

Marta GONZÁLEZ ORTEGA

LA EXCLUSIÓN DE LA PENA EN LA DONACIÓN Y EL
TRASPLANTE DE ÓRGANOS

*Trabajo Final de Carrera
dirigido por
Carlos PÉREZ DEL VALLE*

*Universidad Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Licenciatura en Derecho*

2009

Toda intervención de trasplante de un órgano tiene su origen generalmente en una decisión de gran valor ético: "la decisión de ofrecer, sin ninguna recompensa, una parte del propio cuerpo para la salud y el bienestar de otra persona". Precisamente en esto reside la nobleza del gesto, que es un auténtico acto de amor.

JUAN PABLO II

Resumen

En todo tratamiento médico de donación y trasplante de órganos es requisito indispensable el consentimiento informado. El paciente debe de ser informado previamente por el facultativo de todo el procedimiento médico al que va a ser sometido y de los riesgos que ello conlleva. Una vez el paciente conoce toda la información, podrá manifestar su consentimiento de forma libre y voluntaria o bien su negativa a someterse al tratamiento médico.

Resum

En qualsevol tractament mèdic de donació i transplantament d'òrgans és requisit indispensable el consentiment informat. El pacient ha de ser informat prèviament pel facultatiu de tot el procediment mèdic al que serà sotmès i dels riscos que comporta. Una vegada el pacient coneix tota la informació, podrà manifestar el seu consentiment de forma lliure i voluntària o bé la seva negativa a sotmetre's al tractament mèdic.

Abstract

In any medical treatment of donation and transplant of organs it is an indispensable requirement the informed assent. The patient must be informed before for the physician of the whole medical procedure the one that is going to be submitted and of the risks that it carries. Once the patient knows all the information, he will be able to demonstrate his assent of free and voluntary form or his denial to surrender to the medical treatment.

Palabras clave/ Keywords

Tratamiento médico - Donación – Trasplante – Órganos – Consentimiento informado – Donante – Receptor
--

Sumario

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I. La donación i el trasplante de órganos	11
1. Introducción.....	11
2. El donante vivo: requisitos y condiciones de la donación.....	13
3. El donante fallecido: requisitos y condiciones de la donación.....	16
4. Exigencias comunes: los requisitos del trasplante de órganos.....	19
CAPÍTULO II. El consentimiento informado	20
1. Fundamentación jurídica del consentimiento informado	20
2. Concepto, naturaleza y efectos del consentimiento.....	22
3. La información al paciente: la pluralidad funcional de la información médico-sanitaria.....	23
CAPÍTULO III. Los sujetos del consentimiento.....	26
1. El paciente adulto capaz.....	26
2. El paciente menor de edad.....	27
3. El paciente incapaz de prestar consentimiento.....	29
4. El consentimiento otorgado por terceros: los representantes legales, los familiares y los allegados.....	30
CAPÍTULO IV. Los requisitos específicos del consentimiento informado.....	32
1. La información como requisito propio del consentimiento.....	32
2. El objeto del consentimiento.....	35
3. La forma del consentimiento.....	37
4. El momento del consentimiento.....	38
5. La rectificación o revocación del consentimiento.....	39
6. Excepciones al derecho de prestar consentimiento.....	40
7. La negativa a prestar consentimiento como forma de rechazo de la intervención médica.....	44
CAPÍTULO V. Supuestos prácticos.....	45
Supuesto1: Donación por parte de un donante fallecido.....	45
Supuesto 2: Donación inter-vivos. Negativa al trasplante por familiares con posición de garante.....	48
Supuesto 3. Negativa de una menor de edad a ser sometida a un trasplante de corazón.....	52
CONCLUSIÓN.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	59

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los trasplantes de órganos se han convertido en una actividad totalmente rutinaria en el marco de la medicina a nivel internacional, ya que no solo se llevan a cabo en los países desarrollados, sino que este tipo de actividad médica ya se practica en países subdesarrollados. Esto se debe a que todas las personas que se ven afectadas por dolencias que requieren ser subsanadas por medio de un trasplante, éste supone un gran beneficio para la salud de los pacientes y consigue que puedan reincorporarse a su actividad diaria y poder llevar una vida completamente normal.

Al plantearnos el tema de la actividad de donación y trasplante de órganos en España debemos observar el gran alcance que tiene. En efecto, hasta este año 2008 más de sesenta y cinco mil españoles han recibido un trasplante de órgano o un implante de tejidos o células, y a nivel mundial las cifras se sitúan entre noventa y noventa y cinco mil trasplantes de órganos, según datos de la Organización Mundial de la Salud. Estos indicadores nos muestran que ya no se trata de una técnica extraordinaria sino que como ya hemos dicho, cada vez se llevan a cabo de forma más frecuente y que afecta cada día más a un mayor sector de la sociedad. Este tipo de tratamiento médico ha alcanzado una gran notoriedad en cuanto a concienciación social y en consecuencia, los poderes públicos se han visto obligados a desarrollar un marco legal que regule tanto la donación como el trasplante.

La necesidad de una regulación jurídica se sostiene sobre el pilar básico de la protección de la voluntad y el bienestar de los pacientes que se ven afectados por este tipo de tratamiento como técnica de curación de diversas enfermedades que deterioran los órganos vitales. Es por ello que debe desarrollarse una legislación que regule de forma amplia toda la actividad de donación y trasplante de órganos, y de forma más concreta, el procedimiento que se debe llevar a cabo, de qué modo y cómo proteger la responsabilidad de las actuaciones de los profesionales médicos. Pero sobretodo, lo que debemos tener muy presente es que la voluntad de los pacientes es el aspecto primordial a tener en cuenta siempre en el ámbito sanitario, de forma que la legislación debe protegerlos para que, en la medida de lo posible, no se vean afectados por actuaciones médicas negligentes que puedan suponer un

riesgo para su vida, ni que tampoco se les pueda practicar ningún tipo de tratamiento si el paciente no manifiesta su voluntad al respecto.

Todos estos aspectos mencionados son los que a continuación vamos a ir desarrollando en este trabajo. Así podremos observar cómo posibles supuestos de lesiones corporales, que se hallan regulados de forma expresa en el artículo 147 del Código Penal Español, pueden tratarse de casos en los que la punibilidad del acto quede excluida por haberse llevado a cabo todo el procedimiento médico conforme a la legalidad y a la legislación sobre donación y trasplante de órganos vigente en el Estado Español.

CAPÍTULO I. LA DONACIÓN Y EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS

1. Introducción

La donación de órganos supone el menoscabo de la integridad corporal de la persona. Es una actividad ilícita y penada por la ley, de acuerdo con los artículos 147 y siguientes del Código Penal como un delito de lesiones corporales. Sin embargo, el caso de la donación y trasplante de órganos se autoriza expresamente en virtud de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre la Extracción y Trasplante de Órganos, y por el propio Código Penal Español en su artículo 156¹. La actividad de donación de órganos consiste en la utilización terapéutica de los órganos humanos, de forma que se lleva a cabo un proceso de sustitución de un órgano enfermo por otro que se halle en estado sano, el cual procederá de un donante vivo o de un donante que haya fallecido.

El Real Decreto 2070/1999 indica el concepto de órgano, en el contexto jurídico de la actividad de extracción y trasplante: “Es aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; artículo 156.

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por 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.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

importante de autonomía y suficiencia” (artículo 3.1.)². Además, también se establece una cláusula general a partir de algunos ejemplos. En este sentido, son considerados órganos: “los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos” (artículo 3.1.)³.

Como podemos observar, la donación de órganos puede ser de dos tipos en función del tipo de donante, ya sea éste un donante vivo o un donante fallecido.

a) El donante vivo es aquella persona que consiente la donación en vida de sus órganos o parte de los mismos, cuya extracción sea compatible con su propia vida (es decir, que la vida del donante no corra peligro como consecuencia de la extracción del órgano) y que la función del órgano extraído pueda ser compensada por el organismo del donante vivo de forma adecuada y segura. Este tipo de donación debe llevarse a cabo cumpliendo siempre los requisitos del artículo 9 del RD 2070/1999.

b) El donante fallecido es aquella persona difunta de la que se pretende llevar a cabo la extracción de órganos, siempre que dicha persona no hubiese dejado constancia de su oposición a la misma de forma expresa. Dicha donación se debe llevar a cabo cumpliendo con los requisitos del artículo 10 del RD 2070/1999.

En todo caso, la extracción de órganos procedentes de donantes vivos o de fallecidos debe tener siempre una finalidad terapéutica en la persona receptora, ya que el trasplante tiene como fin favorecer la salud y las expectativas de vida del paciente receptor. Pero la finalidad terapéutica del receptor no lo es todo, ya que hay que tener muy presente que la utilización de los órganos humanos con el fin de ser trasplantados debe respetar los derechos fundamentales de la persona.

² Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. En adelante, RD 2010/1999.

³ RD 2070/1999.

2. El donante vivo: requisitos y condiciones de la donación

El proceso de extracción de órganos en donantes vivos para un posterior trasplante en el paciente receptor, debe llevarse a cabo cumpliendo unos requisitos⁴ determinados, recogidos expresamente en el RD 2070/1999.

2.1. Capacidad del donante

El donante debe de ser mayor de edad (ha de tener más de 18 años, ya que es cuando se alcanza la mayoría de edad legal en España y se obtiene la plena capacidad de obrar)⁵.

Además, el donante ha de gozar de plenas facultades mentales. Está claro que una persona incapacitada judicialmente no tiene capacidad para prestar consentimiento; pero un *no incapacitado*, en principio, si tiene capacidad para prestar el consentimiento ya que legalmente no hay nada que lo impida, sin embargo “el legislador al emplear la frase plenas facultades mentales no se está refiriendo a que se necesite que una persona esté incapacitada judicialmente, sino que basta la constatación de que las facultades mentales no son plenas”⁶. En este sentido, el artículo 4.c de la Ley 30/1979⁷ prohíbe expresamente la donación de órganos por parte de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no pueda otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

⁴ RD 2070/1999, artículo 9.

⁵ “Un menor, por tanto, no está capacitado para ser donante ni siquiera con el consentimiento de sus representantes legales, padres o tutores. El menor emancipado, aunque el Código Civil no se lo prohíbe, no puede ser donante. El legislador ha debido entender que un menor de edad podría correr riesgo para su salud al desprenderse de algún órgano, es decir, entre el bien que se le pueda irrogar a otra persona y el perjuicio que pueda afectar al donante, es preferible evitar ese perjuicio y no permitir la donación”; *Introducción a la Medicina Legal*, cit. pp. 65

⁶ *Introducción a la Medicina Legal*, cit. pp. 65

⁷ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. En adelante, L.30/1979.

2.2. Consentimiento informado del donante

El donante ha de ser previamente informado sobre la intervención a la que va a ser sometido. La información debe de referirse a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, además de las eventuales repercusiones que puede tener la donación sobre su vida personal familiar y profesional, y así como de los beneficios que con el trasplante se esperan conseguir en el receptor.

Una vez el donante ha sido informado, éste debe de otorgar su consentimiento de forma expresa, libre y consciente. El consentimiento ha de manifestarse por escrito una vez el médico le ha expuesto todas las explicaciones referentes a la extracción del órgano. Por lo tanto, podemos decir que el consentimiento del paciente debe de cumplir cuatro requisitos.

En primer lugar, debe de otorgarse el consentimiento de forma expresa, es decir, que la voluntad del sujeto una vez manifestada vaya dirigida a que se realice el trasplante⁸. En segundo lugar, el consentimiento tiene que ser libre, es decir, no puede existir ningún tipo de coacción, intimidación o violencia. En tercer lugar, el donante ha de manifestar su voluntad de forma consciente, es decir, ha de tener conocimiento pleno de la intervención de la que se le va a llevar a cabo, conocer a fondo lo que supone la donación del órgano. Y por último, el consentimiento debe formalizarse por escrito, ya que es obligatorio que éste se documente ante la autoridad pública. En este sentido, el artículo 4 L.30/1979 establece expresamente que no podrá efectuarse la extracción del órgano sino se ha firmado el documento, el cual es una garantía de la voluntad libre, consciente, expresa y por escrito.

