...) En consecuencia, la salud concebida en ese sentido determina la exigencia de consentimiento para excluir la relevancia penal de la actividad médica e implica que el objeto de ese consentimiento no verse, únicamente, sobre la realización de 'una' intervención médica sino que debe recaer, también, sobre 'la modalidad' concreta de intervención médica que desea”; en este grupo también incluiría a GUÉREZ TRICARICO, Pablo, El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, pról. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 320, 323 s., 331 s., 338, 341 s., 346, 349 s., 360 ss., señala que “el bien jurídico salud está constituido por un sustrato material, compuesto por la sustancia corporal o por el normal funcionamiento de las funciones psicobiológicas del organismo. Junto a este aspecto del bien jurídico hay que reconocer en la salud también un aspecto 'espiritual', de carácter más subjetivo, que tiene que ver con la relación entre el titular del bien jurídico y el sustrato material de éste. La salud es un bien jurídico de carácter individual que se protege por el ordenamiento en la medida en que tiene un valor para su titular y posibilita el desarrollo de su autonomía, es decir, en tanto la salud como bien jurídico es una condición para la participación del individuo en el sistema social. Por ello el aspecto espiritual o subjetivo, que se refiere a la relación del titular del bien jurídico con su salud, forma parte también del bien jurídico, pues condiciona la valoración que el mismo merece para el sujeto y para el ordenamiento jurídico. Es en este aspecto del bien jurídico, que tiene que ver con la relación del mismo con la libertad del sujeto, y con la representación que el mismo realiza de su salud, en el que cobra sentido la libertad de disposición como parte del bien jurídico protegido. La libertad de disposición del bien jurídico integraría también el propio bien jurídico salud”. Este autor, advierte, sin embargo, que esta concesión que supone la de atribuir al bien jurídico estas dos dimensiones, no implica una absoluta subjetivización de aquél, pues según su postura el contenido del bien jurídico salud no se agota en estos aspectos, sino que es manifestación de la dignidad personal lo que supone, en tanto en cuanto concepto objetivable, introducir un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad también en este contexto. Así, indica más adelante que “la dignidad tiene ciertamente entre sus manifestaciones principales el respeto a la libertad del individuo, que considero fundamental, es decir, supone la capacidad del individuo para programar y decidir libremente planes de vida. Pero la dignidad humana presenta, al mismo tiempo, un componente que tiene que ver con el respeto a determinados bienes del individuo, que se considera que tienen un valor por sí mismos, y son por ello esenciales para la conformación de las valoraciones sociales más elementales. La dignidad es, por así decirlo, quizá el único bien que imponga, en las sociedades de nuestro entorno cultural, limitaciones o prohibiciones de actuar de carácter absoluto, en consonancia con la concepción socioantropológica de la persona todavía vigente en nuestras sociedades, y que todavía resiste en la moral social a ciertas corrientes de la posmodernidad y del relativismo moral radical”. A pesar de este planteamiento acaba otorgando al consentimiento un papel justificante, concluyendo que “el consentimiento debe ser eficaz como causa de justificación con carácter general, salvo en los casos en los que se afecte de modo notable a la autonomía o a la dignidad de la persona. (...) En las lesiones, el consentimiento debe operar en general como causa de justificación, pues es una expresión del derecho de autodeterminación del individuo, consecuencia de su libertad y autonomía. En general, la preeminencia del principio de autodeterminación personal debe traducirse en una precisión legislativa de la ponderación de intereses que se sitúa en la base de la justificación por consentimiento. En situaciones normales, el consentimiento debe ser eficaz, pues el valor de la libertad de disposición del sujeto es en un estado liberal superior al desvalor de la lesión del bien jurídico. Como contrapartida, en los supuestos de mayor gravedad la eficacia del consentimiento debería condicionarse al cumplimiento de determinados requisitos, en garantía de la efectiva libertad de prestación. Por el contrario, el consentimiento no debería ser eficaz en los casos en los que se produce un grave atentado a la dignidad humana, pues en tal caso el valor de la libertad de disposición no podría justificar el desvalor de la conducta lesiva, de acuerdo con nuestras convicciones sociales más elementales”. Este autor concibe la salud como

de vista, el consentimiento del paciente no se ubica entre las causas de justificación sino que se integra en el tipo. Así pues, el tratamiento curativo ejecutado conforme a las reglas técnicas constituirá un delito de lesiones si es realizado sin contar con el consentimiento del paciente.

A pesar de la aparente semejanza que esta solución pueda tener con la primera postura expuesta, hay que advertir que son netamente diferentes. En este caso, el punto de partida es radicalmente distinto, pues no se sostiene que toda intervención sanitaria sea típica, calificándola como un delito de lesiones, por el mero hecho de actuar sobre el cuerpo del paciente, y por lo tanto necesitada de justificación, sino que se volverá típica cuando no cumpla con el deber de cuidado requerido⁵⁷. Es decir, cuando o bien

bien jurídico “relacional”, entendiéndolo como un bien en cuya naturaleza destaca la relación entre dicho bien jurídico con su titular. A partir de aquí concibe dos dimensiones en el bien jurídico salud, una objetiva, que se concreta en el sustrato material y corporal, y otra subjetiva, “espiritual”, que se concreta en el ejercicio de la libertad que supone el consentir (o no) en el tratamiento médico. A partir de aquí trata de objetivizar esta segunda dimensión, a través de la inclusión en el debate de la “dignidad”, como concepto supraindividual, absoluto, socialmente reconocible, que restringe el ámbito de la libertad individual, otorgándole al consentimiento la naturaleza de una causa de justificación. Desde mi punto de vista esta solución es criticable, pues desde el momento en que se considera que el bien jurídico salud contiene las dos dimensiones referidas, son éstas las que definen el bien jurídico que en ningún caso se verá lesionado si la intervención médica se realiza con el consentimiento del paciente (parta éste de una libertad absoluta o limitada por la “dignidad”) y, por lo tanto, no necesitará de justificación alguna. Por eso, en mi opinión, este autor se debe incluir en este grupo, que concibe de forma bidimensional el bien jurídico salud, aunque acabe señalando que el consentimiento juega un papel justificante. ROMEO MALANDA, Sergio, Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes, CPC 110-2013, 73-113, 99 ss.; el mismo, 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, Revista Penal 35-2015, 173-188, 180, 184, señala que “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. (...) 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”; “pues bien, por aportar algo de luz a esta cuestión, en mi opinión el consentimiento excluirá siempre la tipicidad de la conducta”. KRAUSS, Detlef, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 572 ss.; MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz, Derecho penal. PG 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7.^a ed. alemana Bofill, supervisada por Donna, Buenos Aires, Astrea, 1995, § 43 64; ROXIN, Claus, AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.^a ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.^a ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas, 1997), § 13 24.

⁵⁷ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 267, afirma que “concebir la salud como salud física, mental y social ha supuesto la superación de aquellas teorías que entendían que la actividad médica, especialmente la quirúrgica, suponía una conducta de lesiones justificada por el ejercicio de un derecho procedente de una profesión. La necesidad de justificar la intervención quirúrgica partía de la comprensión de la operación como una agresión a la integridad corporal y como tal una lesión. El nuevo contenido que se predica del bien jurídico protegido en el delito de lesiones obliga a afirmar que la actividad médica no es en sí misma típica, por lo

infrinja las reglas técnicas exigibles en el caso concreto o bien no cuente con el consentimiento del paciente⁵⁸. No obstante, el médico quedará exento de responsabilidad penal si concurre alguna causa de justificación, por ejemplo, estado de necesidad o cumplimiento de un deber. Desde este punto de vista se interpreta el delito de lesiones de una forma análoga a los delitos contra la propiedad en los que la toma de posesión de una cosa ajena contra la voluntad o sin contar con el permiso de su titular, no se califica como un atentado a la libre disposición del poseedor, sino que se incrimina como un delito de hurto o un delito de robo. Consecuentemente, esta postura tiende hacia la subjetivización del bien jurídico protegido, pues su titular es el que finalmente decide cuándo una determinada conducta atenta contra su salud o su integridad física. En este sentido, se advierte que el propio bienestar físico, o la salud, no pueden definirse con criterios puramente objetivos, sin tener en cuenta la representación que de los mismos posee su titular⁵⁹. Partiendo de esta concepción, algunos autores, como

que no es necesario justificarla (...). Concebir la salud como un todo global y la actividad médica, ajustada a la *lex artis*, como medio de mejorar la salud, permite considerar atípica cualquier actividad médica, incluidas las no curativas –como las estéticas– que suponen un aumento del riesgo”.

⁵⁸ La jurisprudencia española hoy en día entiende que ambos elementos integran el concepto de *lex artis*, *vid.* ROMEO MALANDA, Sergio, Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes, CPC 110-2013, 73-113, 93 ss.

⁵⁹ Así, ROXIN, Claus, AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.^a ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.^a ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas, 1997), §13 19, señala que “si se quisiera (...) tomar como base para la aceptación de una lesión de bienes jurídicos típica no la voluntad real, sino el 'bienestar real' del portador el bien jurídico, se arrogaría así el ordenamiento jurídico una sublimidad de juicio que no le corresponde y que conduciría a insuperables dificultades de delimitación. En todos esos ejemplos [*scil.* alguien ingresa en una austera comunidad religiosa y permite que sus miembros le destruyan sus objetos suntuarios con el fin de no caer en la tentación de apegar su corazón a los bienes terrenales. O alguien posee un valioso retrato femenino de mano maestra; su novia, que está celosa de la mujer retratada, hace depender la aceptación de su proposición de matrimonio de que le permita quemar el odioso cuadro; y él consiente. O alguien se deja causar cicatrices o marcas en un duelo a sable, o se deja hacer tatuajes llamativos] el comportamiento del portador del bien jurídico significa –sea cual fuere el juicio que le merezca a un extraño– una parte de la autorrealización responsable en la comunicación con otros o bajo asistencia de otros. En ninguna parte es el menoscabo del objeto del hecho una intrusión en una esfera jurídica ajena, como presupone el tipo delictivo; sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar”; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 265, 282, señala que “respecto del derecho a la salud, el respecto a la dignidad de la persona y, muy especialmente, a la libertad determina que deba ser el titular quien defina individualmente cuál es su concepto de salud, como la forma más evidente de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad prohibiendo, en consecuencia, cualquier intervención ajena que pretenda mejorar su salud, entendida ésta como algo puramente objetivo, es decir, como tradicionalmente se ha defendido la salud en el sentido de alargamiento de la vida”; “no existe un único concepto objetivo de salud, como ausencia de enfermedad, sino un concepto subjetivo de salud como bienestar físico, psíquico y social, por lo que, cual sea la salud de la que uno quiere disfrutar dependerá de la decisión de su titular”; LAURENZO COPELLO, Patricia, Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), 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, 440 ss.; GUÉREZ TRICARICO, Pablo, El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, pról. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 320, 323 s., 331 s., considera que “el bien jurídico salud tiene un carácter multifacético, y posee un componente subjetivo,

