

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Emilio Lamo de Espinosa Vázquez de Sola

Magistrado

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Bilbao



Pieter Huys (Amberes, 1519-1584)

“Un cirujano quitando la piedra de la locura”

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de consentimiento informado y su regulación (definición, contenido del consentimiento informado e información que debe facilitarse al paciente) **III. Breve resumen de los elementos que tanto los profesionales y los pacientes deben tener en cuenta y que informan la relevancia penal del consentimiento informado:** 3.1 Momento en que debe ser recabado el consentimiento informado; 3.2. Exigencia de consentimiento escrito; 3.3. Exigencia de un consentimiento individualizado para cada acto que requiera constancia escrita; 3.4. Documentación del consentimiento informado. **IV. Delito por imprudencia médica** (artículo 152.1.2 del Código Penal) **y el delito de falsedad documental** (artículo 390 y siguientes del Código Penal). **V. Conclusiones. VI. Jurisprudencia. VII. Extracto de jurisprudencia relevante.**

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de consentimiento informado e introducir tal documento en el procedimiento judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, contencioso administrativa, social o singularmente en la penal, no siempre resulta sencillo, toda vez que en el procedimiento judicial, sea éste de la naturaleza que sea, el objetivo final es que el juez pueda determinar si el documento que contiene el consentimiento informado presenta o no algún tipo de relevancia para la resolución del

conflicto. En consecuencia, el primer punto de necesario análisis y del que debe partirse en cualquier pleito es configurar el exacto contenido jurídico del consentimiento informado, que no siempre será el mismo que se le atribuya en el ámbito sanitario.

La aparición de la figura del consentimiento informado es uno de los grandes hitos del derecho, toda vez que por medio del mismo el paciente es instruido acerca de la intervención que se le propone para atender a su padecimiento y de los riesgos que dicha

intervención conlleva¹. Si se observa la pintura del pintor flamenco del Renacimiento Pieter Huys que encabeza estas líneas y la ponemos en relación con el consentimiento informado, rápidamente nos damos cuenta de lo mucho que ha evolucionado nuestra sociedad. ¿Informó el cirujano al paciente de los riesgos de la intervención que en ese momento le estaba practicando? Probablemente no, ya que con toda seguridad ni él mismo era conocedor de todos los riesgos de la intervención, al tiempo que tampoco podía ofrecer a su asustado paciente otros posibles tratamientos.

Pasados los siglos y contando con la información precisa, gracias a la introducción en nuestro día a día de medidas de transparencia en todos los ámbitos profesionales y de manera muy señalada en el sector sanitario, el paciente puede tomar una decisión fundada en base a contar con toda la información necesaria sobre las ventajas y los inconvenientes de la intervención, así como de los obstáculos que en el transcurso de la misma pueden acontecer. Esa finalidad, la de atender a la correcta y bien formada voluntad del paciente facilitándole la información real de su situación médica, es a la que responde el consentimiento informado.

El propósito de esta ponencia es triple; en primer lugar, identificar el concepto de consentimiento informado válido en toda disciplina (en nuestro caso en el ámbito sanitario y de la justicia), o al menos un concepto que permita a cualquier ciudadano, profesional de la sanidad y a cualquier profesional del derecho acudir a los tribunales de justicia manejando idénticos conceptos que los empleados por jueces y magistrados. En segundo lugar, efectuar una exposición de las previsiones que deben tenerse en cuenta por los profesionales a la hora de afrontar distintas situaciones con origen en el consentimiento

informado. A continuación, exponer cual es el estado de la jurisprudencia penal en relación a la relevancia del consentimiento informado en los procedimientos penales seguidos por negligencia médica. Finalmente, proponer una serie de conclusiones en relación a las posibles iniciativas para lograr que el consentimiento informado, en lugar de convertirse en un terreno de conflicto tanto para pacientes como para profesionales, sea un instrumento que garantice la seguridad jurídica en los términos del artículo 9.3 de la Constitución Española y la tutela judicial efectiva en la forma que prevé el artículo 24 del mismo texto legal.

II. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU REGULACIÓN (definición, contenido del consentimiento informado e información que debe facilitarse al paciente)

El consentimiento informado, se encuentra plenamente enraizado en nuestro ordenamiento jurídico y alcanzará la mayoría de edad el catorce de noviembre de 2020.

La *Exposición de Motivos de la 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*, dice que:

“(…) últimamente, cabe subrayar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de

¹ “Una de las mayores conquistas del derecho es el consentimiento informado. Es el tránsito de una concepción del paciente como cobaya a la de ser con dignidad. El hechicero de la tribu debe quitarse la máscara y tender su mano y conocimiento al enfermo. Es un derecho doble, plasmado en la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, y completado por la 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, que plasman el derecho a consentir y el derecho a ser informado, con la correlativa obligación de la Administración sanitaria de brindar al paciente la oportunidad de decidir, y de facilitarle para tomar tal decisión explicaciones sobre los riesgos de la intervención o tratamiento. Quien más o quien menos, o sus familiares, se ha sometido al trance de escuchar o leer la enumeración de riesgos de su dolencia para decidir si someterse o no a una intervención médica.” JOSÉ R. CHAVES, “Responsabilidad médica: el consentimiento informado no debe ser deformado”. delajusticia.com. El Rincón Jurídico de José R. Chaves, 27 de mayo de 2011.

las legislaciones de los diversos países en estas materias; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes (...)².

La **definición de consentimiento informado** se encuentra recogida en el **artículo 3 de la Ley 41/2002**, al disponer que es “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

En cuanto al **contenido del consentimiento informado**, el **artículo 8 de la Ley 41/2002**, dispone que:

“1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

Finalmente, en cuanto a la **información que debe facilitarse en todo caso al paciente**, el **artículo 4 de la Ley 41/2002**, dice que:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

III. BREVE RESUMEN DE LOS ELEMENTOS QUE TANTO LOS PROFESIONALES Y LOS PACIENTES DEBEN TENER EN CUENTA Y QUE INFORMAN LA RELEVANCIA PENAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Profundizando en el objeto de esta ponencia, resulta imprescindible analizar si la incorrecta gestión en la tramitación o prestación del consentimiento informado puede o no dar lugar a hechos merecedores de responsabilidad penal.