Este consentimiento expreso debe ser otorgado por escrito ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad en que se halle el donante. Por lo tanto, como el donante está llevando a cabo un acto de disposición, deberá tener plenas facultades para prestar consentimiento. El documento de cesión en el que se manifiesta la conformidad del donante ha de estar firmado por el propio donante, el médico que lleve a cabo la extracción del órgano y el resto de personal médico que asista en la intervención. En caso de que alberguen dudas sobre si el consentimiento del donante no es suficientemente expreso, libre, consciente y desinteresado, cualquiera de los miembros del personal médico que interviene podrá

⁸ "No se permite la voluntad tácita, que es aquella que presupone una determinada conducta cuando se realiza un determinado acto"; *Introducción a la Medicina Legal*, cit. pp. 66.

oponerse a llevar a cabo dicha donación. Cabe destacar que entre el momento en que se lleva a cabo la firma de cesión del órgano y el momento en que se va a llevar a cabo la extracción del mismo, deben transcurrir como mínimo veinticuatro horas; y durante este periodo de tiempo antes de que se lleve a cabo la intervención, el donante podrá revocar su consentimiento.

2.3. Cuestiones formales y trasplante

El órgano extraído tiene que ser trasplantado a una persona determinada, con el objetivo de mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida. Además se debe de garantizar el anonimato del donante y del receptor, con el fin de evitar cualquier información que relacione directamente la extracción y la posterior implantación (artículo 5.3. RD 2070/1999)⁹. La donación debe ser gratuita, por lo que no se podrá percibir compensación económica alguna ni tampoco se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado (artículo 8 RD 2070/1999). En todo caso, el órgano a extraer ha de ser compatible con la vida del donante, por lo que el estado de salud, tanto físico como mental, del donante debe de estar acreditado por un médico (mediante certificado médico¹⁰), el cual debe ser distinto a los médicos que vayan a efectuar la extracción y el posterior trasplante del órgano.

⁹ RD 2070/1999, artículo 5.3: “La información relativa a donantes y receptores de órganos humanos será recogida, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3. de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal”.

¹⁰ RD 2070/1999; Artículo 9.3. “El certificado médico hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado, y en su caso, cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica”.

3. El donante fallecido: requisitos y condiciones de la donación

La obtención de órganos a través de donantes que han fallecido deberá llevarse a cabo de acuerdo con unos requisitos¹¹ determinados que se encuentran recogidos en el RD 2070/1999.

3.1. Comprobación de la muerte

Solo podrá llevarse a cabo la extracción de órganos de fallecidos si previamente se ha comprobado y certificado su muerte, en la forma y los requisitos exigidos por el RD 2070/1999. La muerte del individuo se certifica tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Se registra como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.

El cese de las funciones cardiorrespiratorias o el cese irreversible de las funciones encefálicas se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un periodo de observación. Los criterios de diagnóstico clínico, los periodos de observación y las pruebas confirmatorias que se requieran deben de ajustarse a los protocolos que se incluyen en el RD 2070/1999.

Los profesionales médicos deben de tener una cualificación o especialización adecuadas para la finalidad de certificación de fallecimiento, y deberán de ser distintos a aquellos médicos que van a intervenir en la extracción y en el trasplante de los órganos.

3.2. Consentimiento y comprobación

La extracción de los órganos de una persona fallecida solo podrá llevarse a cabo si la persona fallecida no ha dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos. La oposición puede ser referida a la totalidad de los órganos o solamente a algunos de ellos. Esta

¹¹ RD 2070/1999, artículo 10.

voluntad del fallecido debe de respetarse cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado. En el caso en que el fallecido sea menor de edad o persona discapacitada, la oposición a la donación la pueden hacer constar quienes ostentan la patria potestad, la tutela o la representación legal.

El RD establece que cuando se pretende llevar a cabo la extracción de órganos de donantes fallecidos en centros autorizados, la persona a quien corresponde dar la conformidad para la extracción debe comprobarse si el paciente manifestó su voluntad a sus familiares o a los profesionales que le atendieron en el centro hospitalario, o bien si esta voluntad fue inscrita en el Registro de Declaraciones de Voluntad. Con ese mismo objetivo, de conocer cuál fuese la voluntad del fallecido, se requiere el examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo cuando ingresó en el centro hospitalario. Es evidente que, respecto de este último aspecto, la intervención en sus pertenencias y, por tanto, en lo que fue su intimidad, se justifica únicamente por el fin de conocer si, en estas pertenencias, pudiera haber dejado datos que permitan conocer su voluntad.

3.3. Intervención del Juez

En caso de que se produzca una muerte accidental o bien cuando media una investigación judicial sobre las causas de la muerte, antes de efectuarse la extracción de órganos los médicos debe de obtener la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, puede concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

En los casos de muerte por parada cardiorrespiratoria, el médico encargado de la extracción llevará a cabo las técnicas de preservación para asegurar la viabilidad de los órganos, previa comunicación al Juzgado de Instrucción competente, a fin de que, si lo estima necesario, pueda establecer cualquier limitación o indicación positiva para su práctica. Transcurrido el tiempo establecido en los protocolos desde la comunicación sin que el Juzgado haya formulado indicación alguna, se iniciarán las técnicas de preservación, extrayendo previamente muestras de líquidos biológicos y cualquier otra muestra que pudiera estimarse oportuna en un futuro de acuerdo con los protocolos referidos en el presente Real Decreto. Estos protocolos regularán también la cadena de custodia de las muestras

depositadas en el hospital, a disposición del juez instructor, que determinará su destino.

La solicitud de la extracción de órganos presentada por el profesional médico debe de ir acompañada del certificado de defunción junto con un informe médico explicativo de las circunstancias personales y de ingreso en el hospital, y una hoja acreditativa, firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

3.4. Cuestiones formales y trasplante

El responsable al que corresponde dar la conformidad para la extracción debe extender un documento en el que se haga constancia expresa de que se han realizado todas las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido (expresada por el propio fallecido o por las personas que ostenten su representación legal); que se ha facilitado la información a los familiares sobre la voluntad del fallecido, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido (haciendo constar esta última situación si ocurre); que se ha comprobado y certificado la muerte de la persona y que se adjunta al documento de autorización dicho certificado médico de defunción. En los casos de fallecimiento en que requiere la figura del Juez, se debe acompañar la autorización a la extracción del juez que corresponda.

El centro hospitalario en el que se va a llevar a cabo la extracción debe estar autorizado para ello y dicha autorización debe de estar en vigor. También se debe hacer constar los órganos para los que no se autoriza la extracción, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante. Y finalmente ha de constar el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la defunción, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador.

4. Exigencias comunes: los requisitos del transporte de órganos

El transporte¹² de los órganos desde el centro en que se ha llevado a cabo la extracción hasta el centro en que se efectuará el trasplante deberá realizarse en las condiciones y medios de transporte más adecuados, teniendo en cuenta las características del órgano transportado. Además, el transporte debe de ir acompañado de una identificación y documentación específica.

En primer lugar debe de llevar un etiquetado exterior en que conste: el tipo de órgano humano de que se trata, la procedencia y destino del órgano (instituciones involucradas, responsables del envío y de la recepción, con sus respectivas direcciones y teléfonos de contacto) y el día y hora de salida del órgano del hospital extractor.

En segundo lugar, la documentación que debe acompañar obligatoriamente el envío es: por una parte, un informe que se refiere exclusivamente al órgano, sobre las características del órgano y soluciones de preservación; por otro lado, un informe sobre las características del donante y la relación de las pruebas o estudios realizados y sus resultados.

¹² RD 2070/1999, artículo 13.

CAPÍTULO II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Fundamentación jurídica del consentimiento informado

Para poder justificar si el consentimiento informado es un acto personalísimo debemos acudir en primer lugar a qué entiende el Código Civil Español por acto personalísimo. En este sentido se establece que, los actos personalísimos presentan tres características: En primer lugar considera que se trata de actos que no pueden ser realizados por ninguna otra persona que no sea la persona afectada. En segundo lugar, se trata de actos en los que la persona puede verse beneficiada o perjudicada como consecuencia del mismo ya que se ponen en juego sus propios bienes jurídicos y derechos fundamentales. Y en tercer lugar se establece que para que la persona pueda llevar a cabo este tipo de actos debe tener y demostrar la suficiente capacidad para gobernarse por sí mismo, es decir, la persona debe tener capacidad legal reconocida para poderlos llevar a cabo¹³.

Una vez observadas estas características podemos afirmar que el consentimiento informado es un acto personalísimo, ya que en el acto de prestar consentimiento para ser sometido a tratamiento médico o intervención quirúrgica el paciente pone en juego su derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y la libertad (todos ellos considerados como derechos fundamentales y personales). Pero además, el sujeto actor debe de tener la suficiente capacidad legal y de hecho para poder prestar el consentimiento, y nadie puede prestar consentimiento sustituyendo al sujeto afectado. Aunque en caso de que el sujeto carezca de la capacidad para prestar consentimiento, cabe que éste sea prestado por el representante del paciente, tal como dice E. Bacigalupo, “la posibilidad de sustitución del consentimiento del incapaz por el de sus representantes legales es un principio general en el derecho español”¹⁴.

¹³ La discusión sobre el alcance de los actos personalísimos se encuentra hoy especialmente abierta, y en términos muy relacionados con aspectos bioéticos: la STC de 18 de diciembre de 2002 otorga el amparo en el que se había denegado a la tutora y madre de una mujer, incapacitada tras sufrir un accidente de tráfico, para interponer una demanda de separación matrimonial; la lesión reconocida es del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad.

¹⁴ BACIGALUPO, E. (1989/1990)

Desde el punto de vista de la comprobación del consentimiento, puede hablarse de un consentimiento presunto además del consentimiento expreso. En otras palabras, la comprobación de que se consiente en una intervención médica no solo es posible mediante la emisión del consentimiento expreso, sino también a través de la presunción del consentimiento.

Por un lado, el consentimiento expreso sólo puede ser válido cuando el paciente ha sido informado previamente del tratamiento médico o de la intervención quirúrgica concreta a los que ha de ser sometido. Solo cuando el paciente ha recibido toda la información acerca de la situación en la que se halla por parte del profesional médico, el consentimiento que emita el paciente será válido y voluntario.

Por otro lado, el consentimiento presunto solo cabe ante la imposibilidad de comprobar si existe consentimiento expreso, y por lo tanto, en aquellos casos en que aquél es probable. Solo puede tener lugar además en situaciones en las que se puede deducir que el sujeto ausente o incapaz, que se encuentra afectado por el tratamiento médico o intervención quirúrgica concreta, hubiese consentido a su realización en caso de haber estado presente o capacitado para decidir y de haber conocido las circunstancias que concurren en el caso¹⁵.

Como ya hemos mencionado anteriormente, para que el paciente pueda prestar consentimiento debe hallarse con plena capacidad para el acto. Pero debemos tener en cuenta que la cuestión a considerar es si el paciente es, en el momento concreto, capaz de tomar la decisión determinada, y esto es lo que se conoce como la capacidad natural o de hecho. En este sentido, son los médicos quienes pueden y deben determinar si esa capacidad de hecho existe o no e el paciente. Para ello, se han establecido estándares y protocolos de evaluación de la capacidad de hecho del paciente. Esta evaluación de la capacidad tiene un componente de valor muy importante y que en última instancia se trata de un juicio muy prudencial.

En todo caso, las exigencias tanto del consentimiento expreso como del consentimiento presunto van a ser examinadas a continuación.

