

## ***“LA NO NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA”.***

Juan A. Martín Tejedor

### **1. EXIGENCIA GENERAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

Sin duda, juega el consentimiento en muchos casos un papel moral (como forma de expresión de la autonomía individual del paciente), pero también, y fundamentalmente, un papel legal, actuando como arma procesal, bien sea ofensiva en manos del paciente, bien defensiva al servicio del médico, pasando a tener una definición típicamente jurídica. La autodeterminación del paciente toma la forma de un requerimiento de revelar riesgos, de modo que la no revelación de éstos puede hacer responsable una actividad médica, (que, por lo demás, ha podido ser irreprochable), cuando se verifica un riesgo del que no se informó al paciente, como afirma A. Pelayo González-Torre. Pero el consentimiento informado no funciona principalmente como una cuestión de autonomía, sino que juega tácticamente como una estrategia de poder, redistribuyendo los riesgos de una intervención médica. Hay dos formas básicas de entender el consentimiento jurídicamente: como derecho del paciente a proteger su autonomía personal, (en cuyo caso su ausencia implicaría un actuar antijurídico por el médico), o como un deber más de éste para con el paciente incluido en la actividad curativa, (en este caso, a diferencia del primero, la responsabilidad depende de la materialización de un daño corporal sobre el enfermo). En España, el hecho de que normalmente se canalice la responsabilidad del médico por medio del delito de lesiones supone que se necesita no sólo la violación de la voluntad del paciente, sino la producción de un daño, para que pueda darse responsabilidad, aunque es cierto que la intervención médica realizada sin consentimiento determina por sí sola, y con independencia del daño, un delito de coacciones (no obstante, en la práctica hay pocas demandas por este tipo, y, además, tanto la jurisprudencia como los tribunales son reacios a contemplar la autonomía de la voluntad como un derecho capaz de hacerse efectivo en las relaciones médicas, como apunta A. Pelayo González-Torre). Así pues, al exigirse el consentimiento informado, la responsabilidad médica aparece cuan-

do se materializa un daño, aunque no se pruebe la negligencia o haya sido fruto del azar, siempre que no haya existido información o consentimiento (se considera la ausencia de éstos como causa del daño, pues se presume que no se hubiera consentido de haber sido informado; se trata de los casos en los que el paciente alegue no habersele informado de un riesgo, luego materializado, que, de haber conocido, le habría llevado a desistir de la intervención, lo que conllevará la correspondiente responsabilidad -indemnización de daños y perjuicios e incluso penal-, pero incluso la infracción del deber de información puede comportar un daño moral -indemnizable por sí mismo-).

Ahora bien, el consentimiento puede pasar también a legitimar la actuación del médico, al capacitar a éste para ejercer su profesión conforme al criterio pactado y liberarle de la responsabilidad en el ámbito de los riesgos cubiertos por el consentimiento del paciente. Así es como el consentimiento redistribuye los riesgos.

Como afirma J. J. Molinos Cobo, se ha diferenciado entre varios tipos de actividades sanitarias: la curativa y la experimentación terapéutica, de un lado (que persiguen eliminar un riesgo preexistente), y la no curativa (cirugía estética por ej.) y la experimentación pura, de otro, (que crean un riesgo para la salud del paciente que no existía antes). Pues bien, cuando exista un riesgo para la salud que precise de una actividad curativa o de una experimentación terapéutica, es el enfermo quien decidirá si se somete o no a éstas; de igual modo, ha de recaer también el consentimiento del paciente cuando se va a generar un riesgo para su salud a través de una actividad no curativa o de la experimentación pura, dado que nadie puede disponer del derecho a la salud del que el mismo es titular, ni realizar un acto que lo ponga en peligro sin su consentimiento.

Lógicamente, las consecuencias de la falta de éste serán distintas según se trate de una actividad curativa o no, dada la preexistencia de riesgo en una y la creación de un peligro ex novo en otra, lo que hace que en esta segunda el consentimiento debe exigirse con un mayor rigor que en la primera (aunque sea en ambos casos preciso).

## **2. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA GENERAL.**

Así pues, como regla general, el consentimiento informado es el presupuesto que legitima la actuación médica, pero hay excepciones, que se recogen en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, en su artículo 10.6:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no este capacitado el paciente para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

- c) Cuando la urgencia no permita demora, por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Nos encontramos, en todo caso, ante un conflicto de intereses:

- a) el deber de conservar la vida y la salud (pública en algunos casos),
- b) el derecho de la persona a la autodeterminación, libertad ideológica o religiosa y a la propia dignidad.