Para articular esta reflexión y partiendo de los contenidos del consentimiento informado, considero relevante llamar la atención sobre varios hechos que de una manera u otra deben ser tenidos en cuenta tanto por los profesionales de la sanidad como los pacientes, ya que será su correcta o incorrecta gestión la que finalmente puede determinar la apertura o no de un procedimiento penal. En cualquier caso, el **punto de partida debe ser atender a la constante**

² Exposición de Motivos de la **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.**

jurisprudencia del Tribunal Supremo³ que insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la “lex artis” y revela una manifestación anormal del servicio sanitario. De esta forma, en el caso de que la ausencia de consentimiento informado no guarde relación con el resultado dañoso, nos encontraremos ante un daño moral.

3.1 Momento en que debe ser recabado el consentimiento informado

La primera de las cuestiones a analizar es la relativa al momento en que debe ser recabado el consentimiento informado. En este sentido, no cabe duda alguna de que el facultativo debe recabar el consentimiento informado antes de cualquier intervención, con independencia de que la misma requiera un consentimiento verbal o por escrito.

Así, “*el consentimiento debe ser recabado antes de ser llevado a cabo el tratamiento y subsistir durante la realización del mismo. Esta exigencia no se satisface con la mera ratificación del tratamiento, ya que aquella, al ser posterior, no tendrá eficacia para hacer desaparecer la arbitrariedad del tratamiento médico en el momento en que se lleva a cabo. En todo caso, se ha señalado que la ratificación podrá servir de prueba como un criterio indiciario con respecto a la existencia de un consentimiento tácito o presunto.*”

El consentimiento del paciente es temporal y revocable. Así, todo paciente puede en cualquier momento revocar por escrito su consentimiento. Si el consentimiento informado es una manifestación de la autonomía personal del mismo, y por ello fruto de una decisión libre y voluntaria, la misma libertad debe tenerse para revocar la anterior voluntad (L 41/2002 art.8.5).

Un problema en relación con esta cuestión surge si el paciente revoca el consentimiento una vez iniciada la operación médica o quirúrgica, y el médico no puede interrumpirlo sin que ello comporte un grave daño para la integridad física o ponga en peligro la vida del enfermo.

En este caso se ha señalado que el médico podrá continuar la operación y su conducta será lícita amparada por el estado de necesidad (Jorge Barreiro, 1982).

*El consentimiento ha de prestarse en un momento temporal que garantice la madurez y la serenidad de la decisión (Ulsenheimer, 2003, Gómez Rivero, 2004, Guérez Tricarico, 2012). Así, salvo situaciones de urgencia, entre la emisión del consentimiento y la intervención médica a la que este se refiere ha de mediar un lapso de tiempo que asegure un mínimo de decisión y madurez en el proceso de toma de la decisión, de manera que el paciente pueda evaluar todos los riesgos previsibles y las posibles repercusiones de la intervención para su vida futura”.*⁴

3.2 Exigencia de consentimiento escrito (en los casos en que proceda)

Conforme a lo dispuesto en el **artículo 8.2 de la Ley 41/2002**, el consentimiento será verbal. Ahora bien, se prestará por escrito en los casos señalados en la ley (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos –como por ejemplo la introducción de sondas- y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente).

Para la revocación del consentimiento informado, la jurisprudencia viene exigiendo igualmente la forma escrita.

En caso de no haber habido consentimiento escrito y presentarse el resultado dañoso ha de indemnizarse por esta causa a la apelante.

3.3 Exigencia de un consentimiento individualizado para cada acto que requiera constancia escrita

El **artículo 8.3 de la Ley 41/2002** es claro cuando dice que: “*el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo (...)*”. De esta forma, en todos y cada uno de los casos previstos en el **artículo 8.2 de la Ley 41/2002** resulta preciso que el paciente otorgue el consentimiento por escrito antes de que tenga lugar el acto

³ (Sentencia de 16 de enero de 2.007, recurso de casación 5060/2002; Sentencia de 1 de febrero de 2.008, recurso de casación 2033/2003; de 22 de octubre de 2.009, recurso de casación 710/2008; Sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008, entre otras).

⁴ Memento Penal Francis Lefebvre.

concreto, descartando en todo momento fórmulas de consentimiento genéricas o estereotipadas.

“(...) no basta un consentimiento general -p.e. para una intervención quirúrgica-, sino que es necesario para cada actuación específica, como pueden ser las relativas a tratamiento postoperatorios que entrañen graves riesgos para la salud. Esta precisión es reflejo de la voluntad del legislador de desligar la utilización de formularios del verdadero consentimiento informado, concebido como resultado del diálogo entre el médico y el paciente, en el que aquel informa a este de los riesgos relevantes en relación con el tratamiento médico, al mismo tiempo que se pretende desterrar la práctica hospitalaria, advertida en varias ocasiones, de utilizar documentos de consentimiento informado con carácter general y sin el detalle necesario, cuya firma habilitaría además para intervenciones sucesivas”⁵.

3.4 Documentación del consentimiento informado

La existencia de un formulario de consentimiento informado por el paciente es valorado por la jurisprudencia en el sentido de ser un indicio de que efectivamente el paciente ha prestado su consentimiento. Pero dicho documento no suple la obligación del médico de prestar una información completa al paciente, lo que se conoce como una comunicación efectiva, en la que debe incidirse de manera singular en los riesgos de la intervención y las alternativas terapéuticas, con observancia de la *lex artis*. Obviamente pueden emplearse formularios, pero los mismos no serán prueba de que se ha prestado un consentimiento real si no se consigue probar que el facultativo transmitió al paciente una información completa, que incluya, al menos, los dos extremos citados (riesgos y alternativas).