¹⁵ LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, J. El consentimiento y la esterilización de los incapaces. Cuadernos de Política Criminal 1991.

2. Concepto, naturaleza y efectos del consentimiento

Desde el punto de vista jurídico, el consentimiento es la manifestación de la voluntad y de la libre concurrencia de voluntades entre las partes de una relación, es decir, de la autonomía propia de las relaciones jurídico-privadas en los negocios jurídicos¹⁶. De este modo, el consentimiento del interesado es una condición para la legitimidad de la acción de un tercero en la medida en que pueda afectar a un bien jurídico penalmente protegido respecto al cual se reconoce la facultad de disposición por parte de su titular (integridad corporal y salud) o a la propia libertad de movimiento y de desplazamiento (libertad ambulatoria) o de formación o manifestación de la voluntad de aquél (tratamiento médico arbitrario)¹⁷.

En el ámbito médico-sanitario, al poder afectar los actos profesionales a la integridad física y moral y a la libre autodeterminación individual del paciente, el consentimiento constituye la manifestación de un derecho fundamental que debe de ser respetado y protegido como tal. El consentimiento en el ámbito médico se concibe como un derecho subjetivo que se vincula con diversos derechos fundamentales y que como tal confiere legitimidad al acto médico en las demás y variadas proyecciones jurídicas que pueda presentar dicho acto.

En consecuencia, la información y el consentimiento informado son obligaciones legales, como un medio de respeto de la autonomía o autodeterminación de los pacientes, cuyos derechos fundamentales y cívicos mantienen su plena vigencia a pesar de la situación de disminución en que puedan encontrarse personalmente a causa de los padecimientos que provoca su enfermedad. Esta exigencia siempre se cumple, sin perjuicio de que en determinadas situaciones extremas la capacidad del paciente de formar y manifestar su voluntad ha podido disminuir sensiblemente y por ello sean llamados a prestar consentimiento terceras personas.

¹⁶ FERNÁNDEZ HIERRO, José M.; *Sistema de responsabilidad médica*, 3º ed., Ed. Comares, Granada, 2000.

¹⁷ ROMEO CASABONA, C.M; *El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa*, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1981.

En todo caso, se ha de tener en cuenta –y ello es muy relevante- que la decisión del paciente de someterse a un tratamiento médico o a unas pruebas diagnósticas no lleva implícito el asegurar el éxito de los mismos, con consecuencias necesariamente favorables para su salud, sino que supone la asunción por parte del paciente de todos los riesgos previsibles para su vida y su salud. También en ese aspecto, la decisión del paciente debe de ser tomada únicamente cuando se ha prestado de forma personal y libre. Esta exigencia se deriva del hecho que el médico no puede asumir él solo la responsabilidad de una intervención, sino que la debe hacer compartir con el paciente, indicándole a éste su voluntad de asumir dichos riesgos y en consecuencia consentir la intervención. Por lo tanto, el paciente presta su consentimiento para someterse a la intervención médica (en su tendencia diagnóstica, preventiva o curativa), pero también asume los inevitables riesgos de daños. Esto es lo que se podría denominar como traslación de la asunción de la responsabilidad al paciente, pero que solo resulta eficaz jurídicamente en relación con los afectos que se reconocen al deber de informar y al consentimiento, pero que en ningún caso ampara la actuación incorrecta y negligente del profesional médico.

3. La información al paciente: la pluralidad funcional de la información médico-sanitaria

Tal y como hemos ido advirtiendo anteriormente, la información médico-sanitaria es obligatoria para que el paciente pueda prestar su consentimiento. Esta información presenta diversos objetivos, ya que desde el punto de vista jurídico podemos distinguir tres clases de información, que se diferencian por sus respectivos objetivos. Así podemos encontrar: la información como objeto de la consulta o finalidad del acto médico, la información como parte del tratamiento (información terapéutica), y la información como presupuesto del consentimiento.

3.1. La información como objeto o finalidad del acto médico

Este supuesto lo encontramos en casos en los que la información es el objetivo directo e inmediato buscado por el paciente o consultante. Se produce cuando la información es necesaria para el consultante para poder adoptar

decisiones privadas o legales, no necesariamente dirigidas a un tratamiento. El acto médico perfecciona con la transmisión de la información que ha motivado la consulta.

En estos casos, el paciente o consultante lo que solicita al profesional médico es una información diagnóstica respecto al estado de salud del consultante en un momento determinado. Por lo tanto, en este caso, la información es el resultado que se deriva y se espera del acto médico. Pero el resultado obtenido no siempre tiene por qué ser exacto ya que los márgenes para la valoración de la diligencia médica han de ser más flexibles.

En consecuencia, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de esta modalidad de información puede dar lugar a responsabilidad civil del médico o a su responsabilidad penal o civil por imprudencia, en el supuesto de producirse un daño en el paciente; y en ambos casos, a una responsabilidad patrimonial de la Administración si el acto médico ha sido realizado por algunos de sus empleados u otros profesionales dependientes de ella.

3.2. La información como parte del tratamiento: la información terapéutica

Este grupo de casos hace referencia a la información que debe suministrar el médico al paciente para conocer su situación y la evolución de su enfermedad, con la finalidad de que éste pueda adaptar su forma de vida a su estado, o bien cuando debe colaborar en el tratamiento (medicaciones y otros productos y tratamientos), el manejo de instrumentos o aparatos (autotratamiento en el propio domicilio) y el estilo de vida (como el tipo de alimentación, abstención de esfuerzos bruscos, etc.). Por lo tanto, observamos como en estos casos la información supone un medio de colaboración activa del paciente en relación con el proceso de su enfermedad y con su tratamiento, y en consecuencia esta información debe de ser continuada y verbal.

Esta modalidad de información es la que se conoce como “información terapéutica” y como tal, también forma parte del conjunto de los deberes de cuidado y diligencia que impone el ejercicio profesional, cuyo cumplimiento adecuado ha de prevenir que se incurra en un supuesto de responsabilidad penal o civil por una imprudencia o negligencia médica. Por lo tanto cabe destacar que en estos casos, la información tiene una función vital con una trascendencia jurídica evidente. Esta

información se convierte en un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica.

3.3. La información como requisito previo al consentimiento

En este aspecto se observa la información al paciente como necesaria para que éste pueda prestar su consentimiento a ser sometido a cualquier intervención quirúrgica o tratamiento. No es posible pensar en una decisión responsable y, por tanto, en una decisión totalmente libre, si el paciente no ha recibido una información completa del tratamiento ha de recibir, de sus objetivos terapéuticos, de los medios a emplear y de los riesgos implicados. En consecuencia, solo se dará un consentimiento jurídicamente válido si éste es emitido por el paciente a partir de una determinada información, cumpliendo con unos requisitos (que más adelante mencionaremos) y que no adolezca de vicios.

CAPÍTULO III. LOS SUJETOS DEL CONSENTIMIENTO

El sujeto del consentimiento es aquella persona que debe emitirlo, es decir, el paciente. Solo cuando éste no se halle con plenas facultades para emitirlo, podrán otorgarlo terceras personas en lugar del paciente. El médico y el resto de profesionales sanitarios son los receptores-depositarios del consentimiento, el cual otorga legitimidad a todas las actuaciones que éstos lleven a cabo y se hallen dentro del alcance limitado manifestado en dicho consentimiento.

Cada tratamiento médico e intervención quirúrgica es distinta en cada caso concreto y afectan a una determinada persona, y a su vez, cada tipo de paciente puede ser distinto, dependiendo de sus circunstancias personales, y en consecuencia se plantearán distintos supuestos de actuación. Así podemos encontrar cuatro casos distintos según el paciente de que se trate: 1) El paciente adulto con plena capacidad para prestar consentimiento. 2) El paciente menor de edad. 3) El paciente incapaz de prestar el consentimiento. 4) El consentimiento otorgado por terceros: los representantes legales, los familiares y los allegados.

1. El paciente adulto capaz

El paciente es quien debe expresar necesariamente su consentimiento para poder ser sometido a un tratamiento médico o una intervención quirúrgica concreta. Se trata de una decisión personal que procede del derecho de autonomía o autodeterminación de las personas. En consecuencia, una vez se ha emitido la decisión del paciente adulto capaz no es posible ni necesario que concurren las voluntades de terceras personas.

En este caso, el paciente mayor de edad que goce de plena capacidad para prestar su consentimiento son aplicables las reglas generales relativas al mismo, las cuales se centran en asegurar que la voluntad, tanto en su formación como en su manifestación, es totalmente consciente y libre y está ausente de vicios que le afecten.

Para que el consentimiento sea válido para el médico, se requiere que el paciente conozca y comprenda el alcance de su decisión, para lo cual es estrictamente necesario que esté en plena posesión de sus facultades psíquicas y mentales. Sin embargo, el paciente no siempre se halla en la situación de poder formarse una voluntad con tales características, ya que puede tener su capacidad de decisión disminuida o carecer totalmente de ella. Las circunstancias que conducen a esta incapacidad pueden ser de naturaleza y origen diverso:

- Incapacidad temporal, en el caso del menor.
- Incapacidad permanente cuando el paciente está afectado por una deficiencia o enfermedad mental.
- Incapacidad sobrevenida cuando el paciente está inconsciente a causa de la propia enfermedad o por otros motivos (como por ejemplo a causa de un accidente), y puede ser transitoria o irreversible.

Estas tres posibilidades pueden darse de forma aislada o combinadas entre sí.

2. El paciente menor de edad

Cuando se trata de un paciente menor de edad son sus padres quienes deben otorgar el consentimiento en su lugar, ya que ellos son quienes ejercen la patria potestad sobre el hijo menor de edad, y en consecuencia le representan legalmente. Pero esta cuestión presenta alguna problemática a medida que el menor de edad va desarrollando su capacidad de discernimiento y va adquiriendo cierta madurez mental. El ejercicio de la patria potestad fundamenta la obligación de los padres de hacer todo lo necesario para salvaguardar la salud y la vida de los hijos sometidos a dicha protección.

Esta conclusión viene sostenida y reforzada, en la normativa civil española, en la regulación de la patria potestad. En este sentido, el Código Civil Español establece que los hijos que no estén emancipados se hallan bajo la patria potestad de su padre y de su madre¹⁸; y además la patria potestad se debe de ejercer siempre en beneficio de los hijos, y comprende los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación

¹⁸ Artículo 154, párrafo 1º CC

integral¹⁹. El deber de velar por los hijos comporta que los padres deben de proteger la vida y a salud de sus hijos.

Por lo tanto, los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Pero tanto el ejercicio de la patria potestad en general como el de la representación legal misma se encuentran con algunas limitaciones importantes que vienen impuestas por la ley, dentro del principio general de que los padres en dicho ejercicio deben actuar en el mejor interés y en el beneficio del menor.

Otra cuestión a destacar en este caso es que desde hace unos años se viene aceptando que debe tenerse en consideración la voluntad del menor²⁰ para ser sometido a cualquier tratamiento médico cuando posee una capacidad natural de juicio o una suficiente madurez para comprender la naturaleza y trascendencia del acto sobre el que consiente y las consecuencias más relevantes que se van a derivar de él. Esto implica que se debe valorar tanto la madurez que el menor ha alcanzado, como la aptitud para comprender el hecho concreto, lo cual depende en todo caso de la complejidad y relevancia que presente el mismo. Pero este criterio no permite establecer de antemano una edad fija a partir de la cual tal capacidad natural de juicio existe, ya que ello está condicionado por la personalidad y el desarrollo mental que el menor en cuestión presente²¹; en principio es previsible que normalmente se alcance tal madurez a partir de los quince o dieciséis años, pero ello no impide que pueda suceder antes o más tarde²². En todo caso, la emancipación del menor supone un reconocimiento de la capacidad de gobernarse a sí mismo y de decidir por sí la oportunidad de someterse o no a un tratamiento y a las medidas vinculadas con él²³. Todas estas reflexiones están fundamentadas legalmente, de

¹⁹ Artículo 154, párrafo 2º, 1º CC

²⁰ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa*, I, cit., pp. 314 y ss.