### **3. RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA.**

Comencemos por la primera excepción contemplada en la precitada Ley: cuando la falta de actuación conlleva un riesgo para la salud pública.

Afirma J. Sánchez Caro que debe ponerse en relación con la facultad de las autoridades competentes para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de los enfermos o de personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y con el medio ambiente inmediato, cuando se aprecien indicios racionales de peligro para la salud de la población, y especialmente en los casos de riesgo transmisible. Son los casos de intervención obligada, tanto para paciente como para profesional, en aras de la salud pública, (tratamiento forzado de enfermedades transmisibles, vacunaciones obligatorias y demás medidas de reconocimiento, control, tratamiento y hospitalización obligatorias previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, sobre medidas especiales en materia de salud pública).

Concretamente, el art. 3º de esta Ley establece: “Con el fin de controlar enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Y el art. 5.1 e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 04.11.50, prevé el “internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicomano o de un vagabundo”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19.12.66, posibilita la injerencia de la autoridad pública, en tanto estén previstas las medidas en la Ley y constituyan el medio necesario, en una sociedad democrática para la protección de la salud o de los derechos y libertades de los demás”.

Por otro lado, la Constitución Española, en su art. 81.1, establece que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, por lo que es precisa una ley orgánica para excepcionar la necesidad de consentimiento, requisito que no cumple la Ley General de Sanidad, pero si la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, mediante cuyo desarrollo se puede realizar, en principio, la imposición obligatoria de un tratamiento en esas circunstancias, con la finalidad de proteger la salud pública, auténtico tratamiento coactivo que, al ser impuesto por la ley, queda justificado, es decir, que se puede considerar justificada la conducta del médico que lo realiza por aplicación de esta eximente, (el art. 20.5 del Código Penal declara exento de responsabilidad criminal al que “obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”), si bien para ello será preciso que:

- a) Exista un deber jurídico como presupuesto.
- b) El médico tenga la condición de sujeto activo, encargado de dicho tratamiento, a fin de evitar el resultado dañoso para la colectividad o el propio enfermo.
- c) Exista necesidad del mismo, (comprobación de la enfermedad y su adecuación para causar ese riesgo).
- d) Exista proporcionalidad de la medida (sólo durante el tiempo necesario y de acuerdo con la gravedad del caso), requisitos a los que se añadirá un límite absoluto, que es que no se podrá lesionar la dignidad de la persona.

Sin embargo, y esto es importante, ni en la Ley General de Sanidad ni en la de Medidas Especiales se establece un deber directo de actuar para el médico, por lo que será precisa una norma que contenga dicho mandato (asimismo, la disposición dictada al respecto por autoridad pública que no tenga el rango de ley orgánica no podrá justificar la actuación del médico en base al cumplimiento de un deber, por lo ya dicho en relación con lo preceptuado en el art. 81 de la Constitución Española), pero, aunque existiese ese mandato jurídico expreso, sería necesario, para ampararle acudiendo a la eximente de cumplimiento del deber, que se diesen los otros requisitos antes vistos de ésta, es decir, que la acción fuese necesaria, (único medio posible para cumplir el deber de preservar la salud pública, ante la concurrencia de razones de alta probabilidad de producción de un peligro grave para ésta) y proporcional.

Por tanto, podemos concluir manifestando que en nuestro ordenamiento no hay ninguna norma que obligue al médico a actuar en casos de alta probabilidad de deterioro de la salud pública, sin el consentimiento previo del paciente, por lo que, si lo hace, incurrirá en responsabilidad criminal, (aunque consiga curar al enfermo o evitar el riesgo para la salud pública).

Es preciso, en este apartado, hacer una breve mención acerca de la posible responsabilidad del médico que decida intervenir en contra de la voluntad del recluso de institución penitenciaria, en caso de enfermedad infectocontagiosa. Hay que comenzar indicando que la Ley General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario imponen a la Administración Penitenciaria una función asistencial en relación con los internos, una de cuyas facetas es la asistencia sanitaria, obligación directa del médico de estos centros. Y así el art. 144.1 del citado Reglamento establece que “si se observase la existencia de un caso de enfermedad infectocontagiosa, se procederá al aislamiento del enfermo y a la desinfección de sus ropas y utensilios, sometién-dose también a exploración sanitaria a los internos que con él hayan convivido y extremándose las oportunas medidas higiénicas”. Existe, por tanto, una obligación jurídica específica para el médico de actuar para evitar la propagación de la enfermedad, que se mantiene con independencia de la voluntad del enfermo, aunque, como comentamos más arriba, deben observarse en todo caso el resto de los requisitos de la eximente de cumplimiento de un deber (necesidad y proporcionalidad).