ESER⁶⁰, introducen ciertos matices a la idea bidimensional del bien jurídico dentro del delito de lesiones, al no conferir un valor absoluto a la libre autonomía de la voluntad del sujeto pasivo. Este autor diferencia los grados de afectación del cuerpo del paciente a través de la intervención sanitaria para determinar el valor de la disponibilidad y, por tanto, del consentimiento del paciente con el fin de concretar la tipicidad o atipicidad de la conducta. Así pues, si la intervención terapéutica no provoca una alteración sustancial o esencial en la materia corporal y mejora o, al menos, evita el empeoramiento del paciente, no se puede hablar de un delito de lesiones aunque no haya mediado consentimiento alguno. En cambio, si la afectación a la masa corporal es de tal calibre que sí supone una modificación sustancial de su cuerpo, entonces, aunque el acto médico-sanitario suponga mejorar objetivamente la salud del paciente, habrá que tener en cuenta también si su voluntad se vio o no afectada. De manera que, en el caso hipotético de que dicha operación se hubiese realizado sin su consentimiento, se exigirá responsabilidad penal por un delito de lesiones. En este mismo sentido se expresa DE LA GÁNDARA VALLEJO al advertir que “la autodeterminación en sí misma considerada no constituye el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, sino que sólo se trata de la protección de la autodeterminación en relación con la integridad corporal y la salud. O sea, que sólo se trata de la protección de la autodeterminación en la medida en que el titular no tiene por qué soportar que se produzcan intervenciones materiales en su salud o su constitución física sin su consentimiento. Por consiguiente, entendemos que el tipo del delito de lesiones sólo se cumple cuando se produzca un empeoramiento de la salud o una intervención esencial en la sustancia corporal, lo cual puede tener lugar o mediante la producción de daños en la sustancia corporal (p. ej. una herida) o mediante la pérdida de sustancia corporal (p. ej. una amputación). De ahí que las intervenciones médicas que mantengan o incluso mejoren el estado general de la salud sin llevar aparejadas una modificación esencial de la sustancia corporal no sean constitutivas de un delito de lesiones aunque se lleven a cabo sin la voluntad del paciente, sino que únicamente podrían dar lugar a un delito de coacciones. En los demás casos, las intervenciones médicas arbitrarias sí cumplirán el tipo de las lesiones y el de coacciones será desplazado por consunción”⁶¹.

que se refiere a la relación del sujeto con su estado de salud, y tiene su fundamento en la salud como medio para el libre desarrollo de la personalidad (y que, en esa medida, resulta disponible) y otro objetivo, referido al sustrato material de la salud (la integridad personal o el normal funcionamiento del organismo)”.

⁶⁰ Cfr. ESER, Albin, *Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht*, ZStW 97-1985, 1-46, 4 ss.; en una línea semejante, KNAUER, Christoph, *Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung-überzogene Anforderungen an den Arzt?*, en: ROXIN/SCHROTH (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrecht*, 4.^a, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimer, Dresden, Richard Boorberg, 2010, 20 s.

⁶¹ DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, pról. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995, 227 s.

III. Críticas a las distintas soluciones planteadas por la Doctrina

Cada una de las posturas expuestas, que parten de una diferente interpretación del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, conduce a distintas soluciones jurídicopenales, algunas diferenciadas sólo en el plano teórico pero otras con gran trascendencia práctica; ahora bien, todas ellas susceptibles de crítica.

a) Crítica al concepto unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que identifica el tratamiento médico curativo con el delito de lesiones

La primera postura es criticable, en primer lugar, por suponer una criminalización generalizada de la actividad médico-sanitaria⁶², ya que entiende que toda intervención médica constituirá un delito de lesiones por el mero hecho de incidir sobre la integridad física de una persona, independientemente de cuál sea el resultado alcanzado, de cómo se haya ejecutado la acción y de cuál haya sido la finalidad de su autor. Se trata de una interpretación puramente causalista que abandona, a mi modo de ver, categorías elementales de la dogmática penal para reducir todo a una relación naturalística y avalorativa de causa-efecto entre la acción médica y el cuerpo del paciente. Como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana a través de un ejemplo representativo, según esta concepción del acto médico, “el cirujano que cometa un error de información (*Aufklärungsfehler*), se sitúa al mismo nivel que un 'navajero' (*Messerstecher*), ambos son acusados del mismo delito y soportan el mismo juicio de valor, a pesar de que en un caso se ha lesionado el derecho a decidir por sí mismo y en el otro se ha lesionado la integridad corporal”⁶³. Esta

⁶² Cfr. ESER, Albin, *Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht*, ZStW 97-1985, 1-46, 19, para quien, “no se puede negar que el paciente merezca una protección adecuada frente al tratamiento arbitrario de un médico, aunque pretendiera éste mejorar la salud y realizarse conforme a las reglas médicas. Sin embargo, querer lograr esto con una sobrecarga del § 223 StGB añadiéndole a la protección de la integridad física la protección del derecho de autodeterminación, es algo equivocado. Dado que la jurisprudencia ha contemplado cada tratamiento curativo como un delito, la justificación del acto médico debe contar con el consentimiento del paciente, interpretándose la intervención sanitaria como una lesión corporal; en definitiva, estigmatiza de forma excesiva la función médica. Por más que el médico haya menoscabado la voluntad del paciente a través de una conducta arbitraria, la consideración de esta actuación como un delito de lesiones genera una impresión negativa del profesional sanitario, dando lugar a considerar que el médico no domina técnicamente su profesión y que directamente falla en lo que es su verdadero trabajo: proteger la salud del paciente”; el mismo, en: ESER, Albin, *Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1988, 14 s., señala “el tipo de lesiones parece demasiado amplio cuando permite considerar que las intervenciones que han fracasado y/o las consecuencias secundarias perjudiciales para la salud son típicas aunque el médico haya observado todo el cuidado debido y haya actuado por completo conforme a la *lex artis*”.

⁶³ STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17; cfr. ROXIN, Claus, *AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas, 1997), § 13 24, para quien “el problema se relativiza sustancialmente si se contempla el consentimiento como excluyente del tipo, por cuanto que, según esto, ya sobre la base del consentimiento es atípica una intervención curativa que se realiza con la conformidad del

extensión del área de tutela de la incriminación del delito de lesiones y la consecuente calificación indiscriminada como atentados contra la integridad física y la salud de todas las intervenciones médicas realizadas sobre el paciente se encuentra con importantes obstáculos en el plano simbólico, al entrar en clara oposición con el concepto que del acto médico poseen los propios médicos y la sociedad en general. La calificación de la intervención sanitaria curativa como un daño corporal ha conducido a una grave desavenencia entre médicos y juristas, que incluso ha sido bautizada en la doctrina penal alemana con la expresión de “guerra fría” entre ambas disciplinas⁶⁴. Los profesionales sanitarios se sienten agredidos al ver cómo su actividad, de carácter curativo, es identificada con actos delictivos que precisamente atacan contra el bien jurídico que ellos pretenden salvar, y se preguntan ¿cómo se puede explicar al médico que su conducta es, de entrada, equiparable a la de aquel otro que, a lo mejor, ha sido la causa directa de que el paciente se encuentre ahora en un centro hospitalario, en manos del médico, que intentará salvar su vida o su salud? Por otra parte, esta concepción también supone una incorrecta representación del significado social y normativo de la intervención médica. Desde este punto de vista, la intervención sanitaria es entendida de forma estratificada y atomizada, juzgando cada concreto acto médico como un paso separado y desconectado del resto, atendiendo, además, a aspectos exclusivamente exteriores del actuar médico sobre el paciente, que en muchos casos, son aprehendidos a través de un gran impacto visual, y todo ello configura precisamente lo contrario de lo que en el lenguaje corriente se entiende por lesión corporal. En la percepción social, la intervención sanitaria curativa posee una connotación positiva, al entenderse como una acción que favorece a una persona. Conforme al diccionario de la RAE “sanar” significa restituir a alguien la salud que había perdido; “curar” es aplicar con éxito a un paciente los remedios correspondientes a la remisión de una lesión o dolencia, o remediar un mal. Por su parte, la “lesión” es definida como daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad, es decir, es un perjuicio, términos todos ellos que sugieren la presencia de un mal. Lesión y tratamiento médico son conceptos contradictorios y por lo tanto irreconciliables⁶⁵. Las inter-

paciente. Con ello (de forma distinta que según la jurisprudencia) se toma en consideración el deseo de los médicos de que tampoco bajo el punto de vista del tipo se les sitúe al mismo nivel que el 'navajero’.

⁶⁴ Cfr. KUHLEND AHL, Hans, *Ärztlicher Entscheidungsspielraum - Handlungszwänge*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 469, quien recoge la expresión “*Kalten Krieges*”, como la utilizada tradicionalmente por la doctrina alemana para referirse a la relación existente entre ambas disciplinas a partir, fundamentalmente, de la ya expuesta sentencia del RG de 31 de mayo de 1894; VON GERLACH, Annette, *Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung*, en: KAUFMANN, Arthur (dir.), *Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereich*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, 30; también, STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17.

⁶⁵ En este sentido, STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17, que recoge la siguiente reflexión de BINDING y que considero oportuno reproducir aquí por su expresividad: “¿Desde siempre el curar las heridas ha sido la diferencia loable respecto a provocarlas!”.

venciones médicas pueden afectar a la integridad corporal pero no parece adecuada una valoración aislada de actos individuales⁶⁶. Lo decisivo es que la intervención sea contemplada como un acto global, que sirva para la recuperación o mantenimiento de la salud⁶⁷.

En segundo lugar, se puede decir que la consideración aislada de cada concreto acto médico supone confundir ya en el plano dogmático el bien jurídico protegido por el delito de lesiones y el soporte material de ese bien jurídico⁶⁸. En numerosos

⁶⁶ STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 18.