²¹ DE LORENZO y MONTERO / SÁNCHEZ CARO, *Consentimiento informado*, cit., p.75.

²² Este criterio no facilita al médico sus actuaciones profesionales, en concreto cuando existen desacuerdos entre los padres y el propio hijo, o cuando éste adopta decisiones que no parecen razonables, pero también en estos casos se podría recurrir al apoyo judicial.

²³ Pero esta afirmación no impide que haya ciertas excepciones, de modo que para llevar a cabo ciertos actos legalmente se exige la mayoría de edad. Tal y como establece el artículo 156 del Código Penal, se exige la mayoría de edad para poder ser donante de órganos.

modo que lo único que es realmente fáctico es determinar en cada situación concreta si el menor posee o no esa capacidad natural de juicio²⁴.

Por consiguiente, cuando el paciente es menor de edad (de dieciocho años) debe de atenderse a su capacidad natural de juicio para decidir si su consentimiento es jurídicamente relevante o no. De no haber alcanzado el menor dicha capacidad, la decisión corresponderá a los padres, y de ellos debe de obtenerse el consentimiento a los efectos legales, sin perjuicio de que también sea oído y tenido en cuenta el parecer del menor, en atención a su capacidad fáctica de comprensión.

Cuando el menor ha alcanzado la capacidad natural de juicio nada impide que además esté acompañado por sus padres y manifiesten asimismo su parecer, salvo que se oponga a ello expresamente el menor, siempre que su petición sea razonable y no comporte la intervención médica un peligro para su vida o su salud. En caso de producirse algún conflicto sobre la decisión de los padres o un enfrentamiento entre el hijo y sus padres o la decisión del menor emancipado va en contra de sus propios intereses, caben varias opciones. Si se trata de un caso urgente y grave se acudirá al juez para que resuelva el conflicto, y en caso de no tener el suficiente tiempo para esperar el resultado de esta consulta, el facultativo decidirá en el mejor interés del menor siempre a favor de su vida o su salud. En cambio, si no se trata de una situación urgente, el facultativo expondrá la situación al defensor del menor para que éste ayude a resolver la situación con el concurso de las partes.

3. El paciente incapaz de prestar el consentimiento

La incapacidad a la que debemos atender en estos casos puede ser tanto una incapacidad legal como material para prestar consentimiento, porque el paciente presenta alguna anomalía psíquica (por ser enfermo o deficiente mental) o cualquier otra perturbación con semejantes efectos (es decir, por encontrarse bajo la influencia de sustancias psicotrópicas, hallarse en estado de ebriedad, pérdida de la conciencia por traumatismo o enfermedad, etc.).

²⁴ De acuerdo con el artículo 154 párrafo 3º CC, en caso de que los hijos tengan suficiente juicio deben de ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que puedan afectarles.

La actuación del propio interesado o de terceros en su lugar debe resolverse con criterios semejantes a los establecidos para el menor, partiendo siempre del criterio rector el de salvaguardar el interés del paciente²⁵. En caso de que el paciente haya sido declarado incapaz judicialmente, el consentimiento deben otorgarlo sus representantes legales y en su defecto, sus familiares o allegados.²⁶ En estos casos, la existencia e intervención de los representantes legales no impide que sea tenida en cuenta la opinión del paciente²⁷.

Finalmente debemos tener en cuenta que en ocasiones los intereses que pueden estar en juego en algunas intervenciones o actuaciones médicas, por lo que no basta solo con el consentimiento prestado por los representantes legales, familiares o allegados, sino que será precisa también la autorización del juez, junto con otras garantías. Algunos ejemplos de esta situación los encontramos en el internamiento de enfermos mentales para su tratamiento (art. 763 LEC) o con la esterilización de deficientes mentales (art. 156 CP).

4. El consentimiento otorgado por terceros: los representantes legales, los familiares y los allegados

Únicamente en los casos en que el paciente no se encuentra en condiciones de poder emitir su consentimiento, éste podrán otorgarlo sus representantes legales en primer lugar, y en defecto de ellos podrán otorgarlo los familiares o los allegados del paciente²⁸.

La determinación de quiénes son los representantes legales no plantea en principio ninguna dificultad especial de identificación. En este sentido, los padres ostentan *ex lege* la representación de sus hijos menores no emancipados y la de los

²⁵ Artículos 6.3 y 5 del CDHBM.

²⁶ Artículo 10.6, b LGS.

²⁷ Así lo establece de forma expresa el CDHBM en su artículo 6.3, párrafo 2º: "En la medida de lo posible la persona afectada tomará parte en el procedimiento de autorización".

²⁸ Todo esto está previsto en la LGS, recogido en su artículo 10.6.

hijos mayores de edad declarados incapaces; y los tutores que han sido designados por el juez, ejercen la representación de quienes han sido declarados judicialmente incapaces y de los menores de edad en defecto de sus padres.

Sin embargo, resulta más complejo establecer a qué familiares o allegados se refiere la LGS cuando habla de ellos en relación con el otorgamiento del consentimiento. Es claro que su intervención puede ser necesaria no sólo en el caso de deficiencias permanentes o duraderas de capacidad de obrar, sino también en el caso de adultos con capacidad de obrar, pero que no se hallan en plenas condiciones de prestar su consentimiento para el acto médico concreto debido a su estado de inconsciencia. Sin embargo, en estos casos en particular, al no existir un mecanismo permanente de sustitución de la capacidad, se puede presentar el problema de la concurrencia de familiares que pueden aportar datos sobre el consentimiento, sin que se haya fijado ningún orden jerárquico sobre quienes tienen preferencia para intervenir en lugar del paciente en estos casos de concurrencia. Un principio básico para una solución es cuál es la finalidad pretendida: el fin último es conseguir que la decisión de los terceros se aproxime lo mejor posible a los deseos expresados con anterioridad por el paciente o a los intereses del mismo, por lo que resulta lógico presumir que quienes se encuentran en las condiciones óptimas para interpretar esos deseos o intereses son las personas que convivían con el paciente, ya sean éstas familiares o allegados, sin perjuicio de que se acredite suficientemente esa mejor condición en otras situaciones distintas a las de convivencia.

CAPÍTULO IV. LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento del paciente debe de cumplir un conjunto de requisitos que son imprescindibles para la validez del mismo. Debe de ser otorgado de forma libre y consciente, ha de estar ausente de vicios en la formación y manifestación de la voluntad. Esto solo es posible si dicho consentimiento está libre de error, es decir, si el sujeto tiene una clara representación del alcance del acto sobre los que va a consentir, y por consiguiente está debidamente informado; y también libre de engaño, de coacción o de cualquier otro procedimiento destinado a obtener el consentimiento del paciente sin que sea el fruto de esa libre y consciente voluntad. Los requisitos que ha de cumplir el consentimiento otorgado por el paciente los podemos agrupar del siguiente modo:

En primer lugar encontramos los requisitos que se deben de cumplir anteriormente a la manifestación del consentimiento, ya sean generales o bien referidos al caso concreto.

En segundo lugar, los requisitos correspondientes a la manifestación de la voluntad y alcance del consentimiento, es decir, el objeto, la forma y el momento del mismo.

Y por último, los requisitos posteriores a su manifestación, pero que a su vez son anteriores a la realización completa del hecho consentido. Éstos son la rectificación y la revocación.

1. La información como requisito propio del consentimiento

La información previa al consentimiento es un requisito esencial para éste sea jurídicamente válido. Los destinatarios de esta información son los pacientes y las personas que hayan de prestar su autorización en defecto de éste. También

pueden ser destinatarios los familiares y allegados del paciente capaz, siempre que éste no haya manifestado su oposición a tal comunicación. Quien debe emitir la información es el médico que ha asumido la responsabilidad de tratamiento del paciente, así como cualquier otro profesional médico que deba realizar una intervención o prueba médica determinada a lo largo del proceso asistencial, respecto a dicha intervención, incluidos los actos previos practicados con propósito diagnóstico. Esta información previa debe de cumplir unas características para ser considerada legamente válida. A continuación desarrollaremos dichas características.

1.1. Información adecuada

La información que debe de ser transmitida al paciente ha de ser adecuada²⁹ tanto en cantidad como en calidad, es decir, solo debe de aportarse aquella información que sea relevante para prestar un consentimiento libre y consciente por parte del interesado, como por ejemplo: características y naturaleza de la intervención, objetivo que se pretende con la intervención, los efectos inmediatos que seguro van a tener lugar, posibles efectos colaterales o secundarios, las consecuencias que la intervención puede provocar en la forma de vida del paciente, riesgos de la intervención, posibles alternativas a la operación, etcétera. De este modo, la información debe de presentarse al paciente en unos términos comprensibles para éste o para las personas que deban consentir en su lugar, y esto significa que debe de adaptarse a su nivel intelectual y cultural respectivo, evitando en la medida de lo posible recurrir al lenguaje médico técnico.

En ocasiones, es posible que la información que se trasmite al paciente sea inadecuada, tanto por defecto como por exceso de la misma. En caso de que la información sea inadecuada por defecto, la obligación de informar ligada a la validez del consentimiento se cumpliría de forma insuficiente, ya que no se le ha permitido al paciente tener una idea exacta sobre la situación en la que se encuentra, la necesidad de que se lleve a cabo la intervención y los riesgos y consecuencias que se puedan derivar de la misma. En caso de que la información sea en exceso, ésta es innecesaria e inútil y además puede ser perjudicial y originar daños psicológicos

²⁹ BLANCO CORDERO, *Relevancia penal de la omisión y del exceso de información médica o terapéutica*.

innecesarios para el paciente. Por lo tanto, ambos extremos pueden generar responsabilidad para la persona que transmitió inadecuadamente la información.

1.2. Extensión de la información

La extensión de la información (podríamos decir también la “cantidad” de información) que deber de ser transmitida puede medirse en función de los riesgos previsibles que la intervención entraña. Para ello deben tenerse en cuenta niveles de riesgo: los riesgos graves e infrecuentes y los riesgos leves pero frecuentes de la intervención.

Pero también es preciso considerar otros factores, que sirven para modular la extensión de la información. En ese sentido, ha de considerarse, sobre todo, la mayor o menor necesidad de la intervención o las indicaciones y contraindicaciones que ésta presenta.

1.3. Límites y excepciones

Por lo general, se reconoce una limitación a la exigencia legal de la información, que puede ser aplicada en supuestos de pronóstico muy grave o fatal, y que se conoce como “privilegio terapéutico”. En este caso, se parte de la base de que, por razones terapéuticas, debe evitarse la representación de la realidad del paciente, pues es presumible que una información completa de esta situación podría derivar en un grave perjuicio para la evolución y pronóstico de la enfermedad. En todo caso, y aunque la ponderación parece difícil, es cierto que existen algunas actuaciones médicas protocolizadas en tratamientos médicos específicos, como algunos tratamientos oncológicos, en los que un buen resultado requiere una respuesta favorable del paciente, que no siempre se garantiza cuando éste conoce las reales dificultades para el éxito del tratamiento.

Por otro lado, las excepciones a la obligación de informar se dan en los siguientes supuestos:

En caso de que se produzca la renuncia del interesado a ser informado, y es jurídicamente admisible, excepto si pudiera derivarse un perjuicio grave para sí mismo o para terceros. Podríamos denominarlo como el “derecho a no saber”³⁰, que puede producirse en el caso de enfermedades graves e incurables presintomáticas o infecto-contagiosas. Aunque es aconsejable hacer constar por escrito esta voluntad del paciente con la finalidad de prevenir eventuales reclamaciones, y a la vez suministrar la información a sus familiares y allegados, siempre que esto no suponga una vulneración de la intimidad del enfermo. También es aconsejable informarle al menos sobre las intervenciones o tratamientos a los que va a ser sometido.