Por tanto, esta eximente podrá justificar tratamientos médicos, incluso contra la voluntad del paciente, siempre que exista un deber de actuar expresamente impuesto por el ordenamiento y la medida sea necesaria y proporcional, (como en los casos expuestos de carácter penitenciario). Sin embargo, hay casos en que, no estando justificada la medida sanitaria obligatoria para protección de la salud pública por la eximente de cumplimiento de un deber, sí se puede alegar, en cambio, la de estado de necesidad (art. 20. 5ª del Código Penal de 1.995). Vamos a verlos.

Como dije al principio, también aquí se plantea un conflicto de intereses: la autodeterminación de un sujeto y la salud pública. Como es sabido, la situación de necesidad supone un peligro de deterioro inminente (actual y de adecuada probabilidad) e inevitable (por otros medios menos lesivos que el elegido) de un bien o interés, siendo requisitos de esta eximente 5ª:

- a) Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, para lo que habrá que realizar una ponderación de los intereses en conflicto, pudiendo servir las siguientes reglas para llevarla a cabo:
  - 1ª Establecer la relación jerárquica entre los bienes, a la vista de todo el ordenamiento jurídico.
  - 2ª Es muy importante el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.
  - 3ª La diferencia entre ambas deberá ser esencial (marcada).
  - 4ª No podrán afectarse bienes individuales (y en ningún caso se podrá justificar la acción que signifique la muerte de otro).
- b) Que la situación de necesidad (el conflicto de intereses) no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto.

- c) Que el necesitado no debe estar obligado (jurídicamente) por su oficio o cargo a sacrificarse, (deber no absoluto, pues la eximente se puede apreciar, no obstante, en casos de desproporción de intereses o cuando el sacrificio sea inútil).

Trasladando lo visto en materia de estado de necesidad a la excepción de la necesidad de consentimiento que no viene ocupando, (“cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública”), debemos decir que para poder apreciar esta eximente es necesario que se cumplan todos y cada uno de sus requisitos. Dado que la protección de la salud pública sólo tiene razón de ser en cuanto sirve como protección de la individual, no basta con que se origine una merma en el estado de salud de la población, sino que es preciso que la misma cree un peligro grave de lesión de los bienes jurídicos individuales. Por tanto, el art. 10.6 a) de la Ley General de Sanidad hay que interpretarlo en este sentido: el médico puede actuar sin el consentimiento del individuo cuando la lesión de la salud pública conlleve un peligro de lesión de la salud de las particulares.

Además, es preciso, tal y como dije más arriba en relación con los requisitos del estado de necesidad, que la situación sanitaria origine un peligro grave, inminente e inevitable para la salud individual de cada ciudadano o particular, y que con la acción elegida no se afecten bienes individuales, si bien es preciso matizar este último: la salvación de un interés colectivo no puede justificar el sacrificio de la vida o de la integridad personal, pero sí la autodeterminación (hospitalización coactiva, por ejemplo) si es el único medio para salvaguardar la salud pública, aunque, en todo caso, con el obligado respeto a la dignidad de la persona (límite infranqueable).

No obstante, como afirma algún sector doctrinal, es difícil que se pueda presentar una situación de necesidad provocada por una emergencia sanitaria que haga inminente e inevitable la lesión si no se sacrifica el interés individual.

Para finalizar, en lo que a esta 1ª excepción respecta, podemos afirmar, como dice Sánchez Caro, que el fundamento de la limitación se encuentra en la preferencia, en casos límites, de la salud colectiva sobre la libertad individual y en supuestos legitimados por razones sanitarias, debiendo la autoridad sanitaria, para ejercer estas medidas especiales, tener en cuenta los límites que impone la Ley General de Sanidad en materia de restricción de la libertad individual, (no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida, etc.).