⁶⁷ Cfr. DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M., *La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, Barcelona, Nauta, 1963, 181, señala: “Es inexacta la misma expresión *lesiones médico-quirúrgicas*, pues el acto médico no lesiona. Cura o intenta hacerlo. (...) El tratamiento curativo es, objetivamente, cosa bien distinta del daño a la salud y de las lesiones y malos tratos. Lo que falta en la actividad médica es la tipicidad. Amputar no es mutilar, curar no es herir o maltratar, recetar medicamentos no es administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas”; ANTÓN ONECA, José, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en: *Estudios de Deusto*, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791, opina que “la ausencia de tipo salta a la vista en las operaciones con resultado favorable, pues la salud corporal es bien jurídico que debe ser tomado en su totalidad y cuando ésta resulta en definitiva acrecida sería contrasentido calificar un daño corporal”; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 9 ss., 273, considera que “en las intervenciones terapéuticas concurre en todo caso el fin de curar, que excluye pos sí mismo el dolo de lesiones o de homicidio. Por consiguiente, nos encontramos, ya de entrada, con la falta de un elemento esencial en la configuración del tipo de los delitos dolosos, como es el elemento subjetivo (dolo), o tipo subjetivo. El fin de curar es incompatible con el dolo de lesionar; mientras en uno se tiende a la protección del bien jurídico de la salud, en el otro se tiende a su agresión”; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La disponibilidad de la salud e integridad personales*, CuadDJ 1995-XXXI, 111-148, 137, considera que “hay determinadas actuaciones *aparentemente lesivas* que, en una consideración más detenida y global, acaban considerándose como promotoras de la salud e integridad en lugar de menoscabadoras de ellas: el tratamiento médico o quirúrgico curativo es su más claro ejemplo. Su atipicidad, sin embargo, persiste con independencia de la voluntad del afectado, por lo que debe huirse de condicionar aquella conclusión a la presencia o no del consentimiento”; QUERALT JIMÉNZ, Joan J., *Derecho penal español*. PE, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 51, afirma: “Quien pretende sanar –sane o no– no lesiona; inicia una actuación curativa. No es más que una mala utilización del lenguaje decir que el cirujano lesiona cuando lleva a cabo una operación de, por ejemplo, apendicitis, por el hecho de que corta una porción de abdomen. Lo que sucede es que para llevar a cabo tal operación es necesario efectuar dicha incisión, u otras de mucha mayor relevancia, pero, precisamente, para obtener el mismo fin que constituye el bien jurídicopenalmente protegido en el apartado de las lesiones: la salud del interesado. Siendo éste el fin, mal puede hablarse de lesión justificada; para no pervertir el lenguaje hay que afirmar, de entrada, la atipicidad del comportamiento. Atipicidad que dejará de estar presente si la intervención no se produce, por más que el fin sea encomiable, de acuerdo con la *lex artis*”; STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 18.

⁶⁸ En este sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 134 ss., asume la naturaleza poliédrica de la “salud”, pero entiende que las diferentes facetas que la componen son reconducibles a una misma idea: el “bienestar”, que constituirá el bien jurídico protegido. En palabras del propio ROMEO CASABONA: “Por integridad corporal puede entenderse el estado del cuerpo caracterizado por su plenitud funcional y orgánica, así como de la sustancia corporal. Salud, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud en su carta constitucional la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social. También se puede abarcar el concepto negativamente como la ausencia de enfermedad o de alteración fisiológica o psíquica de carácter patológico, aunque no llegue a comprender todos sus aspectos. Salud es, en suma, un estado ideal del cuerpo y de la mente. Sin embargo, estimo que expresa mejor esa amplitud y complejidad de facetas la idea de *bienestar*, en el sentido de armonía, plenitud

casos, la protección de la salud exigirá llevar a cabo invasiones en la masa corporal del paciente, afectándola temporal o permanentemente. Pensemos, por ejemplo, en supuestos en los que por razones de salud se debe extraer una pieza dentaria o las amígdalas. Pero incluso, aunque el bien jurídico se identificase exclusivamente con la integridad física, se puede plantear la cuestión de hasta qué punto es posible calificar como un delito de lesiones la intervención médica que afectando de forma grave e irreversible a la integridad corporal del paciente, permite la continuidad, la supervivencia, en definitiva, de ese bien jurídico. Desde un plano simbólico de discusión, es decir, de contemplación social del significado del acto médico, tal y como ha sido explorado anteriormente, parece no haber dudas de cuál sería la respuesta. Esta intervención del médico no constituye una lesión. Pero más allá de dicho plano simbólico, desde el punto de vista dogmático, se podría sostener que la amputación de una pierna gangrenada no sólo no supone un menoscabo, sino que no afecta a la integridad física del paciente. Al contrario, lo que de hecho afecta a la integridad física del paciente es la enfermedad, que ya está menoscabando no sólo su salud, sino también su propio elemento corporal, y que de no atajarse a tiempo acabará por provocar un daño aún mayor, o por hacer desaparecer definitivamente “lo físico”. Esta idea toma como punto de partida una consideración relativa del bien jurídico “integridad física”. Desde el propio nacimiento, el hombre está permanentemente expuesto a traumas generadores de lesiones e incapacidades, viendo progresivamente limitadas sus capacidades como resultado del natural proceso de envejecimiento⁶⁹. La relatividad del bien jurídico implica que no lesionan el bien jurídico las acciones que mejoran en sentido médico un estado físico disminuido o

psíquica y corporal. No obstante, sigue siendo un concepto impreciso, pues es difícil de abarcar su variedad de dimensiones: a) anatómo-morfológica, referida a la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo (comprende: órganos, miembros, tejidos y células); b) fisiológica, referida al funcionamiento del organismo; c) social, en el sentido de la proyección corporal y psíquica del individuo en su entorno. Estas facetas no coexisten como compartimentos estancos, sino que se hallan estrechamente relacionados entre sí”; un concepto próximo a éste es el defendido por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 22: “El bien jurídico 'salud', además de salvar los inconvenientes que genera la admisión de un doble bien jurídico, se acomoda plenamente a la finalidad perseguida por el legislador mediante la tipificación de estos comportamientos. Ahora bien, el contenido de la salud personal no debe circunscribirse al concepto restringido de salud igual a ausencia de enfermedad. Este es sólo un aspecto de la salud. La salud es el estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiéndose por función el ejercicio de un órgano o aparato. estado que, por otra parte, constituye una de las condiciones previas que posibilitan una concreta relación de participación en el correspondiente sistema social”.

⁶⁹ Una reflexión semejante se encuentra en ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 137: “Se ha hecho referencia a un estado ideal o de armonía [*scil.* como bien jurídico protegido por el delito de lesiones –bienestar-]. Todo concepto supone un proceso de abstracción, y es a partir de éste de donde hemos extraído los mencionados. La realidad, sin embargo, es distinta; ella nos muestra que es poco frecuente la existencia de seres humanos (corporal y psíquicamente) perfectos”; JORGE BARREIRO, Agustín, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, CPC 1982, 5-33, 12, señala, “puede decirse que la intervención médico-quirúrgica curativa con resultado favorable –entendido el resultado desde la perspectiva del proceso del tratamiento en su totalidad- es atípica, pues falta el tipo objetivo del delito de lesiones”.

limitan un proceso de deterioro, y por eso, recuperan o garantizan total o parcialmente la salud⁷⁰. Quien vence o previene un defecto físico no perjudica la integridad física, sino que aleja o reduce un perjuicio, es decir, realiza lo contrario de lo que sería una lesión corporal⁷¹.

⁷⁰ Así, ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 137, señala: “La protección del Código no va dirigida exclusivamente a ese estado ideal, sino al estado de salud e integridad corporal que posea el individuo en particular, en el caso concreto [no obstante, no interesa tanto la consideración subjetiva de la víctima como que sea objetivamente detectable. esta afirmación incluye a las alteraciones psíquicas]. Por esta razón constituye agresión la agravación del estado de una persona ya enferma. Por el contrario, y por el mismo motivo no se estima agresión la conducta dirigida a aumentar la salud o integridad, o ambas a la vez, siempre que concorra la idea de protección de los mismos”; en el mismo sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 24 s., 28, 39, afirma: “En este marco, el mantenimiento de la totalidad de la sustancia corporal y la ausencia de enfermedad no son sino aspectos del bien jurídico más amplio que es la salud personal, no son dos bienes jurídicos distintos sino facetas o aspectos de un bien jurídico único. De donde, una concreta disminución de la integridad corporal no basta por sí misma para afirmar la existencia de una lesión al bien jurídico salud personal, sino que se requiere que incidiendo sobre el cuerpo del sujeto, suponga una alteración temporal o permanente en su funcionamiento, que disminuya o condicione sus posibilidades de participación en el sistema social. Luego, la disminución de la integridad corporal, que no suponga menoscabo de la salud, el corte de pelo o de la barba, por ejemplo, no sería relevante como conducta subsumible en las lesiones”; este autor continúa: “Estas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado constituyen el punto de partida para la precisión de los límites y fines del tipo. El establecimiento de cuáles son las conductas que quieren ser evitadas por el legislador en esta figura delictiva ha de tomar siempre como punto de partida el contenido del bien jurídico en ella tutelado, la salud personal. Sobre esta base tendrán que diferenciarse las acciones que *a priori*, en función de una valoración objetiva de las mismas, inciden negativamente sobre la salud personal, pues sólo ellas pretenden ser evitadas por el legislador. De donde, como primera y más sencilla consecuencia, una acción cuyo resultado determine una mayor amplitud en las posibilidades de participación en el sistema social, aunque incida negativamente, por ejemplo, sobre la integridad corporal, no puede en ningún caso ser constitutiva de delito de lesiones. Así, por ejemplo, el médico que opera con éxito pero deja una cicatriz de importancia, o tiene que amputar algún miembro o extirpar algún órgano, menoscaba la integridad corporal en cuanto se produce una disminución de la sustancia corporal, pero queda fuera del tipo penal de las lesiones pues no incide negativamente sobre el bien jurídico”; concluye afirmando: “Luego si un tratamiento está objetivamente indicado y en su desarrollo se ha acomodado a las citadas normas de la *lex artis* queda necesariamente fuera de las conductas que quieren ser evitadas por el tipo de lesiones, es decir, se trata de comportamientos atípicos como lesiones, con independencia del resultado producido”; JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33, 7, entiende que “la operación quirúrgica incide sobre la integridad física del paciente para protegerle, concurriendo una identidad entre la persona sujeto pasivo de la intervención médica y la de quien es protegido. El cirujano que lleva a cabo la operación, añade STOOS, no daña el cuerpo ni la salud del paciente, ni quiere dañarlo”.