En caso de que el paciente no esté capacitado para tomar decisiones no es preciso informarle. En este supuesto se produce un desplazamiento de los destinatarios de la información, ya que ésta debe de ser transmitida a quienes están llamados a prestar consentimiento en lugar o representación del paciente. No obstante, la información al paciente debe de ser aportada en la medida en que éste se encuentre en condiciones para que su criterio sea atendido por el profesional médico.

En situaciones de urgencia en las que el paciente se encuentra inconsciente o sin capacidad para comprender la información o la trascendencia de su acto de voluntad y no es posible transmitirla a sus familiares o allegados también puede hablarse de una excepción al deber de informar.

2. El objeto del consentimiento

Establecer el objeto del consentimiento permite delimitar sobre qué consiente realmente el paciente, y además permite precisar con qué alcance fue otorgado dicho consentimiento.

En este sentido, el consentimiento del paciente determina el campo de actuación dentro del cual podrá actuar lícitamente el médico. Podemos decir que el consentimiento que otorga el paciente tiene un carácter personal, ya que solo

³⁰ De acuerdo con el artículo 10.2. del CDHBM: [...] *Si, no obstante, prefiriese no ser informada, habrá de respetarse su voluntad.*

alcanza al médico a quien se ha prestado. Además este consentimiento prestado para una o varias intervenciones médicas a un profesional médico concreto cubre también a todos los demás profesionales que deban participar en ellas, ya sean otros médicos o personal de enfermería, salvo que el paciente haya manifestado expresamente que sea un médico el que deba realizarla.

La manifestación del consentimiento ha de referirse expresamente a la clase del acto médico, es decir, si se trata de diagnóstico o de tratamiento, y también los límites o extensión del mismo. El consentimiento solo se extiende a los relatado en la información proporcionada por el facultativo, de forma que abarca el tratamiento o intervención prevista, así como todas las medidas complementarias o accesorias vinculadas con el mismo. También cubre la ampliación de la intervención que pueda presentarse durante el curso de la misma que haya previsto el médico y sobre cuya posibilidad haya suministrado la correspondiente información previa. En caso contrario, el, el consentimiento no cubre esta ampliación y el médico debe de abstenerse de realizarla y esperar a obtener un nuevo consentimiento con todos sus requisitos. Si la ampliación de la intervención viene exigida por urgente necesidad, nos encontramos ante una intervención con ausencia de consentimiento.

El consentimiento comprende tanto las posibilidades de éxito como los riesgos previsibles, los cuales también son asumidos por el paciente. El consentimiento del paciente solo puede extenderse al tratamiento realizado correctamente, es decir, que es médicamente indicado como medida terapéutica y realizado conforme a la *lex artis*³¹, sin importar que el tratamiento haya logrado o no el objetivo propuesto (ya que en esto consiste la asunción del riesgo). Pero en ningún caso queda cubierto por el consentimiento aquel tratamiento que no cumpla con las condiciones mencionadas, y en consecuencia no serán lícitos los daños producidos por una conducta imprudente, pudiendo ser en ese caso responsable el médico por lesiones u homicidio imprudente.

³¹ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa*, I.

3. La forma del consentimiento

La forma del consentimiento hace referencia a cómo deben de quedar registrados los requisitos, la información previa y el propio acto del consentimiento. En principio no hay una regla predeterminada que exija un modo concreto de prestar consentimiento, de forma que éste puede ser otorgado de forma escrita, oral e incluso tácitamente. Generalmente, el consentimiento y la información relevante que concierne al primero se prestan por escrito por el paciente y por el médico, en los supuestos en que la intervención tenga cierta entidad o que presente riesgos conocidos, salvo en caso de urgencia inaplazable en la que corre grave peligro la vida o la salud del paciente.

Cabe destacar que con respecto a la forma, actualmente han proliferado determinados modelos de protocolos elaborados por sociedades científicas y por comités asistenciales hospitalarios para poderlos utilizar en situaciones estándar. Pero hay que tener en cuenta que la utilización de estos modelos de protocolos no exime de su adaptación e individualización al paciente concreto al que va destinado. Además, esta clase de documentos no pueden ser concebidos como un arma legal contra posibles denuncias, en los que se recoja todo tipo de eventualidades, por muy remotas que sean para el paciente.

Si el documento sobre la información ha sido cumplimentado correctamente servirá como defensa al profesional siendo así una prueba de que su actuación ha sido llevada a cabo de forma correcta y de que el paciente asumió los riesgos propios de la intervención médica ya que fue informado y otorgó su consentimiento. Pero, en todo caso, es inútil pretender encubrir con algunos de estos documentos la introducción de cláusulas que exoneren de responsabilidad al profesional médico, que en ningún caso alcanza a actuaciones que no pueden ampararse en la *lex artis* médico; en efecto, conste la conformidad del paciente con el tratamiento y la información sobre los riesgos de la intervención o del tratamiento mediante su firma, y se redactasen de una forma extraordinariamente amplia, estas cláusulas resultarían nulas de pleno derecho, pues el paciente otorga su consentimiento sobre la práctica correcta, y no podría hacerlo sobre actuaciones negligentes, y es razonable pensar que realmente no consintió sobre ninguna clase de exculpación favorable al facultativo. Pero es que, aunque lo hubiese hecho, no existe una autorización general del consentimiento en la muerte ni en la autolesión, lo que

impide que pueda autorizarse esta decisión delegada a un tercero como un resultado probable.

4. El momento del consentimiento

El consentimiento debe de ser prestado por el paciente con anterioridad o de forma coetánea a la intervención o tratamiento médico. En principio, el consentimiento posterior no tiene efectos jurídicos, pero si puede ser relevante en el caso de que se plantease un conflicto de naturaleza civil o penal. En este sentido, el consentimiento posterior es irrelevante en el ámbito penal y no produce ningún tipo de efecto jurídico.

El consentimiento prestado de forma previa a la intervención debe de referirse a una situación concreta que sea anticipada y que esté totalmente programada. Aunque también cabe la posibilidad de aceptar los efectos jurídicos en caso de emitir una voluntad para una situación futura hipotética, para el supuesto caso en que el propio interesado no se encontrara en plenas condiciones para emitir su voluntad en esa posible circunstancia. Esto es lo que se conoce como voluntad anticipada³². La legitimidad jurídica de estos actos ha sido discutida por los especialistas en la materia, sobretodo en lo referente al “testamento vital o biológico”, el cual ha sido plenamente aceptado por el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CDHBM), tal y como se recoge en el artículo 9³³ del mismo. Debemos tener en cuenta que es preciso asegurarse siempre de que el documento en el que se ha registrado la voluntad del paciente ofrece garantías suficientes sobre su autenticidad y la veracidad de su contenido.

³² El consentimiento u oposición a ser donante de órganos para su trasplante a un tercero es uno de los casos y podría expresarse por medio de la previsión legal “sobre voluntades anticipadas”. MARCO MOLINA, J.; *El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos*.

³³ Artículo 9 CDHBM: *Deberán tomarse en cuenta los deseos emitidos con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica.*

5. La rectificación o revocación del consentimiento

Como consecuencia al principio de autonomía de la voluntad reconocida al paciente puede darse una situación de revocación o de retirada del consentimiento otorgado. Una de las características más destacadas del consentimiento en el ámbito médico es la amplia posibilidad de rectificación que admite, y además, sin estar sujeto a unas determinadas formalidades. De este modo, el consentimiento que ya fue otorgado por el paciente no le vincula forzosamente, sino que el paciente tiene la facultad para poder modificar su decisión hasta el momento mismo del comienzo del tratamiento o de la intervención, y podrá restringir o ampliar los términos iniciales de su declaración de voluntad. En consecuencia, el médico debe adaptarse a la nueva situación manifestada voluntariamente por el paciente³⁴.

La disposición de la voluntad del paciente puede alcanzar hasta la revocación total del consentimiento otorgado. Todas estas variaciones de los términos de la autorización del paciente deben ser respetadas por el médico, y debe el médico adaptarse a las mismas. Hay que tener en cuenta que todas las actividades que fueron realizadas con anterioridad a la revocación o a la restricción permanecerán lícitas. Además, debemos destacar el hecho de que, aunque el médico debe interrumpir el tratamiento en el momento en que se produce la revocación, puede no hacerlo y continuar llevando a cabo la actividad en la fase en que se halle lícitamente hasta que la concluya, en la medida en que sea necesario teniendo en cuenta la salud del paciente.

La revocación puede ser manifestada por el paciente en cualquier momento, sin estar sujeta a ningún tipo de formalidades y, por tanto, verbalmente o por escrito; pero es aconsejable que se deje constancia por escrito de esta voluntad del paciente, pues ello permite una clara indicación del contenido de la voluntad sobre el tratamiento que en un principio había aceptado. Tampoco produce ningún tipo de perjuicio en el interesado respecto al tratamiento mismo, excepto en lo que se refiere a los gastos que se hubieran originado con anterioridad a la declaración de revocación. El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CDHBM) hace mención expresa al derecho de revocación del paciente en su artículo 5³⁵.

³⁴ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa, I*.

³⁵ Artículo 5, párrafo 3º: "La persona afectada, podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad."

6. Excepciones al derecho de prestar consentimiento

Como ya hemos mencionado en diversas ocasiones, el consentimiento constituye una parte fundamental en la relación entre el médico y el paciente. Pero en determinadas el consentimiento no es tenido en cuenta de forma expresa, ya sea porque es considerado como irrelevante por el propio ordenamiento jurídico (como sucede en los casos de intervenciones obligatorias) o porque el paciente no se halla en condiciones de prestarlo por sí mismo o por terceros en su lugar y si el médico esperase hasta obtenerlo el mal podría ser mayor (tal y como sucede en situaciones de urgencia y de inconsciencia del paciente). Estas situaciones que hemos mencionado suponen una excepción a la regla general de la necesidad de otorgar el consentimiento, pero la actuación que lleve a cabo en estos casos el profesional médico será completamente lícita, siempre que ésta se desarrolle en un determinado marco previsto por la ley.

Las excepciones al derecho a consentir están recogidas en la Ley General de Sanidad en los siguientes supuestos en su artículo 10.6.:

- Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública: este es el único supuesto en el que se produce una excepción en sentido estricto al derecho de autonomía reflejado por el acto de prestar consentimiento.
- Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones: en este caso se produce más bien un desplazamiento de los sujetos responsable para autorizar la intervención, sin que desaparezca en realidad el derecho a prestar consentimiento y la obligación por parte del profesional de contar con él, aunque sea a través de terceros.
- Cuando concurren situaciones urgentes con riesgo vital o de lesiones irreversibles para el paciente: aquí tampoco se excluye el derecho de consentir. Lo que sucede es que por motivos de grave urgencia no es posible esperar a obtener el consentimiento ya sea a través del paciente o bien a través de sus representantes legales.

A continuación pasaremos a analizar más detenidamente el primer y el tercer supuesto mencionados, ya que con respecto al segundo de ellos ya hemos hecho referencia en puntos anteriores.

6.1. La supremacía de los intereses colectivos

En determinadas situaciones dentro del ámbito médico-sanitario puede suceder que los intereses colectivos puedan primar sobre los intereses individuales, cuando se pretende preservar la salud pública frente a los riesgos que podrían derivarse de la extensión incontrolada de alguna enfermedad transmisible al ser humano con relativa facilidad. En estas circunstancias, los motivos superiores entorno a la protección de la salud pública pueden llegar a imponer unas medidas de carácter restrictivo tanto para la autonomía de decisión de los ciudadanos potencialmente transmisores de una enfermedad, como para la libertad ambulatoria de los mismos. Para tal fin, la autoridad competente puede acordar unas medidas preventivas o unos determinados tratamientos obligatorios para la persona, en las que se incluyen la monitorización y el internamiento o aislamiento temporal. Estas previsiones restrictivas son totalmente legítimas, aunque con ellas pueda verse afectado algún derecho fundamental, siempre que no suponga una privación del contenido esencial del mismo.