#### **4. INCAPACIDAD PARA DECIDIR.**

Pasando ya a la segunda excepción al principio general de necesidad del consentimiento, contemplada en el art. 10.6 b) de la Ley General de Sanidad,

(“cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o allegados”), es preciso comenzar haciendo mención a los dos tipos de incapacidades: de derecho, (por sentencia de incapacidad, menor de edad sin suficiente juicio, etc.), y de hecho (enfermo inconsciente, etc.). J. J. Molinos Cobo habla de que, en caso de incapacidad para prestar el consentimiento, éste se deberá otorgar por el representante legal (padres o tutor) y, en su defecto, por los familiares del enfermo, y de que, teóricamente, representante legal sólo existirá en los casos de menores de edad e incapaces, aunque nuestra legislación establece el orden de representación para el caso de que el mayor sea incapaz, entendiéndolo, y en esto comparto su criterio, que no debe exigirse al médico saber quién sería el representante legal del enfermo inconsciente para recabar su consentimiento, sino que basta con que se dirija al que estime más caracterizado, si bien se aconseja seguir dicho orden y solicitar, por tanto, el consentimiento, primero del cónyuge no separado, en su defecto a los padres, y, en defecto de éstos, al hijo mayor de 18 años, otro ascendiente o hermanos, sin perjuicio de que la generalidad de la doctrina estime que, si el profesional conoce la existencia de otra persona con la que el enfermo sostenga de hecho “lazos más vivos”, a ésta pueda pedírsele el consentimiento.

Cobrerros Mendazona plantea 2 situaciones en este punto:

- a) Enfermo incapacitado para tomar decisiones del que no se conocen familiares o allegados que puedan suplir su consentimiento. En este caso, según él, el médico podría suplir el consentimiento hasta tanto el paciente o un familiar puedan asumir la responsabilidad del proceso terapéutico, con lo que el supuesto podría reconducirse al caso de urgencia. Yo entiendo que en este caso, si no existe urgencia, se debe solicitar la autorización del juez para intervenir, (el médico no tiene la condición de allegado y no puede actuar de forma “paternalista”, o incluso “perfeccionista”, decidiendo por el paciente lo que ha de hacerse en su beneficio), trasladando al plano judicial la decisión a adoptar de acuerdo con lo preceptuado en el correspondiente ordenamiento jurídico).
- b) Supuesto de negativa de pacientes o allegados a consentir un tratamiento, la cual resulta perjudicial para la salud del paciente. Entiende que el médico o la dirección del centro deben dirigirse al juez en solicitud de autorización, y si el enfermo se encontrara en una situación de riesgo inminente, lesiones irreversibles o posibilidad de fallecimiento, actuarán por sí mismos, haciendo coincidir el supuesto con el caso de urgencia, modo de actuar que comparto plenamente.

Pero hay más: puede ocurrir que en el curso de la intervención se plantee la necesidad de realizar otra nueva para la que no prestó consentimiento el pacien-

te, en ese instante inconsciente. En este caso se pueden considerar las siguientes opciones:

- a) Si la actuación nueva es precisa para llevar a cabo la primera, debe entenderse prestado el consentimiento de forma tácita, pues se estima que recae sobre la intervención y sobre cuanto sea necesario para ésta.
- b) Si la nueva intervención no es complicada y no es precisa para ejecutar la primera, J. J. Molinos Cobo afirma que se puede presumir el consentimiento, por ser ilógico que el paciente deba sufrir de nuevo los inconvenientes de otra intervención, cuando con una sola bastaría, si bien lo razonable, si no hay premura, será pedir el consentimiento de los familiares presentes.

A la vista del último devenir jurisprudencial en relación con este supuesto, mi opinión es que no debe llevarse a cabo, toda vez que jurídicamente la situación de inconsciencia del paciente en este caso no es subsumible en la de incapacidad de hecho que he mencionado más arriba.

- c) Si la nueva actuación supone unos riesgos extraordinarios, inexistentes en la anterior, habrá de solicitarse nuevo consentimiento del paciente, a no ser que ello suponga una demora que coloque en grave peligro la salud del paciente, opinión que comparto, en coherencia con lo manifestado en el apartado anterior.

Voy a tratar finalmente, dentro de esta segunda excepción b) del art. 10.6 de la Ley General de Sanidad, la problemática de los enfermos mentales. Como es sabido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 04.11.50, establece (art. 5.1) que “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. Requiere el precepto, pues, que se contemplen expresamente en las legislaciones nacionales los diferentes supuestos en que se puede ejecutar el internamiento, (si no hay norma que autorice el internamiento y establezca el procedimiento, éste no será posible). Como afirma Pilar Gómez Pavón, aun cuando no se trate de una medida de seguridad, ya que el texto del Convenio nada dice al respecto, este precepto del mismo parece responder a la finalidad de las predelictuales, medidas que se critican hoy en la doctrina penal por el quebranto que suponen de la seguridad jurídica (al no exigirse la comisión previa del delito y ser el estado de peligrosidad “peligroso” en sí mismo y difícilmente definible).