⁷¹ Partiendo del concepto de salud personal BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 28, indica “una acción cuyo resultado determine una mayor amplitud en las posibilidades de participación en el sistema social, aunque incida negativamente, por ejemplo, sobre la integridad corporal, no puede en ningún caso ser constitutiva del delito de lesiones. Así, por ejemplo, el médico que opera con éxito pero deja una cicatriz de importancia, o tiene que amputar algún miembro o extirpar algún órgano, menoscaba la integridad corporal en cuanto se produce una disminución de la sustancia corporal, pero queda fuera del tipo penal de las lesiones pues no incide negativamente sobre el bien jurídico tutelado”; CARDONA LLORENS, Antonio, Estudio médico-penal del delito de lesiones, pról. MARTÍ LLORET, Juan, Madrid, Edersa, 1988, 36 s., señala que “la lesión se debe definir como el menoscabo de la integridad biológica de la persona o, lo que es lo mismo, la alteración del sistema estructural o funcional de la vida humana, es decir, de la estructura de los tejidos y órganos del cuerpo y de las funciones que sustentan la vida, la reproducción y la relación. El concepto de integridad, en biología humana, no ha de ser entendido en su habitual sentido de no deterioro del conjunto, sino como resultado de la integración de los elementos de ese conjunto, ya que las funciones biológicas poseen siempre el carácter

En tercer lugar, y siguiendo con la cuestión del bien jurídico, hay que apuntar que el intento de proteger la autodeterminación de la persona, o la autonomía de la voluntad respecto a su propio cuerpo y salud, a través de los delitos de lesiones, labor que lleva a cabo inicialmente la jurisprudencia alemana, y que paralelamente ha contado con apoyo doctrinal, es loable, por cuanto se trata de proteger un derecho fundamental de la persona, y hasta se podría decir necesario desde un punto de vista político-criminal, ante el vacío legal existente para hacer frente a conductas que atentan contra ese bien, en aquellos casos en los que la legislación penal carece de tipos específicos destinados a tal fin, o cuando los que existen para proteger la libertad personal se muestran insuficientes o inútiles en esta materia (delitos de coacciones, secuestros, detenciones ilegales, malos tratos, etc.)⁷². Sin embargo, esta solución choca aparentemente, al menos, con el Derecho positivo, ya que ni el art. 147 CP español⁷³, ni el § 223 StGB Alemán⁷⁴, ni tampoco el articulado de otros Códigos penales europeos⁷⁵, contemplan expresamente la libre autonomía de la voluntad del paciente o su derecho de autodeterminación como un bien jurídico protegido a través del delito de lesiones. En esta línea se expresa ZIPF, para quien si “se considera lesión típica a toda intervención realizada sin el consentimiento del

de totalidad y así todo lo orgánico es también psíquico, y todo lo psíquico orgánico. (...) Referimos, pues, con la integridad biológica, el bien jurídico único tutelado al cuerpo y sus funciones, al cuerpo y su normal funcionamiento, como pensábamos tenía que ser la correcta orientación en torno al concepto de lesión”. Cfr. DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 427.

⁷² En este sentido, cabe recoger aquí la reflexión de ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 152, al señalar: “Si falta un tipo penal propio que contemple estos casos como un delito específico contra la libertad, se plantea inevitablemente el siguiente dilema: o se considera lesión típica a toda intervención médica realizada sin el consentimiento del paciente, precisamente por falta de consentimiento (y entonces cabe afirmar la responsabilidad penal del médico aunque sea en base a un bien jurídico no adecuado como es el de la lesión corporal), o se niega que el tratamiento médico curativo realizado correctamente pueda realizar un tipo de lesiones que discriminaría al médico. Pero en este caso habría que aceptar la consecuencia de que la falta de consentimiento del paciente sería irrelevante para el Derecho penal ya que apenas podrían aplicarse los tipos de secuestro ni de coacciones. El dilema expuesto da lugar, como es natural, a una contraposición de opiniones. La primera alternativa sirve de base esencialmente a una constante jurisprudencia, y la segunda es defendida principalmente por la doctrina, aunque con distintas fundamentaciones dogmáticas. En mi opinión, la doctrina dominante referente a la situación profesional de los médicos, según la cual un tratamiento médico curativo correcto no es subsumible *a priori* en el tipo penal de lesiones, tiene como consecuencia, en el Derecho penal alemán, lagunas de punición en los tratamientos curativos realizados sin consentimiento. En cambio, en el Derecho penal austriaco, al separarse claramente ambos aspectos del bien jurídico no se producirán tales lagunas. Esta última consideración basta, a mi juicio, para poner de manifiesto que un ordenamiento jurídico que quiera proteger penalmente el derecho de libre disposición del paciente sólo lo logrará adecuadamente a través de la creación de un tipo penal autónomo que regule el tratamiento curativo realizado sin consentimiento”.

⁷³ El art. 147 CP español establece: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...)”.

⁷⁴ El § 223 StGB dispone: “Quien inflija a otros malos tratos corporales o dañe su salud (...)”.

⁷⁵ El art. 143 CP portugués establece: “Quien lesione el cuerpo o salud de otra persona”; el art. 582 CP italiano, dispone: “Cualquiera que cause a alguien una lesión personal, de la que se deriva un menoscabo en el cuerpo o en la mente (...)”.

paciente, precisamente por falta de consentimiento (...) entonces cabe afirmar la responsabilidad penal del médico aunque sea en base a un bien jurídico no adecuado como es el de la lesión corporal”⁷⁶. También, en Alemania, la doctrina científica critica la posición dominante en la jurisprudencia del BGH –desde que a través de la sentencia de 10-7-1954 asumiera los postulados del RG en la materia- por suponer una ampliación del tipo (de lesiones), de manera que abandona la finalidad de la norma e introduce en el ámbito de protección bienes jurídicos ajenos a los delitos de lesiones⁷⁷. Contra esa línea jurisprudencial, la doctrina argumenta que ante una intervención médica necesaria, realizada sin embargo sin el consentimiento del paciente, existe una laguna punitiva y su inclusión en el delito de lesiones entraría en conflicto con el principio *nulla poena sine lege*, razón por la que se hace necesario buscar una solución legal⁷⁸.

En cuarto lugar, dado su punto de partida, la ubicación sistemática otorgada al consentimiento del paciente, como causa de justificación, resulta problemática. Por una parte, “implica afirmar con carácter general el carácter típico de la acción del médico, lo que supone, salvo en los casos en que se defienda la teoría de los elementos negativos del tipo, sostener, en contra de la realidad social, que en los casos de tratamiento exitoso estamos ante un comportamiento que el ordenamiento jurídico quiere evitar”⁷⁹. Por otro lado, aplazar la validez de la manifestación del consentimiento a un momento posterior al de la intervención sanitaria supondría una inseguridad jurídica extrema para los profesionales sanitarios, quienes con independencia del modo en que realizaron la intervención podrían ser acusados de la comisión de un delito de lesiones.

Aun admitiendo que toda intervención médica que suponga un menoscabo para la integridad física del paciente es constitutiva de un delito de lesiones, habría que analizar cuál es el valor que el Derecho positivo otorga al consentimiento del sujeto

⁷⁶ ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 152.

⁷⁷ Vid. STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17.

⁷⁸ Vid. KAUFMANN, Arthur, *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, ZStW 73-1961, 341-384, 374; BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 71; STEFFEN, Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17.

⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 31 s., quien continúa señalando que “si se parte de una profundización en el contenido del bien jurídico, se presentan con claridad nuevas perspectivas. Si se admite que el bien jurídico tutelado es la salud personal, en los casos en que, considerada la totalidad del tratamiento, el resultado sea exitoso, es decir, se ponga fin a un deterioro de la salud del sujeto o se recupere la función de algún órgano, estamos ante conductas atípicas, pues el que desarrolla tal conducta, hace (...) lo contrario a una lesión. Esta solución para casos de resultado exitoso es, en principio, válida para afirmar la falta de tipicidad del comportamiento médico, con independencia del sistema que se siga en la teoría del delito. Desde nuestro punto de vista está fuera de toda duda que el legislador no pretende evitar conductas que inciden favorablemente sobre el bien jurídico tutelado. En relación con el delito de lesiones dado el resultado exitoso carecería de relevancia tanto la concurrencia o no del consentimiento como la realización o no del tratamiento de acuerdo con la *lex artis*”.

pasivo. Esto depende de que la “integridad física” sea concebida como un bien jurídico disponible, sobre el que decide su titular, en cualquier caso, o indisponible, sometido a otros mandatos. El CP español ha optado por una regulación que complica considerablemente la determinación del papel que le corresponde al consentimiento en el delito de lesiones, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos en los que la regulación de la materia es, cuando menos, más clara⁸⁰. El artículo de la discordia, objeto de abundantes críticas doctrinales⁸¹, es el art. 155 CP, que establece que “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”. Pues bien, una solución intermedia de esta índole conduce a terreno de nadie, ya que parece otorgar relevancia al consentimiento, pero no de forma plena, sino con un valor meramente atenuatorio. Ahora bien, se puede interpretar en el sentido de que respecto al bien jurídico “integridad física”, la decisión libre del sujeto pasivo de consentir en las lesiones no exime de responsabilidad penal al sujeto activo. Esta tesis se ve reforzada cuando se lleva a cabo una interpretación sistemática del citado artículo poniéndolo en relación con el art. 156 CP, que prescribe lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de

⁸⁰ El § 228 StGB establece: “Quien cause una lesión personal con el consentimiento del lesionado, sólo actúa jurídicamente, si el hecho, a pesar del consentimiento, va en contra de las buenas costumbres”. El art. 149 CP portugués dispone: “1. A los efectos del consentimiento la integridad física se considera libremente disponible. 2. Para decidir si la lesión del cuerpo o la salud contradice las buenas costumbres se tendrán en cuenta, los motivos y los fines del agente o del ofendido, así como los medios empleados y la previsible extensión de la ofensa”.