IV. EL DELITO POR IMPRUDENCIA MÉDICA (ARTÍCULO 152.1.2 DEL CÓDIGO PENAL) Y EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL (ARTÍCULOS 390 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL)

En la práctica de los juzgados y tribunales correspondientes a la jurisdicción penal, se aprecia en el análisis de los repertorios de jurisprudencia que las diligencias previas que son incoadas, en la mayor parte de las ocasiones y con fundamento en la forma

en que se ha recabado el consentimiento informado, lo son por delitos de imprudencia médica y de falsedad documental o ambos a la vez.

En relación al delito de imprudencia médica, la jurisprudencia ha venido consolidando, a lo largo del tiempo, un abundante cuerpo doctrinal en relación a este tipo delictivo, que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

1. Que no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extrema gravedad, constituyendo una equivocación inexcusable (STS 10 de abril de 1970, 26 de octubre de 1983, 24 de noviembre de 1984, 7 de octubre y 22 de diciembre de 1986, 29 de marzo de 1988, 5 de julio de 1989 y 6 de julio de 2006).
2. Que por la misma razón queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización (STS 8 de octubre de 1963, 5 de febrero de 1981 y 8 de junio de 1981), pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente.
3. Siempre es preciso analizar puntualmente las circunstancias concurrentes del caso de que se trate (STS 3 de octubre de 1997 y 6 de julio de 2006), no pudiendo realizarse generalizaciones inmutables, no debiendo incidirse en tesis maximalistas (sentencias de 15 de enero de 1986 y 5 de julio de 1989).
4. La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo (sentencias de 16 de abril de 1970, 26 de junio y 25 de noviembre de 1980, 5 de febrero y 8 de junio de 1981).
5. El deber de cuidado ha de establecerse en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita (STS 5 mayo de 1989)”.

Partiendo de estos extremos, la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas,

⁵ Memento Penal Francis Lefebvre.

naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la 'lex artis' conduzcan a resultados lesivos para las personas.

Lo expuesto hasta el momento, nos lleva a una conclusión inevitable, a saber, que la omisión del deber de recibir el consentimiento informado, si no se ha producido un resultado lesivo para el paciente, debe ser considerado atípico, con independencia de que tal omisión supone un quebranto de la *lex artis*.

Esta afirmación es una lógica consecuencia de la redacción del **artículo 152 del Código Penal** y de la **jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo**, que distingue entre la **culpa del profesional** (imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio) y la **culpa profesional propia** (en la que el facultativo, pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la capacidad que desarrolla contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos debidos, ya porque no los haya actualizado o por una dejación inexcusable en los deberes de su profesión).

En consecuencia, la responsabilidad penal y en base a la legislación vigente será exigible al profesional siempre y cuando nos encontremos ante un supuesto de lesiones por imprudencia grave o menos grave del artículo 152.1.2 del Código Penal, en los términos que se indican en el apartado de conclusiones.

En cuanto al delito de falsedad documental previsto en los artículos 390 y siguientes del Código Penal, el consentimiento informado es un documento integrante de la historia clínica del paciente, y por lo tanto en caso de que resulte probado que dicho documento sufrió alguna manipulación, bien alterando el documento, bien simulando el documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad, bien suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho o bien se faltase a la verdad en la narración de los hechos, podría dar lugar, en su caso y tras el correspondiente procedimiento de investigación penal y posterior enjuiciamiento a la exigencia de responsabilidad penal por la comisión de un delito de falsedad documental previsto en el artículo 390 del Código Penal.

En cualquier caso, la dificultad probatoria para acreditar la realidad de la manipulación lleva a

concluir que en la mayoría de los casos abiertos con base a supuestas alteraciones del consentimiento informado, o bien los procedimientos finalizan archivados en fase de instrucción con sobreseimiento libre o provisional, o bien culminan en sentencia absolutoria al no ser los hechos constitutivos de delito o no haberse podido acreditar bien la realidad de la manipulación, bien la autoría de la misma.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta el momento, cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. El consentimiento informado es una manifestación concreta (junto con el derecho a la información y la intimidad de la información en materia de salud de las personas), de la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina.
2. El consentimiento debe ser recabado antes de ser llevado a cabo el tratamiento y subsistir durante la realización del mismo.
3. El consentimiento del paciente es temporal y revocable.
4. Si el paciente revoca el consentimiento una vez iniciada la operación médica o quirúrgica, y el médico no puede interrumpirlo sin que ello comporte un grave daño para la integridad física o ponga en peligro la vida del enfermo, el médico podrá continuar la operación y su conducta será lícita amparada por el estado de necesidad.
5. Salvo situaciones de urgencia, entre la emisión del consentimiento y la intervención médica a la que este se refiere ha de mediar un lapso de tiempo que asegure un mínimo de decisión y madurez en el proceso de toma de la decisión, de manera que el paciente pueda evaluar todos los riesgos previsibles y las posibles repercusiones de la intervención para su vida futura.
6. El consentimiento será prestado de manera verbal salvo en aquellos casos previstos en la ley que exigen el consentimiento escrito. Sin embargo, debe insistirse en la introducción de buenas prácticas consistentes en documentar de la manera más detallada posible la información

ofrecida y el consentimiento prestado, lo que en último término determinará un avance hacia la implantación de un consentimiento escrito en todo caso.