En España, el art. 21 del Código Penal vigente considera como enajenado mental a quien, como consecuencia de una alteración patológica, padece una anulación o disminución relevante de sus capacidades para conocer la norma y/o adecuar su conducta a dicho conocimiento. Se trata pues de establecer si, ante un hecho concreto, una persona reúne los requisitos necesarios para poder ser declarado culpable (para ser declarado imputable), de modo que, si es inimputable, la consecuencia penal es la adopción de las medidas que el Código Penal prevee para estas personas. Según el art. 102 de éste, se trata de medidas de seguridad con una finalidad sobre todo curativa o educacional, pero es opinión mayoritaria que la causa del internamiento es la peligrosidad del sujeto y sólo es posible mientras ésta subsista. En cualquier caso, según Belloch, el internamiento sólo es posible en ausencia de otro tratamiento o medida, (no olvidar que la enfermedad mental no tiene que equivaler a priori a peligrosidad y necesidad de internamiento).

Y ya en el campo del Derecho Civil, se diferencian los casos de tratamientos médicos (hospitalización incluida) de enfermos mentales a causa de enfermedades o patología no mentales, de aquéllos en que el origen es la propia enfermedad mental. En el primer caso, si se ha declarado la incapacidad del paciente, el consentimiento para el tratamiento médico deberá emitirlo el tutor, obligado a velar por el tutelado, según el art. 269 del Código Civil, si bien no puede olvidarse que éste, en su art. 210, dispone que “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”, y en su art. 267 que “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”. Además, no puede olvidarse que, en tanto no se produzca la incapacitación legal, la persona conserva el pleno ejercicio de todos sus derechos, y, por tanto, no se puede establecer una presunción de incapacidad (como en el caso del menor), como acertadamente apunta Pilar Gómez Pavón.

Por tanto, el art. 10.6.b) de la Ley General de Sanidad no permite prescindir del consentimiento del paciente, sino que se debe interpretar según los preceptos del C. Civil, atendiendo en cada caso concreto a la capacidad del enfermo para comprender la trascendencia de aquello en lo que consiente, (además, ese artículo no ampara una situación de necesidad que pueda justificar el prescindir del consentimiento).

Cuando el internamiento tiene su causa en la propia enfermedad mental, debe considerarse lo preceptuado en el art. 211 del Código Civil, que establece la necesidad de previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hagan necesaria la adopción inmediata de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas. Este precepto prevé, por tanto, 2 supuestos (referidos a presuntos incapaces):

- a) Cuando no hay urgencia: no es posible acudir al internamiento sin previa autorización judicial (para conceder ésta, el Juez deberá examinar al paciente, oír el dictamen del facultativo designado por él -entendiendo que un psiquiatra, en la medida de lo posible, como afirma Carrasco Gómez, pues el emitido por un forense puede no acreditar fehacientemente el estado que motiva la incapacidad y la necesidad del internamiento- y poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal -a efectos de que éste promueva la declaración, si procede-).
- b) Cuando exista urgencia para el propio enfermo: aquí no se requiere la autorización judicial previa por concurrir un estado de necesidad, que, como dice López Barja de Quiroga, permite intervenir directamente en beneficio del paciente y siempre que la enfermedad precise de la adopción de dicha medida. Como vimos, el art. 211 ordena poner el internamiento en conocimiento del Juez cuanto antes y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, debiendo extenderse también a los supuestos de urgencia lo establecido en el 2º párrafo del mismo (en orden al examen de la persona, informe del facultativo y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal). El Juez podrá dar órdenes a los servicios asistenciales o policiales para hacer efectivo el internamiento ante la negativa o la imposibilidad del enfermo a hacerlo, llegando incluso a autorizar la entrada en el domicilio y proceder al traslado forzoso como afirman varios autores (O'Callaghan Muñoz y Peces Morate).

Pero hay un tercer supuesto, contemplado en el art. 271 del C. Civil: el internamiento del incapaz legal. En este caso el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, y el Juez, antes de darla, deberá oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si lo considera oportuno, y recabar los informes que le sean solicitados o estime pertinentes (aunque en este supuesto no sea preceptivo, como lo es en los otros dos, se considera que se deberá contar con informes que establezcan la necesidad del internamiento, ya que no toda enfermedad mental lo requiere).