La Constitución Española en estos determinados casos que las leyes que afecten al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas deben de tener la naturaleza de ley orgánica, y por ello se aprobó la Ley Orgánica sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LO 3/1986, de 14 de abril), la cual se ocupa de todas las previsiones legales que puede adoptar la autoridad cuando exista un riesgo grave para la salud pública.

De acuerdo con esta Ley, las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud colectiva debido a una determinada situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por unas condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Además también se establece que la autoridad sanitaria podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos, todo ello con el fin de controlar las enfermedades transmisibles.

Por último debemos destacar que en ocasiones, el facultativo puede encontrarse en la situación de tener que realizar tratamientos o llevar a cabo unas medidas sanitarias de carácter coactivo en contra de la voluntad del paciente, pero

siempre bajo la orden de la autoridad sanitaria competente amparada por la LO 3/1986, de 14 de abril.

6.2. Las situaciones de urgencia vital

A continuación vamos a analizar el supuesto en el que existe una situación de urgencia grave para el paciente, pero que debido al estado en que éste se encuentra (ya sea en estado de coma, deficiencia o enfermedad mental profunda) no está capacitado para otorgar su consentimiento, y además también resulta imposible acudir a los representantes legales o familiares para que éstos consientan.

El consentimiento implícito o presunto es un recurso jurídico utilizado en algunos supuestos, aunque suele rechazarse para sustentar jurídicamente la actuación del facultativo que no ha podido contar con el consentimiento expreso del paciente o de terceros competentes, incluso en supuestos de urgencia grave o vital, dado la ambigüedad del concepto y la inseguridad jurídica que puede generar cuando está en juego una posible acusación de haber lesionado bienes personales jurídicamente protegidos.

En el ordenamiento jurídico español, además del consentimiento presunto, contamos para estas situaciones de urgencia grave o vital con otros recursos jurídicos más precisos en cuanto a sus condiciones de aplicación y validez y consecuentemente más fiables, que tienen como fundamento jurídico el estado de necesidad existente³⁶. Pero cuando la situación no es urgente ni grave, el médico no puede recurrir a la situación de necesidad, ya que no existe, y tampoco está legitimado para intervenir, excepto que deba de aplicar las medidas imprescindibles de reanimación o para evitar un empeoramiento del estado del paciente. Las intervenciones de mayor importancia deberán posponerse hasta que se haya obtenido el consentimiento del propio paciente, y en su defecto, el de los familiares o representantes legales.

Uno de los casos que presenta cierta peculiaridad es cuando el médico se plantea durante el transcurso de una operación, en la que el paciente se encuentra inconsciente a causa de la anestesia, la posibilidad de ampliación de la intervención

³⁶ La jurisprudencia ha rechazado también la validez del recurso al consentimiento presunto en el ámbito médico; STS de 26 de octubre de 1995.

quirúrgica o rectificación de los objetivos previstos inicialmente. En este sentido debemos de distinguir dos supuestos. El primer caso atiende al hecho de si la ampliación de la intervención es necesaria resulta posible que el médico se acoja al estado de necesidad en las condiciones que anteriormente ya se han mencionado, de tal modo que reasegure el éxito de la intervención y la protección en todo momento del paciente. El segundo caso hace referencia al hecho de que se demuestre que la ampliación de la intervención es necesaria pero no urgente y en consecuencia, el médico deberá abstenerse de cualquier extralimitación del consentimiento otorgado.

Hay que tener en cuenta que no siempre las circunstancias aparecen fácilmente valorables y que se pone de manifiesto el potencial enfrentamiento entre los principios jurídicos y la posibilidad del médico de aligerar al paciente de las molestias de una posterior intervención, aprovechando las ventajas que ofrece la operación en curso³⁷. Más difíciles de valorar resultan otras situaciones, cuando por ejemplo el médico se plantea la ampliación de una intervención que aparece como necesaria pero no urgente. En este caso hay que cuestionarse ¿qué decisión debería tomarse si comprobásemos que el médico no previó dicha ampliación, pero que ésta era fácilmente previsible? La respuesta a esta cuestión no es fácil, y por ello tenemos varias justificaciones. En primer lugar, si aplicamos de forma estricta los criterios relativos al cuidado objetivamente debido y la imprudencia, la actuación de ampliación de la intervención conllevaría en todo caso una responsabilidad del facultativo; es decir, si el médico decide intervenir, como no cuenta con el consentimiento del paciente ni tampoco éste se halla en una situación de necesidad, incurriría en un atentado a la autonomía del paciente, y que la jurisprudencia lo contempla como un delito de lesiones (ya sean dolosas o imprudentes). En segundo lugar, si el médico se abstiene de la ampliación de la intervención, como no diagnosticó ni previó la nueva situación, puede estar lesionando sus deberes de cuidado en relación con la *lex artis* y en consecuencia sea responsable por imprudencia de la omisión cometida antes de la operación.

En todos estos casos en los que se recurre al estado de necesidad como causa de justificación, el médico puede tener dudas fundadas acerca de si el paciente hubiera denegado su autorización al tratamiento. Los partidarios del

³⁷ "Tal vez se llegue en ocasiones a consecuencias no tan afortunadas, pero el respeto a la voluntad del paciente debe prevalecer"; Fundación Grífols, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, cit. pp. 107.

consentimiento presunto se inclinan por la abstención. Hay que tener en cuenta que si se partiera de la tesis del consentimiento presunto en lugar del estado de necesidad, el médico podría beneficiarse en algunos casos de una situación de error invencible, cuando ante una intervención de urgencia fuera imposible averiguar la voluntad del paciente.

7. La negativa a prestar consentimiento como forma de rechazo de la intervención médica

El paciente con capacidad para prestar su consentimiento está legalmente facultado para negarse a un acto médico cualquiera, ya sea de diagnóstico, preventivo o curativo, y cualquiera que sea el pronóstico que se derive de no haberse sometido al tratamiento. La LGS recoge este derecho en su artículo 10.9, de modo que todas las personas tienen derecho a negarse a ser sometidos a un tratamiento (excepto que se halle en alguno de los supuestos tasados) y para ello debe de solicitar el alta voluntaria. En estos casos de rechazo a ser sometido a un tratamiento o intervención médica la previsión legal que contempla el ordenamiento jurídico español consiste en que el paciente está obligado a firmar el documento de alta voluntaria, y en consecuencia se da por finalizada la relación entre el médico-sanitario y el propio paciente.

La negativa³⁸ del paciente puede deberse a varios motivos, no solo personales o por convicciones, sino también por el riesgo que el propio acto médico puede entrañar para el paciente. Es posible que la negativa sea aceptada y asumida por el profesional sanitario, de modo que busquen y propongan otras alternativas menos perjudiciales para el paciente.

³⁸ Fundación Grífols, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, cit. pp. 109.

CAPÍTULO V. SUPUESTOS PRÁCTICOS

Supuesto 1: Donación por parte de un donante fallecido

Un hombre fallece en noviembre del 2008 y existe un documento escrito que data del año 2002 en el que establece que en caso de fallecimiento donaría todos sus órganos. En el momento del fallecimiento, su esposa y sus dos hijas afirman que desde hace cinco años siempre había negado la posibilidad de donar sus órganos, porque se había convencido de que la resurrección de los muertos no era posible si se extraía un órgano esencial o vital.

Ante este caso, la primera cuestión que nos podríamos plantear sería la de qué requisitos son necesarios para poder negar la donación por parte de los familiares del fallecido.

Tal y como nos indica el supuesto, el sujeto fallecido manifestó su voluntad en el año 2002 de donar todos sus órganos en caso de su fallecimiento. Por lo tanto, el médico tiene la obligación de comprobar, antes de llevar a cabo la extracción de los órganos, si la voluntad del fallecido se encuentra expresamente recogida en el Registro de últimas voluntades. En efecto, en virtud del artículo 10.1.a del RD 2070/1999 se establece que se podrá llevar a cabo la donación de los órganos siempre que el fallecido no hubiese dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se llevase a cabo la extracción de sus órganos. Por lo tanto, tanto la voluntad de donar los órganos como la negativa a ésta debe de haber sido manifestada de forma expresa por el sujeto antes de su fallecimiento.

En nuestro caso nos encontramos con la situación de que inicialmente, el documento, que data del año 2002, contiene una manifestación expresa del sujeto de donar sus órganos tras su fallecimiento. Por consiguiente, el médico está obligado a comprobar si ese documento existe realmente y si fue inscrito o no en el Registro de Voluntades Anticipadas.

Antes de continuar con la resolución del caso debemos hacer mención a que se entiende por Voluntades Anticipadas y cómo se regula esta figura jurídica (artículo 3 L. 7/2002)³⁹. En el ámbito de la sanidad, el documento de voluntades anticipadas es un instrumento a partir del cual se hacen efectivos los derechos y la voluntad de la persona que desea dejar constancia de ellos y que sean respetados en caso de su fallecimiento. Este documento se debe formalizar por escrito y mediante uno de los siguientes procedimientos: formalizado ante notario, o ante un funcionario público del Registro de Voluntades Anticipadas o ante tres testigos (los cuales han de ser mayores de edad, con plena capacidad de obrar y no tengan ningún vínculo matrimonial, unión de hecho, parentesco hasta segundo grado de consanguinidad ni relación patrimonial).

Debemos mencionar que el documento en el que se manifiesta la voluntad de la persona, que ha sido inscrito en el Registro de Voluntades Anticipadas, puede ser modificado, sustituido por otro o revocado en cualquier momento por la propia persona interesada, siempre que para ello goce de plena capacidad de obrar y actúe de forma libre. Dicha modificación, sustitución o revocación deberá de formalizarse de acuerdo con los mismos requisitos que hemos mencionado anteriormente para la inscripción. En consecuencia, si el documento de voluntades anticipadas sufre alguna modificación, sustitución o revocación, el médico deberá tener en cuenta siempre el último documento otorgado (artículo 4 y 5.2. L. 7/2002).

En nuestro caso concreto, si la voluntad del sujeto fue manifestada e inscrita en el Registro de Voluntades Anticipadas en el año 2002, en la que establecía que en caso de fallecimiento donaría todos sus órganos, los médicos deberán de respetar dicha voluntad y proceder a la extracción de los órganos para su posterior donación.

Si tal y como afirman sus familiares, el sujeto cambió de opinión y manifestó su negativa a donar sus órganos, los médicos deberán comprobar si la voluntad inicial inscrita fue modificada posteriormente, y en ese caso, deberán respetar la última voluntad del sujeto y no podrán llevar a cabo la extracción de sus órganos. Pero en todo caso, las garantías exigidas para la constancia de la voluntad contraria al trasplante permiten afirmar la prioridad de la declaración que consta documentalmente.

³⁹ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. En adelante, L. 7/2002.

Pero la problemática surge cuando la voluntad del paciente no fue inscrita en ningún registro ni tampoco manifestada al personal médico, sino que únicamente manifestó su voluntad a su esposa y sus hijas, las cuales afirman que desde hacía cinco años él había declarado su voluntad en contra de donar sus órganos por motivo de sus creencias religiosas. Por lo tanto, ¿qué voluntad prevalecería, la manifestada en el documento escrito pero no registrado o la manifestada de forma verbal a sus familiares?