7. Debe profundizarse en la forma en que se transmite la información y se recibe el consentimiento informado, en el sentido de que sería conforme a la necesaria transparencia que en el momento de informar al paciente tanto de los riesgos de la intervención como los posibles tratamientos alternativos, se le expongan una serie de supuestos y simulaciones para facilitar su comprensión. Nada obsta para que tales sesiones sean debidamente documentadas en soporte digital (o de cualquier otra forma, v.gr, efectuando una explicación cláusula por cláusula firmada individualmente por el paciente con indicación del tiempo invertido en cada explicación), adoptando las cautelas necesarias para salvaguardar la intimidad en materia de derechos de las personas.
8. Resulta un comportamiento atípico la mera inexistencia de consentimiento informado si con posterioridad no se ha producido un acto lesivo.
9. El incumplimiento del deber de recibir el consentimiento informado (ya sea verbal o escrito), supone una vulneración de la *lex artis*, pudiendo esa situación ser objeto de tutela judicial, tanto en vía civil como administrativa.
10. En los supuestos en los que no se ha obtenido el consentimiento informado y se ha producido un resultado dañoso para el paciente, surge la obligación de indemnizar.
11. En los casos en los que no se haya obtenido el consentimiento informado y no se ha producido un resultado dañoso, surge la obligación de indemnizar por concurrir daño moral.
12. La existencia de responsabilidad penal tendrá lugar cuando concorra imprudencia grave (artículo 152.1) y se cause alguna de las lesiones de los artículos 147.1 (pena de prisión o multa), 149 (pena de prisión) y 150 del Código Penal (pena de prisión).
13. Igualmente concurrirá responsabilidad penal en los casos en que las lesiones se hayan causado por imprudencia menos grave y se tratase

de lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150. En estos casos, será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

14. El consentimiento informado es un documento integrante de la historia clínica del paciente, y por lo tanto en caso de que resulte probado que dicho documento sufrió alguna manipulación, bien alterando el documento, bien simulando el documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad, bien suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho o bien se faltase a la verdad en la narración de los hechos, podría dar lugar, en su caso y tras el correspondiente procedimiento de investigación penal y posterior enjuiciamiento a la exigencia de responsabilidad penal por la comisión de un delito de falsedad documental previsto en el artículo 390 del Código Penal.
15. Resulta preciso que se potencien y financien adecuadamente programas de mediación civil, penal y contencioso administrativo que permitan con la intervención de profesionales cualificados determinar la exacta naturaleza del conflicto suscitado y evitar la apertura de procedimientos penales en ocasiones innecesarios, cuando la respuesta solicitada por el ciudadano es propia de otra jurisdicción.

VI. ÍNDICE SISTEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA

El TSJ condena a la Administración a indemnizar a la actora por la infracción de la *lex artis*, consistente en la omisión del consentimiento informado, con resultado dañoso para el paciente:

- TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 06-03-2018, nº 99/2018, rec. 456/2017, fto.jco.3º.

El TSJ declara que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado. El deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

Habida cuenta de que esta situación no ha tenido relación con el resultado dañoso, nos encontramos ante un supuesto de daño moral:

- TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 17-09-2015, nº 518/2015, rec. 87/2014, fto.jco.4º.

El consentimiento informado no se produjo para la operación que se llevó a cabo:

- SAP Salamanca, sec. 1ª, S 07-04-2014, nº 40/2014, rec. 6/2014, fto.jco.2º.

La irregularidad en la obtención del consentimiento informado e, incluso, su ausencia no suponen que la conducta de ese facultativo sea negligente *per se* en sede penal:

- AAP Barcelona, sec. 6ª, A 07-03-2019, nº 170/2019, rec. 113/2019, fto.jco.1º.

La falta de un documento de consentimiento informado debidamente suscrito por el paciente, no tiene ninguna relevancia penal al no ser la operación la que provocó la actual limitación que el mismo presenta:

- AAP Vizcaya, sec. 1ª, A 18-03-2019, nº 171/2019, rec. 27/2019, fto.jco. 2º.
- SAP Murcia, sec. 3ª, A 01-10-2018, nº 618/2018, rec. 557/2018, fto.jco.4º.

Se acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, al haberse firmado con carácter previo a cada una de las intervenciones médicas un consentimiento informado, existiendo en las tres intervenciones su respectivo consentimiento suscrito por la paciente. Por lo que los hechos no serían penalmente relevantes, quedando a salvo la vía civil:

- AAP Madrid, sec. 4ª, A 24-09-2018, nº 742/2018, rec. 744/2018, fto.jco.2º.

En ningún caso el consentimiento informado exime al médico de la posible responsabilidad penal por imprudencia profesional:

- SAP Baleares, sec. 2ª, S 31-03-2016, nº 84/2016, rec. 80/2016, fto.jco.2º.

El hecho de que previamente a la firma de la cirujana se le haya entregado una copia del consentimiento informado no implica que, cuando la cirujana lo rellena y firma, éste se convierta en falso:

- AP Valencia, sec. 2ª, A 07-02-2017, nº 133/2017, rec. 1690/2016, fto.jco.2º.

VII. EXTRACTO DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE

TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 06-03-2018, nº 99/2018, rec. 456/2017, fto.jco.3º (EDJ 2018/514742) Pte.: González Saiz, José Antonio.

“En relación a la exigencia de consentimiento informado escrito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado en la sentencia de 16 de enero de 2007 (LA LEY 146/2007) (Recurso de Casación n.º 5060/2002 puede leerse que «por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito».

En cambio, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo han acentuado el rigor acerca de la exigencia de que conste el consentimiento informado por escrito. Recoge esta postura la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 176170/2012) (Recurso de casación n.º 5283/2011, en la que se afirma: «(...) esa conclusión alcanzada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias acerca de la existencia de un consentimiento informado prestado verbalmente por el paciente está en abierta contradicción con el artículo 10.6 de la Ley 14/1.985, de 25 de abril, General de Sanidad, aquí aplicable por razones temporales, y que también cita el motivo del recurso como norma infringida. Tanto ese artículo como el vigente artículo 8.2 de la Ley 41/2.002 (LA LEY 1580/2002), de autonomía del paciente, exigen un “consentimiento escrito” del usuario para la realización de intervenciones quirúrgicas. Y así lo hemos constatado, por ejemplo, en las sentencias de 25 de junio de 2.012 (LA LEY 91159/2012) (recurso de casación 1.386/2.011) y de 26 de marzo de 2.012 (recurso de casación 3.531/2.010). Es cierto que esas mismas Leyes prevén algunas excepciones a la regla general comentada de constancia escrita del consentimiento informado, en particular la de no ser posible

obtener ese consentimiento por encontrarse en peligro la vida o la integridad física del paciente (artículos 9.2, párrafo b, de la Ley 41/2.002 (EDL 2002/44837) (LA LEY 1580/2002) y 10.6, párrafo c, de la Ley 14/1.986). Pero lo que en modo alguno se prevé es una excepción a tal regla por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso, como entiende la Sala de instancia».”