## **5. URGENCIA QUE NO PERMITE DEMORA.**

La tercera excepción al principio de necesidad del consentimiento se contempla en el art. 10.6.c) de la Ley General de Sanidad: “Cuando la urgencia no permita demora, por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

En este sentido, el Código de Deontología Médica (art. 4.3) dispone que todo médico debe prestar asistencia urgente al enfermo accidentado, y la vulnera-

ción de este deber integra el tipo del delito de omisión del deber de socorro recogido en el art. 195 del Código Penal, con especial agravación para los profesionales sanitarios.

No es posible obtener en este caso el consentimiento del paciente porque se estima preponderante el derecho a la vida e integridad física del paciente e inaplazable la asistencia médica, como apunta J. Sánchez Caro. El médico estaría amparado siempre en este caso por la eximente del estado de necesidad, ya que el paciente no puede ejercer su libertad de elección. Es importante resaltar al respecto que la ley restringe en este supuesto el concepto de urgencia, que sólo puede ser aquélla en la que la demora en la instauración del tratamiento conduzca a la aparición de lesiones irreversibles o al fallecimiento, de modo que sólo podrán realizarse actuaciones médicas necesarias que no puedan retrasarse, (aquéllas cuyo aplazamiento es aceptable se excluyen de este supuesto).

A este respecto, es preciso mencionar lo que dice el Convenio de Oviedo, (relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina y que pasará a formar parte del Derecho español una vez se publique en el B.O.E.), a propósito de las situaciones de urgencia: “Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”.

Como afirma J.J. Molinos Cobo, si la intervención es urgente, de forma que recabar el consentimiento del enfermo o de sus familiares supone la pérdida de un tiempo necesario para la actuación, con peligro de muerte o lesiones graves, no se precisa el consentimiento y el profesional no sólo es que puede actuar, sino que debe intervenir, sin perjuicio de que, desaparecida la situación de emergencia, solicite la autorización para proseguir el tratamiento. En estos supuestos, más que una falta de consentimiento, existe un consentimiento presunto del propio paciente, pues cabe presumir que la voluntad del paciente, si estuviera en condiciones, sería la de acceder a la intervención.

Desde el punto de vista jurídico-penal, para amparar en este supuesto la conducta del médico con la eximente del estado de necesidad, es preciso que concurra realmente una situación de necesidad, así como el resto de los elementos de esta causa de justificación. La situación de necesidad es aquélla que supone un peligro grave, inminente e inevitable de pérdida o deterioro de un interés jurídico, que no se puede salvar sin producir la lesión o menoscabo de otro. Inminencia e inevitabilidad del riesgo que se plasman en la “urgencia que no admite demoras”, a que se refiere el art. 10.6.c) de la Ley General de Sanidad. Ya vimos cuáles son los requisitos del estado de necesidad, y ahora veamos si concurren en este supuesto:

- a) Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Aquí el conflicto de intereses se resuelve por la propia ley, al dar preferencia a la vida y salud sobre la libertad (el riesgo para la salud deberá ser grave, y en este sentido la Ley General de Sanidad exige un peligro de lesión irreversible -Pilar Gómez Pavón afirma que la redacción legal es defectuosa, al poder considerarse como tal sólo la que incida sobre la integridad corporal o salud física, excluyendo la psíquica; sin embargo, yo no comparto esa visión, al entender, como lo hace el Tribunal Supremo en sentencia de 27.10.92, que en el concepto de lesión se incluyen tanto las estrictamente físicas, como las psíquicas y las psicológicas-). Y en esa ponderación de intereses establecida en la ley juega un papel decisivo la imposibilidad del paciente para manifestar su voluntad (no es un supuesto de consentimiento presunto, sino de ausencia de manifestación de voluntad, pues, cuando se pueda presumir la oposición del paciente al tratamiento, la intervención médica no podrá ampararse en un estado de necesidad justificante, (es el caso del paciente que se niega en un momento previo y que luego llega a un estado en que no puede manifestar su voluntad).
- b) Que el sujeto no se haya colocado intencionadamente en esa situación: aquí el problema se origina en orden al derecho/deber de información, ya que la urgencia imprevisible e inesperada en el curso de una intervención médica hace posible prescindir del consentimiento, pero no es así cuando el riesgo es probable y previsible, (en este segundo caso no se puede aplicar un estado de necesidad completo como causa de justificación, pues si el médico sabe que probablemente por el padecimiento del sujeto y previsiblemente, dadas sus circunstancias concretas, puede aparecer dicha situación de urgencia, asume el tener que actuar sin la voluntad del paciente, prescindiendo de la misma si no le informa de ello y le solicita su consentimiento, respondiendo en el caso de que se presenten tales riesgos por un delito doloso de lesiones, en el que se aplica la eximente incompleta del art. 21.1ª del C. Penal, en relación con el 20.5 del mismo -"Son circunstancias atenuantes las causas expresadas en el capítulo anterior cuando no concurriesen todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos"-).