⁸¹ *Vid.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 805, señalan que “el legislador ha vuelto a desaprovechar la oportunidad que la reforma le prestaba para obtener un mínimo de coherencia en una cuestión endémicamente mal resuelta. Se ha optado por una solución intermedia entre la irrelevancia del consentimiento y la atipicidad de las lesiones consentidas: el consentimiento comporta ahora la rebaja en uno o dos grados de la pena. La solución no puede resultar más insólita: o la salud es un bien disponible y entonces el consentimiento ha de eximir de responsabilidad penal o no lo es y entonces no se explica la atenuación. Ni la lógica ni la dogmática avalan tan peregrina solución intermedia. Es verdad que, como veremos, la nueva regulación resuelve alguno de los problemas que planteaba la antigua. Pero no, desde luego, el fundamental: otorgar relevancia al consentimiento o, desde una solución político-criminalmente inadecuada, pero, al menos, coherente, negárselo en todo caso”; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 124, opina en el mismo sentido que “la regulación que prevé el art. 155 del CP de 1995 no sólo no resuelve satisfactoriamente el problema, sino que lo complica aún más”. Introduce ciertos matices en esa valoración, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, La regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código Penal de 1995, PJ 43/44-1996, 193-223, 222 s., para quien “el texto ahora vigente ha de considerarse preferible al que ha estado en vigor hasta esta reforma penal de 1995, pues en lugar de negar toda eficacia al consentimiento, el legislador de 1995 propone una sustancial rebaja de la pena para los casos de consentimiento libre, espontánea y expresamente emitido por un mayor de edad o un capaz. Pero teniendo en cuenta que es un precepto que, como el derogado artículo 428, párrafo primero, está destinado a su total inaplicación, más valía, simplemente, haber omitido cualquier referencia al consentimiento en los delitos de lesiones”; también, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, Esterilizaciones y cirugía transexual, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis /DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (coord.), Derecho médico. Tratado de Derecho médico, t. I, II, III, Madrid, Colex, 2001, 597 s.

responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por el facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales (...). Pues bien, según CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, “se otorga relevancia, en el sentido de eximir de la responsabilidad, cuando el consentimiento tiene por objeto los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo. El que nos encontremos ante supuestos tan extraordinarios avala la tesis de que en el resto de las intervenciones quirúrgicas, las lesiones son atípicas, incluso aun cuando no mediare consentimiento del sujeto pasivo: en ellas no sería el consentimiento, sino el hecho de que la intervención redundara en beneficio del bien jurídico protegido; esto es, la salud, la que determinaría su atipicidad”⁸². En definitiva, “el consentimiento, al menos de acuerdo con lo expresado en el art. 155, carece de todo efecto justificante”⁸³, de tal forma que si se parte de la consideración de las intervenciones médicas como conductas encajables en el delito de lesiones, nos encontraríamos con la imposibilidad de justificar esas conductas. Por otra parte, en apoyo de esta postura hay que señalar que tradicionalmente el Derecho positivo español y la doctrina científica han optado por defender la irrelevancia del consentimiento como causa de justificación en las lesiones⁸⁴.

⁸² CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 809, s.

⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 809, quienes afirman que “más bien parece que la rebaja de la pena se deba al menor reproche que cabe efectuar cuando media el consentimiento para la producción de las lesiones. Pero desde el punto de vista teórico, hay que insistir en que el consentimiento, o tiene todo el efecto de exención de responsabilidad en el caso de considerarse la salud un bien disponible, o carece por completo de él, si el titular del bien jurídico protegido no tiene poder de disposición sobre él. Esta solución intermedia nos conduce a considerar que no hay efecto justificante alguno, y tan sólo una disminución del reproche culpabilístico, solución ciertamente inadecuada”. Se decanta por la irrelevancia del consentimiento en relación con los bienes jurídicos vida y salud en el actual CP, SEGURA GARCÍA, María José, El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, pról. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 117 s.

⁸⁴ En este sentido, cfr. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, El consentimiento en las lesiones, Pamplona, Studium Generale, 1959, 112 s., quien tras un estudio pormenorizado del valor del consentimiento en relación con las lesiones en el Derecho histórico español, comenzando en el CP 1822 y llegando al CP 1944, concluye: “Nosotros consideramos más correcta, por más acomodada al espíritu de la legislación penal española vigente [*scil.* CP 1944], la conclusión de la ineficacia del consentimiento como tal, en los delitos que atentan contra la integridad corporal”; “es convicción personal de todos los penalistas españoles, como hemos indicado ya en su lugar, que constituye un grave error la opinión que reconoce en el consentimiento de la víctima una causa de justificación. Esta certera consideración resulta, por lo demás, perfectamente deducible de la Exposición de motivos del CP vigente [*scil.* CP 1944]”; el mismo, Las lesiones consentidas, 1983, 3 ss., recoge la evolución normativa del consentimiento en las lesiones hasta el proyecto de CP de 1980.

b) Crítica al concepto unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que identifica la falta de consentimiento del paciente con los delitos contra la libertad

La segunda postura, que parte también de una concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, entiende, sin embargo, que el tratamiento curativo, realizado conforme al deber de cuidado, no supone en sí mismo un delito de lesiones. Así pues, el consentimiento del paciente carece de relevancia a efectos del tipo de lesiones y entraría en consideración respecto a los delitos contra la libertad. Desde este punto de vista sólo es punible, conforme al delito de lesiones imprudente, la intervención médica que infrinja el deber de cuidado exigido en relación con el bien jurídico “salud” (en sentido amplio). Si además se ha realizado sin contar con el consentimiento del paciente se plantearía un concurso de delitos⁸⁵, entre las lesiones imprudentes y el delito contra la libertad que corresponda. En el supuesto de que la acción médica haya cumplido con el deber de cuidado pero sin contar con el consentimiento del paciente se podrían exigir responsabilidades por un delito contra la libertad, coacciones, o en ciertos casos detenciones ilegales, pero no cabría ningún delito contra la integridad física o la vida. A diferencia de las otras posturas, la voluntad del paciente no es protegida ni directa (entendiéndola como bien jurídico protegido por el propio tipo de lesiones) ni indirectamente (exigiendo su concurrencia, mediante el consentimiento, como causa de justificación para excluir la antijuridicidad del acto médico) a través del delito de lesiones. Esto hace que esta postura doctrinal se mantenga fiel al sentido social del acto médico y al principio de legalidad, al respetar la tipificación establecida en el Derecho positivo, eso sí, a costa de desguarnecer, en ocasiones de forma significativa, la protección de la autonomía del paciente. Precisamente, la fidelidad al Derecho positivo va a dar lugar a que la balanza que sostiene el difícil equilibrio entre la protección de la salud y el derecho de autodeterminación del paciente, se incline de tal forma que anule por completo este último, ya que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no se contempla la tipificación específica de un delito de tratamiento arbitrario, la posibilidad de incriminar al profesional sanitario que lleva a cabo una intervención curativa sobre el paciente sin su consentimiento a través de los delitos contra la libertad se encuentra con dificultades dogmáticas, en muchos casos, insalvables. Esta vía de incriminación, así como las dificultades que pueda toparse, depende, en gran medida, de cómo hayan sido redactados los genuinos delitos contra la libertad en el Derecho positivo de cada país. En Alemania, por ejemplo, la doctrina⁸⁶ y la jurisprudencia han puesto de

⁸⁵ *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 466.

⁸⁶ En este sentido, ROXIN, Claus, AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.^a ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.^a ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas, 1997), § 7 24, advierte: “(...) mientras el StGB no contenga un tipo de

manifiesto la práctica imposibilidad de acudir a los delitos contra la libertad tipificados en el StGB para castigar al médico o al profesional sanitario que interviene sobre el paciente sin su consentimiento, dada la redacción actual, y las exigencias legales que de ella se derivan, de los artículos, que en principio, pudieran resultar de aplicación. En este sentido se advierte que en la actividad médica cotidiana, realizada con fines curativos, son infrecuentes o de muy rara aparición los supuestos en los que el tratamiento arbitrario pueda ser incluido en un delito de coacciones, tal y como aparece recogido en el § 240 StGB⁸⁷, y todavía más difícil y sorprendente sería la posibilidad de aplicar el delito de detenciones ilegales del § 239 StGB⁸⁸. En España, a pesar de la amplitud con la que tradicionalmente se ha entendido el delito de coacciones⁸⁹, la doctrina también ha puesto de manifiesto las dificultades para encajar el tratamiento médico arbitrario en este delito⁹⁰. Y es que la regulación en el CP actual de este tipo no difiere, en lo sustancial, de la contemplada en el respectivo artículo del StGB. Así, el art. 172 CP establece: “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código”. El elemento típico que

tratamiento curativo arbitrario, como lo preveía el P 1962 (§ 162), existe una incontestable necesidad político-criminal de considerar también coprotegido por el § 223 el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo y, por tanto, de castigar por lesiones en caso de no haber consentimiento. La doctrina que aquí se defiende posibilita esta consecuencia razonable, sin caer en los excesos de las opiniones extremas, que independientemente del consentimiento del paciente en una intervención curativa, consideran realizado el tipo de lesiones o bien siempre (así la jurisprudencia) o bien nunca (así la doctrina doméstica).”

⁸⁷ El § 240 StGB establece: “(1) Quien coaccione a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable”.

⁸⁸ El § 239 StGB dispone: “(1) Quien encierre a otra persona o de otra manera la prive de su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa”.

⁸⁹ Así, ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 395 s.; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81 s.

⁹⁰ Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 82, señala que “como ha apuntado un sector de nuestra doctrina penal, se puede cuestionar la idoneidad del tipo del delito de coacciones (art. 496 CP) para resolver la compleja cuestión de los diferentes supuestos -como sería el caso de intervención quirúrgica sobre un paciente, siendo ineficaz el consentimiento por falta de información adecuada- del tratamiento médico arbitrario”; DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, pról. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995, 226, señala que “nosotros opinamos, sin embargo, que estos autores pierden de vista que el pretender afirmar la atipicidad de este tipo de conductas sin tener en absoluto en cuenta el consentimiento del paciente crea una importante laguna en la protección frente a intervenciones médicas arbitrarias que el delito de coacciones sólo puede remediar en parte, dado que el art. 496 CP [*scil.* 1944/1973] exige el empleo de violencia”.

dificulta en extremo la inclusión del tratamiento arbitrario en el delito de coacciones del art. 172 CP es la exigencia de “violencia” como medio para impedir a otro ejercer libremente un derecho, ya que en los tratamientos médicos, la ausencia de manifestación de consentimiento se debe normalmente, en los casos más graves, a que el médico hace incurrir al paciente en un error, o le engaña, pero extraño parece que pueda crear una situación de confrontación tal en la que por medios violentos consiga doblegar la voluntad del paciente⁹¹. Más dificultades presenta todavía la posibilidad de enjuiciar al profesional sanitario en estos casos por un delito de detenciones ilegales, tipificado en el art. 163 CP en los siguientes términos: “1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”. Ante esta situación legal, el tratamiento médico arbitrario podría ser reconducido a un delito de coacciones leves, introducido en el apartado tercero del art. 172 CP⁹² mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprime, entre otras, la falta de coacciones del art. 620 CP⁹³, pero esta posibilidad sería del todo insatisfactoria, ya que la reacción penal contemplada en dicho artículo no se corresponde con la gravedad del contenido de injusto que supone actuar contra o ignorando la voluntad del paciente. Por otra parte, esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que la integridad física y la salud son bienes inseparables de la facultad de disposición sobre los mismos⁹⁴. La valoración de lo que es salud depende de cada sujeto, de manera que

⁹¹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70, entiende que “la circunstancia de que el tipo descrito en el art. 147 CP protege la salud mental junto a la física, y el concebir el sustrato material como instrumental al desarrollo del contacto social puede suponer la idoneidad *ex ante* del tratamiento emprendido a pesar de la oposición expresa del paciente en punto al posible menoscabo de la salud mental, o la realización de determinadas conductas que supongan una modificación tal de la integridad física que cercenen claramente las posibilidades de contacto social, como la amputación de una pierna o de un brazo. Fuera de estos supuestos, que, por cierto, en la mayoría de las ocasiones integrarán asimismo el delito de coacciones, o según los casos, el de detención ilegal, por lo menos al actuar con oposición frontal a la voluntad del paciente, existen otros en los que resulta dudosa la aplicación de un tipo penal si no se recurre al delito de lesiones. Tales son, por ejemplo, los supuestos de consentimiento obtenido mediante engaño o error”.