Sobre la necesidad de que el consentimiento sea escrito y sobre el contenido de la información que ha de ofrecerse al paciente la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015-recurso nº 2326/2013 nos dice que “efectivamente el consentimiento de ha de ser escrito cuando se trata de una intervención quirúrgica, ex artículo 8.2 de dicha Ley, y la información que ha de proporcionarse al paciente, ha de consistir en la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (artículo 4.1 de la misma Ley)”.

En el caso se acepta que poco tiempo antes la paciente había sido sometida a una intervención similar en la que efectivamente prestó su consentimiento, ahora bien, tal aceptación no se extiende, ni lo permite la norma citada ni resulta lógico tampoco puesto que como mínimo se trata de una nueva exposición al riesgo que impone una nueva aceptación, a la segunda operación.

Respecto de esta última el documento presentado recoge que quien lo firma ha sido informado de las ventajas e inconvenientes pero no se describe cuáles sean unas y otros. No es esto lo que la norma exige. En el impreso debía figurar escrito el listado de ventajas e inconvenientes concretos para poder hablar de consentimiento informado por escrito.

El hecho de que la testigo manifieste que le entregaron el documento y dio por hecho que se había otorgado el consentimiento no significa ni que esto último sea cierto ni, lo que es más importante, sana la carencia del mismo. Únicamente significa que la doctora consideró que podía proceder.

Nadie vio a la paciente firmar el documento de consentimiento informado y este documento, además, como hemos dicho antes, no refleja por escrito las ventajas e inconvenientes de la intervención, no sería un consentimiento informado acomodado a las exigencias esenciales de la Ley.

(...)

Consideramos por ello que no ha habido consentimiento informado en este caso y las consecuencias de tal omisión deben ser las previstas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015-recurso nº 2548/2013 en la que, además de la necesidad de que el consentimiento se refleje por escrito, leemos cuanto sigue: “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan”. De esta forma, “causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de 2 octubre 2012, recurso de casación núm. 3925/2011 (LA LEY 149159/2012) ó de 20 de noviembre de 2012, recurso de casación núm. 4598/2011 (LA LEY 176181/2012) , con cita en ambos casos de numerosos pronunciamientos anteriores)”.

Basta así con que se produzca un daño a causa de la actividad sanitaria para que independientemente de si se ha ajustado o no a la *lex artis* surja el daño moral resarcible si no hubo información escrita suficiente y consentimiento escrito del paciente.

En el caso, al no haber habido consentimiento escrito y presentarse el resultado dañoso ha de indemnizarse por esta causa a la apelante.

El quantum indemnizatorio resultante ha de especificarse en los términos que utilizamos en la Sentencia dictada el 17 de junio de 2015-recurso nº 261/2014:

“La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012 (rec. 3925/2011 (LA LEY 149159/2012 -EDJ 2012/216779-), recoge: «(...) ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (...) debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso».

«En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 €, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto; las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.»

En el caso el desenlace de la intervención fue fatal y es por ello que consideramos que ha de imponerse la indemnización de 60.000 €”.

TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 17-09-2015, nº 518/2015, rec. 87/2014, fto.jco.4º. (EDJ 2015/201409), Pte.: Garrido Bengoechea, Luis Angel.

CUARTO.- “(...) Que el segundo motivo de la apelación se refiere a que la parte aduce que no se produjo un consentimiento informado correcto a la paciente. En concreto, para la realización de la mamoplastia de reconstrucción de mama, de mastopexia y de reducción.

El régimen legal del consentimiento informado se encuentra recogido actualmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (EDL 2002/44837), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En su art. 4.1 se establece que: “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. El apartado segundo del mismo artículo señala que: “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”. Y, el apartado tercero, por su parte, dispone que: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

Por último, el art. 8.1 del mismo texto legal, dispone: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de enero de 2.007, recurso de casación 5060/2002; Sentencia de 1 de febrero de 2.008, recurso de casación 2033/2003; de 22 de octubre de 2.009, recurso de casación 710/2008; Sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008, entre otras) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

Por tanto, reconocido en la instancia la ausencia del consentimiento informado, debe declararse que ha existido en el caso una infracción de la *lex artis*, exclusivamente por tal circunstancia, toda vez que no se cuestionan el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada.

Respecto a las consecuencias de la infracción apreciada, el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de noviembre de 2.012 (rec. 5283/2011), razona del siguiente modo en el fundamento de Derecho Cuarto:

“Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxismédica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas).”

SAP Salamanca, sec. 1ª, S 07-04-2014, nº 40/2014, rec. 6/2014, fto. Jco. 2º (EDJ 2014/70331), Pte. Vega Bravo, José Antonio.

Supuesto de hecho: lo sucedido fue que la paciente denunciante se vio sometida a una intervención quirúrgica que ella expresamente no había consentido, ya que después de haber sido informada convenientemente por su médico, Doña Carina, decidió no operarse del fibroadenoma, y sí sólo del papiloma que tenía en dicha mama izquierda, pero en el lado opuesto. Pese a ello, el cirujano, al no poder llevar a cabo la operación para la que sí tenía consentimiento de la paciente, la extirpación del papiloma, por falta de medios técnicos al hallarse en horario de tarde, realizó la operación- extirpación de un fibroadenoma, para la que no contaba con el consentimiento informado de la paciente. Incluso en este caso podría decirse que la paciente había manifestado que dicha operación expresamente no quería que se llevase a cabo, según las indicaciones y consultas que mantuvo con Doña Carina. Si bien, tampoco por ello puede hablarse de la existencia de unas lesiones dolosas producidas por tal intervención quirúrgica no consentida, no ya por la concurrencia de la causa de justificación 7ª del artículo 20 CP, obrar en cumplimiento del ejercicio legítimo de una profesión, pues la intervención quirúrgica realizada no era necesaria para salvar la vida de la paciente; sino porque dadas las circunstancias en las que se produjo la operación, las prisas y hallarse en horas de tarde para reducir las llamadas “listas de espera”, el médico cirujano acusado no supo interpretar correctamente los documentos firmados y las manifestaciones de la paciente, en relación con los informes radiológicos existentes, y realizó la operación quizá en la creencia de que al menos de manera indirecta sí había sido consentido la paciente, creencia que de haber examinado con mayor detenimiento los documentos y de haber escuchado más atentamente a la paciente, habría fácilmente descubierto que era errónea y que tal consentimiento no solo no existía, sino que lo que sucedía es que la paciente expresamente había decidido no operarse tal fibroadenoma.