Como casos especiales que, en relación con esta tercera excepción a la necesidad del consentimiento, merece la pena analizar, están los 2 siguientes:

- a) La intervención médica en el aborto: el art. 417 bis del C. Penal regula los supuestos exentos de pena del delito de aborto, preceptuando que "En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso". Nos encontramos ante un estado de

necesidad en el que la única forma de salvar la vida de la embarazada es la destrucción del feto, y que parece requerir que el aborto se practique en centro autorizado, ya que el Código sólo excluye la necesidad de consentimiento y de dictámenes previos.

Aquí los intereses en conflicto son la vida en formación y la vida o salud de la mujer, ponderándose como preponderante este segundo.

b) La intervención médica en la huelga de hambre del ámbito penitenciario: se distinguen 3 clases de huelga:

- 1ª La debida a desequilibrio psíquico: dado que es preciso que el sujeto sea plenamente capaz de comprender la trascendencia del acto que realiza, en esta clase prima el deber de proteger la vida y la salud, (lo mismo que fuera del ámbito penitenciario).
- 2ª La suicida: se adopta por una auténtica voluntad suicida, siendo expresión de derecho a la autodeterminación, por lo que la solución debe ser la misma que en cualquier otra modalidad del suicidio.
- 3ª La reivindicativa: es la que mayores problemas plantea y consiste en un proceso que, de no contrarrestarse, acabará en la muerte. Ha sido considerada por algunos autores como un ejercicio de la libertad de expresión. La Ley General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario establecen una obligación específica asistencial de la Administración Penitenciaria en relación con los reclusos, cuya finalidad, entre otras, es garantizar la asistencia médica precisa para mantener la salud y la vida del mismo. Se trata, en definitiva, de decidir si ese deber de la A. Penitenciaria faculta para adoptar medidas en contra de la voluntad del sujeto. La sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 resuelve el conflicto a favor de ese deber específico, no considerando como un interés en conflicto el derecho del interno a disponer de la vida, al argumentar que “el riesgo de perderla asumido no tiene como fin causarse la muerte, sino modificar una decisión política”. Sin embargo, algunos autores (Luzón Peña, Díez Ripollés, Romeo Casabona) afirman que en el suicidio es admisible el dolo de segundo grado y el eventual, por lo que la huelga de hambre puede equivaler al suicidio, lo que, de admitirse, nos llevaría a rechazar el planteamiento de dicha sentencia, porque se tiene que considerar la vida como uno de los intereses en conflicto. Y la cuestión se deberá resolver dentro del conflicto de deberes: deber de respeto de los intereses del recluso

(derecho a la propia vida, libertad ideológica) y deber de la A. Penitenciaria de salvaguardar la vida del mismo.

Como apunta Pilar Gómez Pavón, ni de la Constitución Española ni de la legislación penitenciaria se puede concluir que la vida sea un bien jurídico de superior rango a los otros en conflicto, cuando su titular decide ponerlo en peligro (aceptando, incluso, la muerte). La exigencia de consentimiento por el paciente y la existencia de los artículos constitucionales 10 (“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), 15 (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes”) y 16.1 (“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”), impiden actuar en contra de la voluntad del recluso. Incluso cuando se llega a la situación de inconsciencia, no hay razón para cambiar la solución si se parte de la aceptación libre del resultado, de la suficiencia del dolo de segundo grado o eventual en relación con éste (la muerte) y de una auténtica voluntad suicida.

Añadir, finalmente, que, como afirma la autora antes citada, el respeto a esa voluntad implica un paso previo: es preciso mantener al interno informado de forma detallada y completa, sin ocultarle el peligro que su actitud representa en cada momento concreto para su vida, (deber de información que compete al médico de instituciones penitenciarias).

## 6. OTRAS EXCEPCIONES.

Hemos visto los 3 supuestos expresamente exceptuados por la Ley General de Sanidad para prescindir del consentimiento, pero hay otras que también suelen considerarse excepciones a la necesidad del mismo:

- a) Renuncia del paciente: el derecho a la información, como todos los derechos, es renunciable, al no establecerse lo contrario, y siempre que la renuncia no sea contraria al interés al orden público o perjudique a terceros (art. 6.4 del Código Civil), si bien cuidando de dejar constancia de la renuncia (bien en la historia clínica -junto con la firma de un testigo, como afirma el Comité de Expertos de Consentimiento Informado, del Departamento de Salud de Navarra-, bien en el documento del consentimiento, bien en un documento específico).