⁹² El art. 172.3 CP dispone: “Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (...)”.

⁹³ El art. 620 CP disponía: “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. (...)”.

⁹⁴ DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, pról. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995, 219 s., afirma que “parte de la doctrina intenta remediar este dilema [*scil.* la interpretación de las intervenciones como delito de lesiones, en relación con la ineficacia del consentimiento a la luz del art. 428 CP anterior] aceptando la ineficacia del consentimiento y buscando la exclusión de la responsabilidad penal o bien recurriendo a la atipicidad de las conductas en cuestión o bien recurriendo a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (...). No obstante, nosotros discrepamos de estos intentos de circunvalación del problema del consentimiento en las lesiones, ya que al igual que BAJO, opinamos que, en el fondo, cualquiera de las soluciones propuestas necesitan del consentimiento del titular del bien jurídico afectado como presupuesto de su eficacia. Así, en la mayoría de

el médico no se puede aventurar a sustituir la concepción personal de cada cual, pues de lo contrario estaría atacando la propia integridad, salud, e incluso la vida⁹⁵. En definitiva, según esta postura, un tratamiento médico, por muy bien intencionado que sea, no puede sustituir las pretensiones del paciente sobre su salud, de manera que una intervención sin su consentimiento no debe quedar reducida a un mero atentado contra su libertad de disposición, ya que ataca algo más que la libertad, ataca la definición de salud dada por el propio sujeto y por lo tanto ataca, de alguna manera, a la misma salud o integridad física⁹⁶.

c) Crítica al concepto bidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones

Por último, de la tercera postura se cuestiona el concepto bidimensional del bien jurídico protegido por el delito de lesiones, al considerar que no se puede incluir en el tipo de lesiones, además de la salud e integridad física, la libertad de decidir sobre los mismos, ya que son bienes diferentes que encuentran protección en tipos también diferentes. Entender que el tipo de lesiones, tal y como está redactado en el CP español, así como en el alemán⁹⁷, y otros de nuestro entorno, incluyen la protección de la integridad física y la autodeterminación, supone atentar contra el principio de legalidad.

En este sentido, se debe tener en cuenta que no todos los tipos penales pretenden proteger la libertad del individuo, ni todos los bienes jurídicos gozan de disponibilidad por parte de su titular hasta el punto de poder renunciar a su protección. En el CP existe un grupo importante de tipos que protegen directamente la libertad como

los casos, para que una intervención médica realizada de acuerdo con la *lex artis* no sea típica hace falta el consentimiento previo del paciente. (...) hay que partir de una interpretación teleológica que se oriente en el bien jurídico protegido, teniendo en cuenta que la integridad física y la salud constituyen un bien jurídico que, al ser inminentemente individual, es disponible. De ello se deriva que, en principio, el consentimiento del titular debe ser eficaz para excluir la responsabilidad que pudiera derivarse de un delito de lesiones”.

⁹⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 165, en este sentido, “a mi juicio, cuando la lesión producida es irreversible o no regenerable, el 'éxito' o el 'fracaso' no dependen de consideraciones médicas, sino de la valoración del enfermo quien, al negar el consentimiento (o al no haberlo prestado), determina el 'fracaso' de la actividad médica”.

⁹⁶ Vid. DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, pról. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995, 227 s., señala que “resulta evidente que la postura defendida por la mayoría de la doctrina española en el sentido de afirmar la atipicidad de la actividad curativa realizada de acuerdo con la *lex artis*, con total independencia de que concurra o no el consentimiento del paciente, choca frontalmente con la teoría que nosotros defendemos acerca de los bienes jurídicos individuales, según la cual el bien jurídico protegido en el delito de lesiones estaría constituido por el dominio autónomo del titular sobre su propio cuerpo. Sin embargo, debemos recalcar que la autodeterminación por sí misma considerada no constituye el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, sino que sólo se trata de la protección de la autodeterminación en relación con la integridad corporal y la salud. O sea, que sólo se trata de la protección de la autodeterminación en la medida en que el titular no tiene por qué soportar que se produzcan intervenciones materiales en su salud o su constitución física sin su consentimiento”.

⁹⁷ Respecto al StGB, cfr. ESER, Albin, Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 14.

un bien jurídico autónomo. Se tipifican aquellas conductas que agreden directamente la voluntad, entendida como libertad de decisión, del sujeto pasivo. De hecho, son agrupados en un mismo título, concretamente el Título VI, bajo la significativa rúbrica de “Delitos contra la libertad”⁹⁸. En otros artículos, la libertad aparece como un elemento adyacente al bien jurídico protegido, hasta convertirse en el elemento típico revelador de la conducta delictiva. Se trata de bienes jurídicos individuales disponibles por su titular, de tal forma que el atentado a los mismos tendrá lugar cuando se afecte al dominio autónomo de cada uno de ellos. Un ejemplo representativo es el de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” (Título XIII), en los que las referencias a la falta de consentimiento para la obtención o uso de los bienes muebles o inmuebles por un tercero como causa de la tipicidad de la conducta es constante⁹⁹. Sin embargo, en otros tipos del CP la libertad del individuo no aparece protegida, o porque el bien jurídico presenta una dimensión social que impide su disposición por parte del individuo¹⁰⁰, o porque aunque el bien jurídico protegido sea de titularidad individual no es susceptible de disposición por poseer una dimensión social o por razones ético-sociales. Este último es el caso del delito de lesiones que trata de proteger un bien jurídico no susceptible de entrar en el tráfico jurídico o comercial y sobre el que el paciente, en definitiva, no puede disponer, salvo en supuestos excepcionales. Esta conclusión es la que se debe extraer, además, de la regulación actual de las lesiones y del consentimiento en relación con éstas¹⁰¹.

Por otra parte, hacer depender la tipicidad de la conducta del médico respecto al delito de lesiones de la voluntad del paciente supone una subjetivización tal del concepto salud e integridad física que puede acarrear efectos negativos como los expuestos en la crítica a la primera postura. Esta excesiva subjetivización da lugar a que la intervención médica realizada conforme al deber de cuidado, y que además logra un resultado favorable para la salud del paciente desde un punto de vista objetivo, de acuerdo con el estado de la ciencia, pueda llegar a constituir un delito de lesiones, es decir, entender que ha supuesto un menoscabo para la salud del paciente si se ha realizado sin contar con su consentimiento¹⁰². El deber de infor-

⁹⁸ Se incluyen: Capítulo primero: De las detenciones ilegales y secuestros; Capítulo II: De las amenazas; Capítulo III: De las coacciones.

⁹⁹ En este sentido, se puede ver el art. 234 CP: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis meses a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediere de 400 euros”; pero no sólo en estos casos, la referencia a la ausencia de voluntad del titular del bien jurídico aparece en los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (Título VIII), en numerosos “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” (Título X), en los “Delitos contra el honor” (Título XI), etc.

¹⁰⁰ Entre los bienes jurídicos colectivos se pueden citar los contemplados en el Título XVI bajo la rúbrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”; en el Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”; en el Título XIX, “De los delitos contra la Administración Pública”, entre otros.

¹⁰¹ En este sentido, se debe tener en cuenta el art. 147 CP, en relación con el art. 155 CP y el art. 156 CP.

¹⁰² Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución

mación como presupuesto del consentimiento del paciente y el propio consentimiento de éste buscan salvaguardar la libre voluntad, la esfera de autonomía, el poder de decisión del paciente sobre su cuerpo, su vida y, en general, su salud, pero no inciden en su salud, y difícilmente se podrá sostener que una falta de información sobre aspectos relativos a la obtención del consentimiento (por ejemplo, el no informar al enfermo sobre los riesgos de una operación) o que la falta de manifestación de la voluntad puedan ser determinantes de una mejoría o empeoramiento de la salud de ese paciente, cuestión sólo achacable a que el médico actuase técnicamente bien o mal¹⁰³.

Además, esta concepción del bien jurídico da lugar a que en el caso de que la acción haya infringido la *lex artis*, al médico sólo se le podrán exigir responsabilidades por un delito de lesiones, aunque además hubiese realizado la conducta sin el consentimiento del paciente, sin que pueda apreciarse un concurso de delitos, como el expuesto (lesiones y coacciones), ya que coherentemente con la posición adoptada, en ambos casos se estaría infringiendo el mismo deber de cuidado. Una solución insatisfactoria desde el punto de vista de quienes defienden un concepto unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones y que identifican la realización de la intervención médica sin consentimiento con un ataque a la libertad del individuo, es decir, con otra clase de delito. Pero insatisfactoria también porque se plantea la misma respuesta penal a dos supuestos de hecho diferentes, al apreciar un solo delito de lesiones tanto en el caso de que se haya cumplido con las normas técnicas en la ejecución del tratamiento pero sin contar con el consentimiento del paciente como en el supuesto de que además de no contar con el consen-

de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 66, considera que esta postura conduce a “incriminar *ab initio* toda intervención en dicha esfera que *ex ante* no aparece como idónea para menoscabar el sustrato, ni siquiera el sustrato concebido como posibilitador de la interacción social. La concepción de los bienes jurídicos personales como esencialmente disponibles, a mi entender, no debe conducir a negar la realidad de que éstos no siempre representan valores sin materialización, de forma que únicamente sea determinante para decidir acerca de la tipicidad de una conducta la concepción que sobre determinado sustrato material tenga el titular del interés. Esta idea conduciría, en el caso del delito de lesiones, a una completa subjetivización del bien jurídico salud, que abocaría necesariamente en la más absoluta inseguridad en la interpretación del tipo”.