Si las manifestaciones de la voluntad del fallecido no han sido registradas de ningún modo, entonces el problema es más difícil de resolver. En este caso podría entrar en juego la figura jurídica del “consentimiento presunto”, que resulta eficaz en *los supuestos en que puede deducirse que el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica hubiera consentido en su realización, de haber tenido conocimiento de los hechos y hubiera podido consentir*⁴⁰. En este sentido, se presume que el titular del bien jurídico si hubiera conocido todas las circunstancias hubiera consentido, y en su caso, un tercero actuaría presumiendo dicho consentimiento. Autores como Mezger⁴¹ afirman que *el consentimiento presunto es un válido sustitutivo del consentimiento real*, ya que la finalidad que se persigue con ello es que el tercero ejecute la acción conforme a la voluntad presunta de éste. Por lo tanto, por muy irracionales⁴² que parezcan los motivos alegados por la esposa y las hijas del fallecido, se deberán de respetar ya que manifiestan la voluntad presunta del sujeto, y en consecuencia el médico deberá respetar dicha manifestación de voluntad presumiéndola como real, y no podría llevara a cabo la extracción de los órganos del fallecido, dejando así el cuerpo intacto.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión de si es posible negar la donación de los órganos del fallecido sería en este caso afirmativa; es decir, deberíamos acogernos a la figura jurídica del consentimiento presunto y en consecuencia existiría una oposición expresa (exigida por el artículo 10.1.a del RD 2070/1999) a la extracción y donación de los órganos del sujeto, manifestada por el propio sujeto antes de su fallecimiento a sus familiares, y posteriormente, son sus familiares quienes expresan la voluntad del fallecido en la negativa de donar sus órganos.

⁴⁰ Casas Barquero, *El consentimiento...*, cit. p.103.

⁴¹ Mezger, *Tratado...*, I, cit. p. 415

⁴² Jescheck afirma que *debe respetarse incluso la voluntad racional del titular del bien jurídico protegido, cuando se conozca o pueda ser deducida* [...]. *Tratado...*, I, cit. p. 527.

Supuesto 2: Donación inter-vivos. Negativa al trasplante por familiares con posición de garante

Un padre tiene el pulmón compatible con su hijo, pero el padre se niega a la extracción del fragmento de pulmón para ser trasplantado en su hijo, el cual necesita urgentemente el trasplante para poder sobrevivir. Además, el padre prohíbe a los médicos que comuniquen a su hijo y a sus familiares la compatibilidad de su órgano con su hijo, ya que tiene pánico a las intervenciones quirúrgicas. La vida del padre no corre ningún riesgo en la intervención, más que los riesgos inherentes a cualquier intervención quirúrgica, ni tampoco presenta ningún riesgo en su calidad de vida posterior a la intervención. El padre se niega a que la información se proporcione a otros familiares para evitar presiones.

Para poder resolver este caso, en primer lugar debemos destacar que en las relaciones paterno-filiales se derivan una serie de obligaciones para los padres, que se recogen de forma expresa en el artículo 154 del Código Civil. En virtud de este artículo, los padres, que ostentan la patria potestad de sus hijos, deben de ejercerla siempre en beneficio de sus hijos, respetando siempre su integridad tanto física como psicológica. Además, tienen la obligación de velar por ellos, acompañarlos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En Derecho Penal, esta relación de protección de los padres con sus hijos se instrumentaliza en la figura de la posición de garante⁴³, que se define como la situación en la que se halla una persona que tiene el deber jurídico concreto de obrar de una determinada manera para evitar que se produzca un resultado típico lesivo que puede ser evitado. En consecuencia, el incumplimiento de la posición de garante supone abstenerse de actuar de acuerdo con lo establecido en las normas civiles o penales (en nuestro caso concreto sería el hecho de que el padre incumpliera sus deberes con respecto a su hijo, y como consecuencia de ello éste sufriera un daño, el cual puede haberse evitado).

Por otro lado, debemos tener en cuenta los requisitos exigidos para que una persona viva pueda ser donante de órganos. Y en este sentido el RD 2070/1999

⁴³ Tal y como afirma E. Bacigalupo, "...la imputación solo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado (se trate de un autor activo u omisivo)"; *Principios de Derecho Penal. Parte General*.

recoge específicamente en su artículo 9.1 que una persona puede donar un órgano en vida siempre que se trate de un órgano o una parte de éste cuya extracción sea compatible con la vida del donante (es decir, que como consecuencia de la extracción del órgano no se vea en peligro la vida del donante) y que la función realizada por el órgano extraído sea compensada por el organismo del donante de forma adecuada y segura. Y para que la extracción pueda ser llevada a cabo se debe de informar previamente al donante de las consecuencias de su decisión, y debe otorgar de forma expresa, libre y consciente su consentimiento.

En nuestro caso concreto nos encontramos con el hecho de que el órgano del padre es compatible para ser trasplantado en su hijo, pero éste se niega a que el médico de a conocer dicha información porque no quiere someterse a la operación. Ante tal negativa debemos recurrir al contenido del Código Deontológico Médico en el que se encuentra regulada la obligación de los médicos a guardar cualquier información con respecto a sus pacientes y el deber de no revelar los secretos profesionales (artículo 16)⁴⁴. Por lo tanto, de acuerdo con la *lex artis*, el personal médico tiene el deber de respetar la voluntad del paciente (en nuestro caso, la voluntad del padre), y en consecuencia, no podría comunicar ni al hijo ni a sus familiares que el órgano del padre es compatible con el de su hijo.

Por lo tanto nos encontramos con dos puntos de vista. Por un lado el deber del padre de velar por la integridad física de su hijo y evitarle cualquier mal que fuese previsiblemente evitable debido a su posición de garante. Y por otro lado, el deber del profesional médico de no revelar la información acerca de la compatibilidad para el trasplante del fragmento de pulmón. En consecuencia nos encontramos ante una colisión de derechos: por un lado, el derecho del hijo a recibir el trasplante del fragmento de pulmón de su padre (ya que este trasplante le salvaría la vida), el cual debe velar por la vida de su hijo y por lo tanto, al existir una alta compatibilidad en el trasplante y ningún tipo de riesgo para su vida ulterior, el padre debería sacrificarse y donar el fragmento de pulmón de su hijo. Y por otro lado, el derecho que tiene el padre a la confidencialidad de sus datos y a que el médico no pueda revelar la información sobre las altas posibilidades de éxito del trasplante.

⁴⁴ Código Deontológico Médico, artículo 16. 1. *El secreto profesional del médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente para su seguridad;* 2. *El secreto profesional obliga a todos los médicos cualesquiera que sea la modalidad de su ejercicio;* 3. *El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que haya conocido en su ejercicio profesional;* 4. *La muerte del enfermo no exime al médico del deber de secreto.*

Ante esta situación debemos plantearnos una cuestión fundamental: ¿prevalece el derecho a la vida del hijo, aun sacrificando a su padre a someterse a una intervención, o bien, prevalece el derecho del padre a no sea revelada la información sobre la compatibilidad de la donación y por lo tanto no someterse a la intervención?

La respuesta a esta cuestión se escapa de las posibilidades del médico, y lo más adecuado sería que ante tal conflicto de intereses el médico presente el caso ante el Juez, para que éste resuelva y determine la solución más adecuada en la que se vele por los bienes jurídicos protegidos.

La resolución jurídica la podríamos fundamentar invocando la figura del *Estado de necesidad por colisión de bienes o intereses*⁴⁵. El Estado de necesidad se basa en una colisión de bienes de dispar valor, es decir, en la lesión de un bien jurídico de menor valor relativo y la posibilidad de salvar otro bien jurídico de mayor valor relativo. Por lo tanto, el bien salvado tiene que ser de mayor jerarquía que el sacrificado, ya que de lo contrario nos faltaría el efecto justificante. Aunque lo decisivo en la aplicación del estado de necesidad no es la relación jerárquica de bienes, sino el hecho de que un bien concreto (como es en nuestro caso el derecho a la vida y a la integridad física del hijo) sea protegido en una determinada situación.

En nuestro caso, los dos bienes jurídicos protegidos son: la vida del hijo y la salvaguarda de la información del padre par no tener que someterse a la extracción del órgano. Por lo tanto, podemos observar claramente como el derecho a la vida del menor es un bien jurídico con un valor relativo muy superior al derecho del padre a que no sea revelada la información sobre la compatibilidad en la donación. Y además, debemos tener en cuenta que el padre tiene la obligación de velar por la integridad física de su hijo en virtud de las obligaciones que entraña el ejercicio de la patria potestad.

En conclusión podemos decir que el médico tendría la posibilidad de comunicar a los familiares del menor y al propio menor sobre las posibilidades de éxito del trasplante con el fragmento de pulmón de su padre. El padre no está obligado a someterse a la intervención quirúrgica para que se le extraiga el fragmento de pulmón, pero debemos señalar que, ante el hecho de que el padre

⁴⁵ BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, cit. pp. 271.

conoce perfectamente la situación de peligro que corre su hijo si no recibe el trasplante y que la compatibilidad en la donación padre-hijo es muy alta, en caso de que el hijo falleciese, el padre podría ser responsable de un delito de homicidio como consecuencia de haber omitido sus deberes como padre y además tener la posibilidad de haber salvado la vida de su hijo y no haberlo hecho (omisión por comisión de delito).

Si el médico llevase a cabo la extracción del órgano del padre sin el consentimiento de éste, podría acogerse al supuesto de excepción de prestar consentimiento por situación de urgencia vital, reconocido por el artículo 10.6. LGS (aunque en nuestro caso, la urgencia vital es conseguir que sobreviva el menor gracias a un trasplante de un fragmento de pulmón de su padre). Pero no cabría la posibilidad de acogerse al supuesto de excepción de responsabilidad criminal por obrar en estado de necesidad, regulado en el artículo 20.5. CP⁴⁶, ya que no cabe el estado de necesidad cuando se trata de bienes personalísimos si para la obtención del beneficio de uno se actúa con fuerza física sobre el otro, y por lo tanto, no estaría exento de responsabilidad criminal en la intervención quirúrgica de extracción del fragmento de pulmón al padre. En este sentido, nos apoyamos en la teoría de Bacigalupo en la que sostiene que: “La comparación de bienes o intereses no autoriza la realización de acciones que afecten bienes individuales, como, por ejemplo, extraer un riñón a una persona para trasplantarlo a otra a quien salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante. La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente para la solución del conflicto. En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses⁴⁷”.

⁴⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en adelante CP. Artículo 20.5:

“Están exentos de responsabilidad criminal: El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

⁴⁷ Bacigalupo, E. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, cit. pp. 273.

Supuesto 3: Negativa de una menor de edad a ser sometida a un trasplante de corazón⁴⁸.

Una niña de 13 años rechaza ser sometida a un trasplante de corazón ya que quiere permanecer junto con su familia hasta que la dolencia cardíaca que padece acabe con su vida. La menor tiene diagnosticada una extraña forma de leucemia desde que tenía 5 años. Con el trasplante de corazón los médicos no aseguran la curación de la enfermedad pero si le aseguran evitarle una muerte que se acerca de forma inminente. A pesar de los consejos médicos la menor rechaza el trasplante y su familia respeta su decisión.

Son varias las cuestiones que nos podemos plantear entorno a este caso, de si un menor de edad (en nuestro caso, 13 años) tiene derecho a oponerse a recibir un tratamiento médico, como sería el trasplante de corazón, el cual es vital para que pueda sobrevivir. En este caso la respuesta la encontramos regulada en la L. 41/2002 en su artículo 9.3.c.⁴⁹, y a partir de éste podemos interpretar que cabe la posibilidad de que un paciente menor de edad tenga derecho a prestar su consentimiento si tiene más de doce años y tiene suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención. En el caso de que no se cumplan estos requisitos, el consentimiento deberá ser otorgado por sus tutores o representantes legales.

⁴⁸ Basado en el caso real de la niña británica Hannah Jones. Fuente: La Vanguardia (11 de noviembre de 2008).