SEGUNDO.- “(...) En cuanto al error en la valoración de la prueba, es claro que sobre la base de la valoración llevada a cabo en la sentencia impugnada de las declaraciones de la víctima, así como de las declaraciones de la doctora Carina que atendió a la denunciante, junto con las declaraciones del médico acusado y de la médico que le ayudó en la operación y de la testigo que esperaba con la paciente en la antesala del quirófano, dicho consentimiento

informado no se produjo para la operación que se llevó a cabo. Ya que la paciente había firmado el consentimiento para la extirpación de un papiloma situado en la mama izquierda, y no para la extirpación de un fibroadenoma situado en la misma mama, pero en el lado opuesto, cuya existencia conocía la paciente, si bien tras consultar con Doña Carina, decidió no operarse del mismo. Pues bien, sobre la base de las declaraciones de la víctima y de los médicos y testigos antes indicados, así como del propio acusado, en relación con el documento donde consta la firma del consentimiento informado de la paciente, hemos de concluir que, en efecto, en el presente caso **el acusado procedió a llevar a cabo una intervención quirúrgica de la denunciante, consistente en la extirpación de un fibroadenoma situado en la mama izquierda de la misma, para la que no tenía el consentimiento expreso y firmado de ella, que tan sólo había consentido que se le extirpase un papiloma situado en la misma mama izquierda, pero en el lado opuesto.** Conclusión probatoria que es a todas luces correcta de acuerdo con una valoración según el racional criterio humano de las citadas pruebas testificales”.

Condena: falta de lesiones por imprudencia grave del art. 621.1 en relación con el 147-2 del C. Penal; sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOS MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE VEINTE EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no abonadas; al pago de costas incluidas las de la acusación particular y que indemnice a Inmaculada en la cantidad de MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (1.838,30 Eur.), por lesiones y secuelas, más DOS MIL EUROS (2.000 Eur.) por daños morales, cantidad de la que responderá conjunta y solidariamente como responsable civil directo Compañía de Seguros Zurich España, y como responsable civil subsidiario SACYL.

AAP Barcelona, sec. 6ª, A 07-03-2019, nº 170/2019, rec. 113/2019, fto.jco.1º (EDJ 2019/572961), Pte.: Amo Sánchez, José Manuel del.

PRIMERO.- “(...) Compartimos la decisión del juez *a quo*. Las conclusiones del informe de los forenses determinan que los hechos no pueden ser calificados como constitutivos de un supuesto de imprudencia grave del artículo 152.1 del Código Penal ni de imprudencia menos grave del apartado 2 del

mismo precepto, pues no se ha producido uno de los resultados lesivos previstos en los artículos 149 y 150 del mismo código .

No podemos descartar algún tipo de incumplimiento contractual y defectos en la obtención del consentimiento informado, pero no por ello la conducta del facultativo ha de merecer el reproche penal. Como hemos dicho, son penalmente relevantes las imprudencias grave y menos grave. La grave necesariamente ha de quedar descartada a la vista de las conclusiones emitidas por los forenses, cuya objetividad no debe ponerse en duda. Y en cuanto a la menos grave, faltan los resultados típicos del apartado 2 del 152. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, la exigencia de responsabilidad podría haberse fundamentado en el derogado artículo 621 del Código Penal . Pero la imprudencia leve ha dejado de tener relevancia penal y la menos grave se cualifica por un resultado que aquí no se ha producido.

Finalmente, hay que ponderar que en el recurso se establece una conexión directa entre la negligencia que se pretende penalmente relevante y la prestación del consentimiento informado, que se considera prestado de forma irregular. Al igual que el consentimiento informado no constituye una “patente de corso” que libra al facultativo de cualquier responsabilidad si incumple la *lex artis*, tampoco esa irregularidad en su obtención e, incluso, su ausencia no suponen que la conducta de ese facultativo sea negligente per se en sede penal. **La hoja de consentimiento informado no es un documento que recoge un protocolo médico de actuación o que indica cuál es la actuación médica a seguir en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, sino que es simplemente un documento donde se informa al paciente de los riesgos que se pueden derivar de dicha intervención; el intentar dotar a ese documento de un mayor alcance, supone otorgarle una finalidad distinta a la que le es inherente. Así las irregularidades en la obtención del consentimiento informado no pueden configurar sin más una actuación negligente y contraria a la *lex artis* con relevancia penal sino que, en su caso, podrá determinar una exigencia de responsabilidad civil contractual”.**

AAP Vizcaya, sec. 1ª, A 18-03-2019, nº 171/2019, rec. 27/2019, fto.jco.2º (EDJ 2019/594444), Pte.: Goenaga Olaizola, Reyes.