¹⁰³ Defienden esta postura varios autores: BLANCO CORDERO, Isidoro, Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica, Apen 1997, 575-603, 578, al entender que “el deber de información terapéutica forma parte del tratamiento como tal, constituye una exigencia derivada de las propias reglas del arte médico. Se trata de un deber encuadrable, por tanto dentro de la *lex artis*”; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, pról. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Barcelona, Bosch, 2001, 314, señala que el consentimiento informado integra el deber de cuidado que el médico está obligado a observar pero no se incluye dentro de la *lex artis*, constituida por reglas técnicas. Otra cuestión es la de la información terapéutica. Recogiendo las reflexiones de BLANCO CORDERO, afirma que “el deber de información terapéutica forma parte del tratamiento como tal, constituye una exigencia derivada de las propias reglas del arte médico. Se trata de un deber encuadrable, por tanto, dentro de la *lex artis*”; en el mismo sentido, HAVA GARCÍA, Esther, La imprudencia médica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 54 ss.

timiento se infrinjan las reglas técnicas aplicables. Parece que en esta segunda situación el desvalor de injusto es mayor que en la primera, sin embargo, las consecuencias penales serían prácticamente las mismas. Por último, deben ser también rechazados los argumentos que en aras de justicia material¹⁰⁴, tratan de resolver teóricos vacíos legales, cuando se dice que la intervención médica realizada sin el consentimiento del paciente, aunque favorezca su salud y sea técnicamente correcta, merece un mayor reproche penal que el contemplado para un simple delito de coacciones¹⁰⁵. Es obvio que las lagunas de punibilidad deben ser resueltas por el legislador y que tratar de resolverlas a través de la reconducción de dichas conductas hacia tipos penales que no están pensados para su incriminación, supone emprender una peligrosa senda.

IV. Conclusiones y propuesta de lege ferenda: el delito de tratamiento médico arbitrario

En mi opinión, el elemento decisivo para resolver la cuestión del valor que el consentimiento informado posee respecto al análisis jurídicopenal de las actividades médico-sanitarias que inciden en el paciente ha de ser necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, en este caso, en el delito de lesiones. En el ordenamiento jurídico español, el art. 147 CP tipifica el delito de lesiones en los siguientes términos: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años (...)”. Esta descripción típica, introducida en el CP a través de la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, y que se mantuvo en el CP de 1995, refleja, por primera vez en la historia penal española¹⁰⁶, las tres vertientes del bien jurídico protegido en el delito de lesiones: la integridad corporal, la salud física y la salud mental. A diferencia de lo que hasta ese momento se consideraba como bien jurídico protegido por el delito de lesiones, reducido a la integridad física¹⁰⁷, esta

¹⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, Bosch, 1999, 15.

¹⁰⁵ Así, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, 69, afirma que “sostener que mientras no se tipifique un delito de tratamiento arbitrario, se produce una incontestable necesidad político-criminal de proteger la autodeterminación del paciente mediante los tipos que incriminan la lesión, supone el reconocimiento expreso de la analogía *in malam partem*. Haciendo nuestras las palabras de ULSENHEIMER, los posibles vacíos legales de la Parte especial tienen que ser colmados por el legislador, sin que a tal efecto puedan utilizarse otros tipos en franca infracción de la garantía criminal del constitucionalmente reconocido principio de legalidad”.

¹⁰⁶ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código Penal de 1995*, PJ 43/44-1996, 193-223, 197 s.

¹⁰⁷ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código Penal de 1995*, PJ 43/44-1996, 193-223, 195 s., señala al respecto que “a buen seguro que todavía se recuerdan las viejas tipologías de los delitos de lesiones vigentes hasta el año 1989. Muchos años antes de su

nueva tipificación permite identificar el bien jurídico con la “salud”, entendida en un sentido amplio, incluyendo tanto la salud física como la psíquica¹⁰⁸. Desde este punto de vista, la integridad física se concibe con carácter instrumental respecto a aquélla, hasta tal punto que en determinados supuestos puede ser contraria a la salud misma. Así, las intervenciones quirúrgicas que consisten en la extirpación de un órgano o miembro: tumores, un miembro gangrenado. En estos casos, la conducta de extirpar “atenta” contra la integridad corporal, pero no debe considerarse típica por cuanto no produce un perjuicio sino un beneficio para la salud¹⁰⁹. La actividad médico-sanitaria no es atípica por el simple hecho de que se realiza con la intención de curar, sino porque se realiza de acuerdo con el deber de cuidado requerido en esa situación¹¹⁰, cuestión directamente relacionada con la *lex artis* médica, ya definida como “conjunto de reglas técnicas que rigen en la actividad médico-sanitaria”, algo que definirá el juez partiendo de datos proporcionados por la ciencia médica, independientemente del concepto que de salud tenga el paciente. Lo contrario supondría supeditar la concreción y delimitación del bien jurídico a la decisión de una de las partes intervinientes en el conflicto, el paciente. Además, en el caso del delito de lesiones, no se protege la libertad de disposición sobre el propio cuerpo, o sobre la salud. Para salvaguardar el bien jurídico libertad, entendida como libertad de decisión de la persona, existen tipos penales específicos.

Todo esto no quiere decir que el médico, o el personal sanitario en general, puedan obrar con total libertad sobre el cuerpo, la mente o la vida del paciente, sin informarle y sin contar con su consentimiento. Decir que el consentimiento informado del paciente es irrelevante desde el punto de vista penal es exagerado y carece de sentido. Nadie postula esta solución, y tampoco aquellos que considera-

reforma, éstas ya habían quedado, desde el punto de vista ideológico y político-criminal, obsoletas porque, básicamente obedecían a concepciones decimonónicas en torno al bien jurídico protegido y, por tanto, muy mecanicistas y estrechas. Tan sólo muy tímidamente, a través de algunas reformas históricas, había sido capaz el legislador de tener en cuenta otros componentes del concepto de salud distintos de la integridad física personal, pero ésta seguía siendo, sin duda, la idea básica sobre la que se sustentaba el objeto de tutela en los delitos de lesiones”.

¹⁰⁸ *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 788 s.; ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la integridad corporal y la salud, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 925; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 51 s.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 107.

¹⁰⁹ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 789.

¹¹⁰ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 49 ss.

mos que la falta del consentimiento del paciente no se deba reconducir a un delito de lesiones¹¹¹. Al contrario, el consentimiento del paciente, y su premisa, la información otorgada por el personal sanitario, con todos los requisitos exigidos legalmente¹¹², constituyen el presupuesto de la intervención médica, siempre que la misma se realice dentro de los límites que el propio consentimiento señaló y conforme a la diligencia debida. Si el profesional sanitario no respeta este presupuesto, incurrirá en un ilícito penal por atentar contra la libertad del paciente, posiblemente en un delito de coacciones, del art. 172 CP.

La diferenciación de dos bienes jurídicos, como la salud y la libertad del paciente, da lugar a diferentes soluciones jurídicas según cuál haya sido el comportamiento del personal sanitario. En el caso de que se ejecute la intervención sanitaria sobre el paciente de acuerdo con el deber de cuidado requerido, y con el consentimiento válidamente emitido por el paciente, lo cual supone la previa información del médico en los términos estipulados legalmente, la conducta será atípica. Si la intervención sanitaria se realiza con el consentimiento del paciente, pero infringiendo el deber de cuidado y causándole un resultado lesivo, la conducta será constitutiva de un delito de lesiones imprudente. Si la conducta del médico no infringe el deber de cuidado, pero se realiza sin el consentimiento del paciente, bien por defectos en la información proporcionada, bien por vicios en el momento de otorgarla, bien porque simplemente no ha habido ningún consentimiento, o porque se realiza en contra de la voluntad expresa del paciente, entonces la conducta del médico será constitutiva de un delito contra la libertad. Por último, si falta el consentimiento y además el médico actuó sin el cuidado debido produciendo unas lesiones, existirá un concurso real entre un delito de lesiones imprudente y un delito de coacciones, o el que en su caso se pueda plantear.

No obstante, considero necesaria la inclusión de un delito de tratamiento médico arbitrario en el CP español¹¹³, entre los delitos contra la libertad, que podría acom-

¹¹¹ Como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CERESO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981, 9 ss., 285 ss., “hasta ahora me he referido al consentimiento del interesado –del paciente– para rechazarlo o eludiendo entrar a fondo en este tema en relación con los tratamientos curativos. Ello no quiere decir, y ya se ha insistido en dejarlo claramente expuesto, que no se le confiera ninguna trascendencia en la actividad curativa del médico; muy al contrario, su importancia es capital. (...) La afirmación de falta de tipicidad de lesiones no quiere decir que el médico no precise del consentimiento, pero no, (...) como causa de justificación, sino como elemento que excluye incurrir en el tipo de coacciones. No puede aceptarse que el consentimiento sirva para excluir, junto con otros elementos, el tipo de lesiones”.

¹¹² En España, establecidos en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹¹³ Junto con un sector de la doctrina en el que se incluyen, entre otros, ANTÓN ONECA, José, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en: *Estudios de Deusto*, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791, no llega a proponer la introducción de un tipo específico, pero deja entrever su valoración positiva; HIGUERA

pañarse de otro precepto relativo a la punición del tratamiento médico que imprudentemente causa un resultado lesivo al paciente, aunque este último no es tan necesario como el primero, ya que se trata de una conducta encajable en el delito de lesiones tal y como se encuentra redactado en la actualidad. A través de este tipo, el legislador zanjaría la polémica sobre la relación entre el delito de lesiones y el tratamiento médico, excluyendo explícitamente del marco de las lesiones todo aquel tratamiento curativo que en su ejecución cumpliera con determinados requisitos objetivos, como, por ejemplo, ser realizado con indicación médica, conforme al estado de la ciencia y, en su caso, por un profesional sanitario, sin que fuese necesario acudir al consentimiento del paciente como expediente justificante de la actividad médica, al menos cuando nos encontramos en el marco de los delitos contra la salud y la integridad física. Además, esta solución pondría fin al peligroso proceso de criminalización que supone entender la actividad médica como una conducta inicialmente típica necesitada de justificación para su licitud. Este concepto siembra una sospecha permanente sobre la actividad médica, hecho que genera graves y perniciosos efectos para un sector clave de la sociedad como es éste. Se produce un deterioro de la imagen social del médico, que conduce a continuas dudas por parte del paciente sobre lo que el profesional sanitario opina o prescribe. Esto mina progresivamente la relación médico-paciente, generando desconfianza en el sanitario, lo que repercute, en muchas ocasiones, en una atención sanitaria menos efectiva y también menos eficiente, cuyo máximo exponente es el fenómeno conocido como “medicina defensiva”, en definitiva, una atención sanitaria peor. Pero además puede conducir a una pérdida de la autoestima del profesional sanitario, que ve como una actividad extremadamente difícil y que exige una preparación continua a lo largo de toda la vida profesional es, nada más y nada menos, desvalorada jurídicopenalmente, algo que a poco que nos paremos a pensar puede provocar unas repercusiones indeseables para la sociedad en su conjunto. El sanitario es un profesional que, en mi opinión, debe ser mimado para, al mismo tiempo, poder pedirle el máximo, porque los bienes jurídicos con los que