<http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20081111/53577229363/una-ninya-britanica-logra-que-la-justicia-reconozca-su-derecho-a-morir-dignamente-londres-disneyland.html>

⁴⁹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, L. 41/2002); artículo 9.3.apartado c: "Se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

Ante esta respuesta que nos ofrece el texto legal debemos destacar principalmente el concepto de capacidad natural de juicio, es decir, cómo podemos valorar si un menor de edad tiene plena capacidad intelectual y emocional para poder decidir sobre aspectos tan relevantes para su vida como es el hecho de negarse a ser sometido a un trasplante de órganos. Ante este supuesto, desde hace unos años⁵⁰ se ha ido aceptando de forma unánime por la doctrina que, cuando un menor de edad que ha alcanzado la capacidad natural de juicio puede expresar su decisión sobre el tratamiento y su voluntad deberá ser respetada plenamente, siempre que no se produzca ningún conflicto entre la decisión del menor y la voluntad de sus padres.

Por lo tanto, si los padres o representantes legales están de acuerdo con la decisión del menor (siempre que sea mayor de 12 años) los profesionales médicos deberán de respetar siempre la voluntad del paciente menor de edad. Por lo contrario, si existe conflicto entre la voluntad de los padres o representantes legales (los cuales manifiestan su voluntad de que el menor se someta a la intervención del trasplante de órgano) y la voluntad del menor de edad el cual se niega a someterse al trasplante de órgano, deberemos tener en cuenta ante que tipo de supuesto nos encontramos. En este sentido, si estamos ante un caso de urgencia y de gravedad para la salud del paciente, se ha de acudir al juez, el cual resolverá el conflicto, pero si no hay tiempo suficiente para esperar la valoración de la autoridad judicial, será el facultativo quien deberá decidir siempre teniendo en cuenta el mejor interés del menor a favor de su vida y su salud. En cambio, si no se trata de una situación de urgencia, el profesional médico deberá de exponer la situación ante el defensor del menor, el cual realizará una valoración de la situación y determinará si el menor de edad presenta capacidad natural de juicio, y en consecuencia si su voluntad expresada es jurídicamente válida en el caso concreto.

Ante todo lo expuesto con respecto a la capacidad natural para consentir, debemos decir que en nuestro caso concreto, estamos una menor de edad, pero mayor de 12 años, por lo que su voluntad⁵¹ deberá ser tomada en cuenta por el

⁵⁰ROMEO CASABONA, C.M.; *El Médico y el Derecho Penal. La actividad curativa, I*, cit., pp.314 y ss

⁵¹ Art. 154, párr.3º CC: "Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten."; Art. 162 CC: "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo."

profesional médico. Como la voluntad de la menor es oponerse al trasplante de corazón, los médicos deben acudir a la opinión de sus padres, los cuales están de acuerdo con la voluntad manifestada por su hija; pero ante la gravedad de la enfermedad y ante el hecho de que los médicos siempre deben velar por procurar la vida y la salud de los pacientes, sería recomendable que presentaran el caso ante Servicios Sociales o el Defensor del menor, para que estos realicen una valoración sobre la madurez intelectual y emocional de la menor, y presentar esta valoración psicológica junto con la historia clínica ante el Juez para que éste decida sobre si la menor tiene la suficiente capacidad natural para consentir ante esta situación concreta, y en consecuencia poder oponerse a ser sometida al trasplante de corazón.

La cuestión que hemos expuesto anteriormente podría variar en caso de que los padres expresasen su opinión en contra de la decisión tomada por la menor. En efecto, la Ley sobre Autonomía del paciente establece que el menor de edad (siempre que tenga más de 12 años) deberá de ser escuchada su voluntad, pero sus padres o representantes legales tienen plena potestad para tomar la decisión en lugar de la menor (es decir, estaríamos ante el supuesto de prestar consentimiento por parte de familiares o representantes legales que contempla el CDHBM en su artículo 6.2)⁵².

La manifestación del consentimiento, como acto personalísimo que es, solo puede ser otorgado por la persona a la que afecta la decisión, de modo que solo el paciente afectado es quien tiene derecho a prestar consentimiento, salvo que se halle en alguna de las situaciones de incapacidad, como sería la minoría de edad, y en dicho supuesto, serán los tutores o representantes legales quienes consentirán en su lugar.

En consecuencia, si en nuestro caso los padres de la menor manifestaran su conformidad a que fuese sometida al trasplante de corazón, la intervención quirúrgica se llevaría a cabo. La opinión de la menor sería oída por el facultativo

⁵² CDHBM, art. 6.2: "Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez."

médico pero no sería tenida en cuenta ya que sus representantes legales tienen derecho a consentir en su lugar.

A modo de conclusión con respecto a este caso debemos señalar algunos aspectos importantes.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que cabe la posibilidad de que un menor de edad (pero mayor de 12 años) pueda otorgar su consentimiento y que éste sea reconocido legalmente, siempre que se certifique que el menor se halle con plena capacidad natural para consentir, es decir, que tenga suficiente madurez intelectual y emocional para la toma de decisión ante la situación concreta que está afrontando. La valoración sobre si el menor tiene esta capacidad natural de juicio será llevada a cabo por el Defensor del Menor o por los psicólogos de los Servicios Sociales.

En segundo lugar debemos destacar que esta voluntad manifestada por el menor solo será tenida en cuenta si no existe conflicto de opiniones entre la voluntad del menor y la voluntad de sus padres o representantes legales. Por lo que en caso de conflicto, el facultativo deberá tener en cuenta la decisión tomada por los padres, ya que la ley les confiere la potestad para poder otorgar el consentimiento en lugar de sus hijos menores, siempre que este consentimiento sea en beneficio de la vida y salud del menor⁵³.

Y, en tercer lugar, debemos hacer mención a la figura del Juez, ya que dependiendo de la complejidad del caso, los médicos⁵⁴ deberán plantear el hecho ante la autoridad judicial competente para que ésta valore la situación y tome una decisión al respecto. Por lo tanto, como ya hemos dicho anteriormente, ante la complejidad de nuestro supuesto, lo más adecuado sería que el profesional médico presentase el caso ante el Juez, con toda la documentación e historia clínica de la paciente y acompañada de la valoración psicológica de la menor realizada por el defensor del menor o por los servicios sociales. Con todo ello, el Juez decidirá sobre el caso y esta decisión, que siempre estará encaminada a procurar el bienestar del menor, será respetada y llevada a cabo por el profesional médico. No obstante,

⁵³ Fundación Grífols, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, cit. pp. 89 y ss.

⁵⁴ “Estos criterios no facilitan al médico sus actuaciones profesionales, en concreto cuando existen desacuerdos entre los padres y el propio hijo, o cuando éste adopta decisiones que no parecen razonables, pero también en estos casos podría recurrir al apoyo judicial.” Informe Grífols, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, cit. pp. 88.

respecto del juez, existen algunos problemas de determinación de competencia: por lo general, se acude al juez de guardia que, en realidad, es un juez de instrucción; debería entonces admitirse que el juez actúa en garantía de derechos y, más que como un juez de instrucción penal, como sustituto del juez civil o del juez de familiar fuera de días hábiles y de horas de audiencia.

CONCLUSIÓN

Los casos médicos en los que se plantea una extracción y un posterior trasplante de órgano han aumentado de forma considerable en los últimos años a nivel mundial, debido a la gran concienciación social de la población, que han visto en la donación de órganos un modo de poder ayudar al prójimo que se encuentra enfermo y así poder procurarle un bienestar futuro. Por lo tanto, ante la proliferación de este tipo de tratamiento médico se ha desarrollado un marco legal que regula todo este tipo de actividades, todos los procedimientos a seguir por parte de los profesionales médicos y unos protocolos legales en los que los pacientes manifiestan su conformidad a ser sometidos a la intervención, y por lo tanto, esta manifestación del consentimiento, que puede ser tanto escrito como verbal, se trata de una forma de prueba con plena validez jurídica que protege la integridad y la voluntad de los pacientes.

La donación y el trasplante de órganos es un tipo de tratamiento médico que tiene como finalidad la sustitución de un órgano que está dañado por otro que está sano. Para poder llevar a cabo esta actividad, en primer lugar se requiere la existencia de un órgano que provenga de un donante. Este donante puede ser de dos tipos: un donante vivo o un donante fallecido.

Como en todo tratamiento médico, también el trasplante de órganos requiere que se cumplan con las exigencias del consentimiento. Para poder proceder a la extracción del órgano, para posteriormente ser trasplantado en otro paciente, se precisa del consentimiento del donante, tanto si está vivo como si ha fallecido. Pero en todo caso se precisa también del consentimiento del paciente receptor del órgano, ya que si éste no manifiesta su voluntad de someterse a una intervención de trasplante de órgano ésta no se podrá llevar a cabo. Por lo tanto, en el trasplante de órganos se presenta una doble vertiente del consentimiento informado en el marco de tratamientos médicos.

El consentimiento emitido, tanto por el donante como por el receptor del órgano, es vital para que el equipo médico pueda llevar a cabo ambas intervenciones y se exige desde el punto de vista legal. La forma en la que este consentimiento ha de ser obtenido sigue, en principio, las reglas generales sobre el consentimiento informado en tratamientos médicos.

Por este motivo, antes de llevar a cabo cualquier tipo de tratamiento médico en el que se requiera el consentimiento del paciente, el facultativo está obligado a informar al paciente del tipo de tratamiento al que va a ser sometido y todos los riesgos que éste conlleva, tanto durante como después de la intervención. Y una vez el paciente ya dispone de toda esta información, podrá valorar la situación en la que se encuentra y por consiguiente emitir su voluntad en forma de consentimiento, que presenta una validez legal ante cualquier tipo de vulneración que pueda afectarle.

Este consentimiento, que debe manifestarse tanto para proceder a la donación (por el donante vivo o, en su caso, por donante fallecido, antes de su muerte) como al trasplante, debe ser emitido por el propio paciente de forma libre y voluntaria, exceptuando los casos en que la ley prevé la posibilidad de que el consentimiento sea emitido por un tercero.

BIBLIOGRAFÍA

a) Normativas

Código Deontológico de Medicina del Colegio de Médicos de Barcelona.

Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina, (Convenio de Oviedo), Consejo de Europa, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE Número 266, de 6 de noviembre de 1979).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE Número 102, de 29 de abril de 1986).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE Número 007, de 8 de enero de 2000).

Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882 (Gaceta Número 260, de 17 de septiembre de 1882).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE Número 274, de 15 de noviembre de 2002).

Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad (BOPV Número 248, de 30 de diciembre).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE Número 281, de 24 de noviembre de 1995).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español.

Real decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

b) Manuales de referencia y trabajos monográficos

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Akal, 1998.

BLANCO CORDERO, Isidoro, *Relevancia penal de la omisión y del exceso de información médica o terapéutica*. Actualidad Penal número 26. Semana del 23 al 29 de julio de 1997.

CASAS BARQUERO. *El consentimiento en Derecho Penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 1987.

DE LORENZO Y MONTERO, R. y SÁNCHEZ CARO, J. *Consentimiento informado*. Plan de formación en responsabilidad legal profesional. Unidad didáctica número 2. Madrid: Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario, 1997.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. *Introducción a la Medicina Legal*. Madrid: Díaz de Santos, 2007.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *Sistemas de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2000.

FUNDACIÓN GRÍFOLS. *Problemas prácticos del consentimiento informado*. Barcelona: Fundación Víctor Grífols i Lucas, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho Penal. Parte General*. (Traducción del José Luis Manzanares) Granada: Comares, 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo *El consentimiento en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*. Cuadernos de política criminal, 1991.

MARCO MOLINA, Juana. *El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos*, Revista La Ley 5/2001, pp. 1714-1720.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal. Parte General (I y II)*. Traducción de J.A. Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa*. Barcelona: Bosch, 1981.

c) Fuentes interactivas

LA VANGUARDIA: www.lavanguardia.es

ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES: www.ont.es