SEGUNDO.- “(...) Y en cuanto a la alegación del recurrente sobre resultado de la intervención y al

estado físico del paciente antes de la misma (con posibilidad de deambular y control de esfínteres, lo que quedó afectado tras la operación), igualmente debe descartarse cualquier negligencia en la actuación médica que estamos valorando. Como analiza con corrección el auto recurrido con referencia al informe forense, el Sr. Constantino “entró en quirófano el día 6 de septiembre en una situación de pérdida rápida y progresiva de fuerza y sensibilidad en extremidades inferiores por rápido empeoramiento de la compresión medular que sufría a nivel dorsal (...) la situación traspasó el umbral de la compresión progresiva de médula espinal (con pérdida de actividad motora y sensibilidad en la mitad inferior de su cuerpo) y se convirtió en una lesión medular irreversible.” El informe señala el momento en que esto último se produjo, señalando que a las 15,14 horas, y “sin que el cirujano hubiese accedido o contactado aún la médula espinal del paciente.. consta un primer registro de MEPs que de manera objetiva indica una nula actividad nerviosa en las extremidades inferiores del Sr. Constantino, señalando que en ese momento el paciente sufría una paraplejía por compresión medular dorsal”. Basta esta lectura para comprender que la lesión que presenta el hoy recurrente no tiene relación causal con la intervención quirúrgica realizada, pues la lesión medular ya se había producido antes de iniciarse la misma. En definitiva, la alegación del recurrente en este punto no tiene fundamento alguno.

Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que la resolución recurrida debe ser confirmada íntegramente. No hay indicio alguno de vulneración de las normas de la *lex artis* y tanto el diagnóstico como el tratamiento aplicados fueron correctos. **Y en cuanto a la falta de un documento de consentimiento informado debidamente suscrito por el paciente, no tiene ninguna relevancia penal pues, como ya hemos indicado, no fue la operación la que provocó la actual limitación que el mismo presenta.**

La resolución recurrida se ajusta a derecho y al resultado de lo actuado y debe ser íntegramente confirmada”.

AAP Murcia, sec. 3ª, A 01-10-2018, nº 618/2018, rec. 557/2018, fto.jco.4º. (EDJ 2018/629409); Pte.: Martínez Noguera, María Antonia.

CUARTO.- “(...) Examinada la causa resulta que, Natividad presentó denuncia en la Comisaría General de Policía de Murcia, Atestado NUM000, el día 26 de julio de 2.016, refiriendo que tras una

intervención de cirugía estética consistente en la colocación de hilos tensores en su rostro que se realizó el día 9 de marzo de 2.016 por el doctor Benito comenzó con fiebre y dolor en la mandíbula y acudió al doctor quien no quiso atenderla. Que conoce que es anestesista y no le dio factura. Que recibió asistencia médica por el dolor, adjuntando un informe clínico de urgencias por la atención recibida el día 12 de mayo de 2.016, en el que en el apartado motivo de consulta se hace constar, dolor en región facial tras cirugía estética privada, colocación de hilos tensores, no aporta informe de la clínica, y en el apartado diagnóstico principal, artritis articulación tempero mandibular(sic).

Solicitado que fue informe médico forense por el instructor acerca de la posible mala praxis médica, se requirió al denunciado a fin de que aportase la historia clínica completa de la asistencia a la denunciante, así como su titulación y especialidad médica, lo que se realizó el día 14 de diciembre de 2.016.

Tras ello el médico forense en informe de fecha 17 de agosto de 2.018 hace constar que la intervención mediante colocación de hilos espiculados y botox en entrecejo se produjo el día 2 de febrero de 2.016, y no en el mes de marzo como indica la denunciante, y que en la historia clínica se hace constar que el día 23 de febrero de 2.016 acudió de nuevo la paciente por no estar contenta con el resultado del botox y se le regaló relleno del surco nasogeniano con ácido hialurónico, si bien haciendo constar el facultativo que a su juicio el botox estaba perfecto. También destaca que según la histórica clínica aportada, el día 10 de mayo de 2.016 la paciente acudió a la Clínica indicando que tenía dolor en la mandíbula y dificultad para comer remitiéndola a urgencias, y que en la revisión de 23 de febrero nada indicó de los hilos, afirmando que los llevaba muy bien, anotando que podría tratarse de patología de la articulación temporomandibular (ATM) muy frecuente en pacientes de su edad y con una elevada carga emocional, y no relacionada con el tratamiento médico aplicado.

Concluye la médico forense que no cabe establecer relación de causalidad entre el diagnóstico de artritis temporomandibular y el tratamiento de estética realizado tres meses antes, y que sobre la capacitación profesional del doctor Benito, especialista en Anestesiología y Reanimación, para la realización de dichos procedimiento existe un vacío legal, haciendo notar la existencia de “miles” de médicos tanto en la sanidad pública o privada que practican cirugía estética sin una titulación oficial y homologada

en la Especialidad de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética.

Por su parte el doctor Evelio, que es el doctor que ha tratado a la denunciante declaró como testigo que la contractura del masetero es una patología muy frecuente sobre todo en mujeres, que es cierto que una de las causas puede ser la colocación de hilos tensores, por cuanto en su colocación se producen microhematomas que pueden producir dicha contractura, pero que en todo caso no se puede determinar la causa.

Se aportó por la denunciante nuevo informe clínico de cirugía maxilofacial de fecha 17 de julio de 2.017 donde en el apartado diagnóstico se hace constar, síndrome disfunción ATM.

De todo lo anterior podemos concluir que del resultado de las actuaciones resulta que la denunciante no indica ni se justifica de forma alguna en qué vulneró la lex artis profesional que realizó la intervención estética a la denunciante, ni que hubiese una mala praxis médica en la colocación de los hilos tensores, destacando exclusivamente el extremo relativo al supuesto resultado lesivo que padece la paciente como consecuencia de aquella intervención cuya relación de causalidad no ha resultado probado con la debida certeza, y sin que ninguna incidencia tenga a efectos del tipo penal, la existencia de una incompleta histórica clínica de la paciente o la inexistencia del consentimiento informado firmado por ésta”.

AAP Madrid, sec. 4ª, A 24-09-2018, nº 742/2018, rec. 744/2018, fto.jco. 2º (EDJ 2018/64448), Pte.: García-Galán San Miguel, María José.