GUIMERÁ, Juan Felipe, El delito de coacciones, 2.^a ed., pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1983, 219; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.^o ed., Madrid, Ceura, 1987, 164; JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 82 s.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVÉ, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996, 167 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 70; ROMEO MALANDA, Sergio, 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, Revista Penal 35-2015, 173-188, 186 ss., quien a pesar de defender, coincidiendo con la jurisprudencia española, que la intervención médica constituye un delito de lesiones si no cuenta con el consentimiento del paciente, acaba concluyendo que es necesaria la introducción en el CP español de un tratamiento médico arbitrario, aunque lo ubicaría entre los delitos de lesiones y no entre los delitos contra la libertad.

trata así lo exigen, y para mantener el balance equilibrado debemos ser cuidadosos en extremo con la forma en la que jurídicamente concebimos esta actividad, porque en función de esa concepción estaremos transmitiendo a la sociedad un mensaje en un sentido o en otro, y desencadenando también unas determinadas consecuencias. La introducción de un delito de tratamiento médico arbitrario no sólo me parece interesante por lo ya expuesto, sino que además la considero acertada desde el punto de vista dogmático, puesto que permitiría dar respuesta a una conducta delictiva en el ámbito médico-sanitario manteniendo la coherencia sistemática sobre la que se edifica el Derecho penal. El tratamiento médico curativo que atenta contra la salud del paciente sería punible conforme al delito de lesiones, mientras que si el tratamiento médico es realizado sin el consentimiento del paciente, se castigaría como un delito contra la libertad de ese paciente, a través del delito de tratamiento médico arbitrario. Esta coherencia sistemática permite proteger de una manera más adecuada y justa cada uno de los bienes jurídicos del paciente que se puedan ver afectados por la intervención médica. La inclusión de los tratamientos médicos curativos realizados sin el consentimiento del paciente en los delitos de lesiones responde a la necesidad de no dejar impunes estas conductas y en tratar de dar una respuesta penal acorde con el grado de injusto de una conducta médica que se considera extraordinariamente grave, entendiendo que los delitos contra la libertad, bien sean los tradicionales delitos de coacciones o un hipotético delito de tratamiento médico arbitrario, no responderían plenamente al grado punitivo demandado. Sin embargo, en mi opinión, constituye un error tratar de resolver una supuesta laguna punitiva a través de un quiebro dogmático, incluyendo conductas que atentan contra la libertad en delitos que tratan de proteger la salud y la integridad física¹¹⁴. Además de ser una solución carente de coherencia con el sistema penal, resulta injusta con el propio paciente, dejando sin la respuesta penal que merecerían aquellos supuestos en los que junto a la actuación sin el consentimiento del paciente, se causa una lesión “real”, por afectar negativamente a su salud. Además, no hay razón para afirmar que un delito de tratamiento médico arbitrario suponga una respuesta penal laxa frente a una conducta tan grave como la del médico que lleva a cabo una intervención sobre el cuerpo del paciente sin contar con su consentimiento. Esto es algo que dependerá de la consecuencia penal que un tipo de estas características atribuya a una conducta como la descrita, y esta cuestión, como siempre, dependerá del valor jurídico que en el seno de una sociedad y en un momento histórico se le quiera atribuir a un determinado bien jurídico, en

¹¹⁴ En este sentido, KAUFMANN, Arthur, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384, 374; BOCKELMANN, Paul, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 71; ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 152; STEFFEN, Orben, Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2010, 17.

este caso, al derecho a decidir sobre la propia salud, como expresión especial del derecho a la libertad individual. Y si se considera que la libertad individual para decidir sobre el propio cuerpo y sobre la propia salud está por encima del valor que éste último pueda tener, habrá que asignarle a la conducta que atenta contra éste una pena proporcional a esa gravedad. Ésta es la solución adoptada en alguno de los Códigos penales que contemplan un delito de tratamiento médico arbitrario, que lejos de dejar impune o privilegiar la conducta del médico que realiza una intervención sin contar con la voluntad del paciente, establece un régimen punitivo extremadamente gravoso y restrictivo para el profesional sanitario que se atreve a emprender un tratamiento, una prueba diagnóstica o cualquier otra actuación sobre el paciente sin contar con su consentimiento. Por ejemplo, el art. 156 CP portugués señala que el médico que realice un tratamiento curativo sin el consentimiento del paciente podrá ser castigado con una pena de prisión de hasta 3 años, equiparándola así a la pena que le pudiera corresponder a cualquiera por cometer un delito de lesiones doloso, para el que el art. 143 CP portugués (tipo básico del delito de lesiones) también contempla una pena de prisión de hasta tres años y triplicando la gravedad de la respuesta penal frente al delito de lesiones imprudente, que en la mayoría de los casos sería el susceptible de aplicación para las intervenciones médicas, tipificado en el art. 148 CP portugués, y para el que se contempla una pena como máximo de 1 año de prisión.

Bibliografía

- ANTÓN ONECA, José, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965.
- ARZT, Gunther, Strafrecht. BT I (Delikte gegen die Person), Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1977.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, PJ 12-1990, 147-162.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del TS de 14 de marzo de 1979), ADPCP 1979, 491-500.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987.
- BELING, Ernst, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44-1924, 220-244.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica, Apen 1997, 575-603.
- BOCKELMANN, Paul, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Georg Thieme, 1968.
- BOCKELMANN, Paul, Der ärztliche Heileingriff in Beiträg zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, ZStW 93-1981, 105-150.
- BOTTKE, Wilfried, Suizid und Strafrecht, Berlin, Duncker und Humblot, 1982.

- BRÜCKMANN, Arthur, Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Negatives und Positives, ZStW 24-1904, 657-714.
- BUENO ARÚS, Francisco, El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario, Apen 1991, 395-406.
- CARDONA LLORENS, Antonio, Estudio médico-penal del delito de lesiones, pról. MARTÍ LLORET, Juan, Madrid, Edersa, 1988.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en LH-Torío, 1999
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, Ejercicio de las profesiones sanitarias y delitos imprudentes, CuadDJ 2005-XVI, 17-49.
- DA COSTA ANDRADE, Manuel, Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, pról. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Madrid, Colex, 1995.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, La regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código Penal de 1995, PJ 43/44-1996, 193-223.
- DÍAZ VALCÁRCCEL, Luis M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, La disponibilidad de la salud e integridad personales, CuadDJ 1995-XXXI, 111-148.
- ENGISCH, Karl, Ärztlicher Eingriff zu Heilwechen und Einwilligung, ZStW 58-1939, 1-52.
- ESER, Albin, Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97-1985, 1-46.
- ESER, Albin, Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988.
- ESER, Albin, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado", pról. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Barcelona, Bosch, 2001.
- FINGER, Augustin, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, ZStW 20-1900, 12- 32.
- GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/ MOLINOS COBO, Juan J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada, Comares, 1997.
- GUÉREZ TRICARICO, Pablo, El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, pról. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- GRÜNWARD, Gerald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73-1961, 5-44.
- HAVA GARCÍA, Esther, La imprudencia médica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, El delito de coacciones, 2.ª ed., pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1983.

- JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación, 2.^a ed., trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín/GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JERICÓ OJER, Leticia, Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, José Francisco/ARCOS VIEIRA, María Luisa (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.
- JESCHECK, Hans Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.^a ed. y adiciones MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.^a ed. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, Comares, 2002.
- JORGE BARREIRO, Agustín, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 1982, 5-33.
- JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990.
- JORGE BARREIRO, Agustín, Derecho a la información y el consentimiento informado, en: LAFARGA I TRAVER, Josep Lluís (coord.), IV Congreso "Derecho y Salud". Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios (Donostia, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995), Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1996.
- KAHKL, Wilhelm, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29-1909, 351-371.
- KAUFMANN, Arthur, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384.
- KNAUER, Christoph, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung-überzogene Anforderungen an den Arzt?, en: ROXIN/SCHROTH (ed.), Handbuch des Medizinstrafrecht, 4.^a, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimer, Dresden, Richard Boorberg, 2010.
- KRAUSS, Detlef, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979.
- KUHLEND AHL, Hans, Ärztlicher Entscheidungsspielraum - Handlungszwänge, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), 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.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El consentimiento informado, en: MARTÍNEZ MARTÍN, Diego José (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, en: MIR PUIG (ed.), Avances de la Medicina y Derecho Penal, Barcelona, PPU, 1988.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 7.^a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1994.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar, 18.^a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2007.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, Esterilizaciones y cirugía transexual, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis /DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (coord.), Derecho médico. Tratado de Derecho médico, t. I, II, III, Madrid, Colex, 2001.

- MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz, Derecho Penal. PG 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7.^a ed. alemana BOFILL, supervisada por DONNA, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MOYANO GARCÍA, Ricardo, Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. PE, 20.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- NIESE, Werner, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztliche Heileingriff, en: Festschrift für Eberhard Schmidt, 2.^a ed., Göttingen, Vandenhoeck und Rupprecht, 1971.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, Derecho penal. PG: Teoría jurídica del delito, 2.^a ed., Madrid, Castellanos, 1986.
- PALOU BRETONES, Antonio, Responsabilidad del personal sanitario, LL 1999-6, 1934-1957.
- QUERALT JIMÉNZ, Joan J., Derecho penal español. PE, 7.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español, PG, 18.^a ed., Madrid, Dykinson, 1995.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pról. CEREZO MIR, José, Barcelona, Bosch, 1981.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico ante el Derecho, pról. HORNO LIRIA, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, Apen 1996.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la integridad corporal y la salud, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999.
- ROMEO MALANDA, Sergio, Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes, CPC 110-2013, 73-113.
- ROMEO MALANDA, Sergio, 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, Revista Penal 35-2015, 173-188.
- ROXIN, Claus, AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.^a ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.^a ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas, 1997).
- SCHMIDT, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig, Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999.
- SCHWALM, Georg, Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979.
- SILVA DIAS, Augusto, Direito penal. Parte especial. Crimes contra a vida e a integridade física, 3.^a ed., Lisboa, aafdl, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Medicinas alternativas e imprudencia médica, Barcelona, Bosch, 1999.
- STEFFEN, Orben, Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2004.
- STOOS, Carl, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: eine strafrechtliche Studie, Berlin, Liebmann, 1898.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, El consentimiento en las lesiones, Pamplona, Studium Generale, 1959.
- ULSENHEIMER, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 5.^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015.

- VAZ RODRIGUEZ, João, O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), pról. DE OLIVEIRA, Guilherme, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- VON GERLACH, Annette, Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung, en: KAUFMANN, Arthur (dir.), Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereich, Heidelberg, C.F. Müller, 1989.
- ZIPF, Heinz, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB), en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979.
- ZIPF, Heinz, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988.