Asimismo, el Convenio de Oviedo, al que ya hice mención con anterioridad, dispone que se deberá respetar la voluntad de una persona de no ser informada, (pues los pacientes pueden tener sus propias razones para dese-

ar no conocer ciertos aspectos de su salud, y se debe respetar tal deseo). El ejercicio por el paciente de ese derecho a no saber no es un obstáculo a la validez de su consentimiento a una intervención (con la firma de éste asume su responsabilidad).

Pero, como ocurre con el derecho a la información, también el derecho a no saber se puede restringir en interés del propio paciente o de otros, para proteger los derechos de terceros o de la sociedad.

- b) Privilegio Terapéutico: es la ocultación al paciente de aquella información que el profesional considere fundadamente que puede ser gravemente perjudicial para la salud del paciente. Esta forma de actuar puede justificarse en el estado de necesidad, en el que hay que valorar los bienes jurídicos en conflicto: la libertad y autodeterminación del paciente (que exigen la información rigurosa al mismo) y su vida o integridad corporal, (que autoriza a no proporcionarla).
- c) Diagnóstico muy grave o fatal: muy relacionado con el anterior. El Código de Ética y Deontología Médica declara que, en beneficio del paciente, puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave, aunque esta actitud debe considerarse excepcional, con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro. Así pues, el pronóstico fatal no constituye suficiente motivo para ocultar información, pero, como dice J. Sánchez Caro, la generalidad de los autores reconocen que siempre aparecen excepciones de difíciles contornos, que pueden legitimar al médico para no informar plenamente al paciente, o para proporcionarle una información gradual o atenuada. En este sentido, el médico deberá recurrir a su habilidad y buen juicio, valorando la estrategia a seguir para facilitar una información comprensible y soportable por el paciente, transmitiéndosela gradualmente y con tacto. Eso sí, tanto el Código de Deontología Médica, como la generalidad de la doctrina añaden que en los supuestos de excepción al deber de información al paciente, se debe proporcionar ésta a los familiares o allegados. El artículo 10 del antecitado Convenio de Oviedo señala que en casos excepcionales las Leyes nacionales pueden fijar restricciones al derecho a saber o a no saber, en interés de la salud del paciente (según este Convenio, teniendo en cuenta el bagaje social y cultural, y pudiendo justificar dicha ley -en su caso, bajo control judicial -que el médico retenga a veces parte de la información o, en cualquier caso, que la revele con cautela- “necesidad terapéutica”).

Sin embargo, en relación con estos dos últimos supuestos de excepción a la necesidad del consentimiento, hay quien afirma que se tratan, en suma, de una concepción de la información no como un derecho del paciente,

sino como una actividad más de la práctica curativa, al servicio de la práctica médica, y que acaba por funcionar como uno de los resortes fundamentales del paternalismo, (así opina A. Pelayo Gonzalez-Torre). Se ha criticado con énfasis esta forma de entender el problema de la información que ha de darse al paciente y hay argumentos que favorecen la consideración de ésta como un verdadero derecho del paciente al margen de las necesidades de la actividad médica, (según ellos, la información es necesaria para que el paciente se haga cargo de su situación y pueda adaptarse a ella y convivir con su enfermedad, además de ser una condición necesaria para el ejercicio de la autonomía personal). Incluso desde el punto de vista médico se discute la sostenida inconveniencia de informar de las enfermedades graves, afirmándose que los pacientes informados muestran menos ansiedad y complicaciones que los no informados, (la duda sobre si se les está ocultando la verdad puede ser muchas veces tan perjudicial o más que un pronóstico claro y falto). Se afirma también que el facilitar la información obliga al médico a replantearse el tratamiento propuesto y a recapacitar sobre su propia decisión, siendo una especie de confirmación de lo adecuado de la propia terapia. Además, que quede en manos del médico el juicio sobre la información a facilitar, tiene también el inconveniente de que hay elementos no médicos relevantes en la situación del paciente que el médico no acostumbra a valorar.

- d) Proceder médico dictado por orden judicial: esta excepción, evidente, viene recogida en la Guía Práctica elaborada por el aludido Comité del Departamento Navarro de Salud.