SEGUNDO.- “(...) Del examen de lo actuado, es procedente desestimar el recurso, pues a la vista de la documental aportada, se contienen en el documento de consentimiento informado aportado por la propia querellante, como posibles consecuencias de las intervenciones por medio de liposucción, precisamente las que son objeto de querrela, como son las irregularidades o depresiones en el contorno de la piel, o la falta de simetría y, asimismo, se advierte que dicho tratamiento no soluciona la celulitis, por lo que, tratándose de consecuencias de las que se advierten como posibles en dicha cirugía, no hay indicios de que se hayan podido ocasionar por mal praxis relevante desde el punto de vista penal, que se delimita a aquellos actos médicos llevados a cabo con manifiesto desprecio o ignorancia de las normas

que rigen la actuación concreta. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder, teniendo en cuenta además el ámbito contractual en que se enmarcan tales actuaciones médicas”.

SAP Baleares, sec. 2ª, S 31-03-2016, nº 84/2016, rec. 80/2016 (EDJ 2016/54566), Pte.:Jiménez Vidal, Juan de Dios.

ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO.-

“Se mantienen los hechos declarados probados en la sentencia impugnada:

PRIMERO - En fecha 30 de abril de 2011, sábado, Domingo Virgilio, nacido el día NUM000 de 1995, sufrió una caída mientras jugaba al fútbol, por lo que fue trasladado a la Clínica Palma Planas, en la que fue asistido por el médico de urgencias, el Dr. Lorenzo Dimas, que le diagnosticó fractura del tercio medio de cúbito y radio del brazo derecho.

El Dr. Lorenzo Dimas, llamó al acusado, Don. Jorge Ramón, que era el traumatólogo de Guardia, para consultarle sobre la lesión del menor, y le envió la radiografía que le había efectuado a Domingo Virgilio.

El acusado, Jorge Ramón, mayor de edad, en cuanto nacido el 5 de mayo de 1947, en libertad de la que no ha sido privado por razón de esta causa, es médico especialista en traumatología.

El acusado indicó al Dr. Lorenzo Dimas que inmovilizara el brazo del menor y que lo citara para el próximo lunes día 2 de mayo de 2011 en la consulta que la Mutualidad posee en la Calle Sócrates nº 1 de Palma para ser explorado.

Dada la edad del menor y su desarrollo muscular, el menor debió ser operado en las primeras horas de sufrir la lesión.

El lunes 2 de mayo de 2011, el menor, acompañado de su madre, acudió a la consulta, pero no fue atendido por el acusado sino por el Dr. Severiano Elías. Ese mismo día, la madre del menor presentó una reclamación por escrito al considerar que su hijo no estaba siendo bien tratado de la lesión que sufría.

Erik, en el momento de los hechos, era jugador de fútbol federado a la Federación de Fútbol de las Islas Baleares. El ejercicio de la Previsión Social de los jugadores afiliados a la Federación de Fútbol de

las Islas Baleares corresponde a LA MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES A PRIMA FIJA.

La MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES A PRIMA FIJA es una entidad que realiza una actividad aseguradora de carácter privado, sin ánimo de lucro, de duración ilimitada que tiene por objeto la cobertura de sus socios, mutualistas beneficiarios federados, por los riesgos y prestaciones establecidos en sus estatutos mediante una prima fija pagadera al comienzo del riesgo.

SEGUNDO - El día 3 de junio de 2011, el acusado exploró al menor por primera vez, evidenciándose un desplazamiento de la fractura y un callo hipertrófico, consecuencia de la mala fijación de la fractura, por lo que el acusado decidió operar al menor.

El día 14 de junio de 2011, el acusado intervino quirúrgicamente a Domingo Virgilio en la Clínica Palma planas, siendo dado de alta el día 17 de junio de 2011. Durante la operación, el acusado, al no adoptar las medidas de control y seguridad que le eran exigibles, seccionó el nervio interóseo posterior proximal del antebrazo derecho del menor.

En el parte de alta, se diagnosticó al menor de callo hipertrófico, consolidación viciosa del tercio proximal del radio derecho y paresia del nervio radial derecho. Tras la operación se puso al menor una férula y se le prescribió tratamiento de rehabilitación.

El día 26 de septiembre de 2011, la madre del menor, viendo que su hijo no mejoraba, acudió a los servicios del IBSALUT, a la consulta de la Dra. Carmen Angélica, quien a su vez, tras constatar la lesión del nervio radial con impotencia funcional para la extensión de carpo y mano, remitió al menor a la consulta del Dr. Felipe Virgilio en el Hospital de Son Espases.

El día 20 de octubre de 2011, se realizó al menor una electromiografía en el Hospital de Son Espases, en la que se apreció que Erik padecía una neuropatía del nervio interóseo posterior derecho con extensa degeneración axonal.

TERCERO -A consecuencia de estos hechos, y según los Informes emitidos por el Médico Forense, D. Fernando Baltasar, Domingo Virgilio ha sufrido un perjuicio funcional importante de la extremidad superior derecha (extremidad dominante) y un perjuicio estético, padece una incapacidad permanente

parcial, ha perdido la funcionalidad de agarre y la movilización de objetos de la mano derecha. Asimismo, y según el Informe del Médico Forense, Domingo Virgilio estuvo 4 días hospitalizado, e invirtió en su curación 530 días improductivos y 534 días de curación y/o estabilización, valorando en 25 puntos las lesiones y secuelas y restándole un perjuicio estético medio valorado en 18 puntos.

Para la recuperación de las lesiones y secuelas, Domingo Virgilio se ha sometido a distintas intervenciones y revisiones realizadas por el Dr. Salvador Heracleo del Institut Kaplan de Barcelona. En concreto, el día 16 de abril de 2012 Domingo Virgilio fue intervenido quirúrgicamente en el centro médico Teknon de Barcelona bajo anestesia general por bloqueo regional axilar derecho y general. Se le practicó la extracción del material de osteosíntesis, la extirpación del tejido fibroso entre el cúbito y el radio del nervio radial distal mediante tres injertos del nervio sural.

Los gastos médicos y sanitarios derivados del tratamiento para la curación de las lesiones de Domingo Virgilio en Barcelona ascienden a 8.051,29 euros.

Los gastos de desplazamiento, transporte y dietas durante la estancia del lesionado y de su madre en Barcelona ascienden a 1.664,13 euros.

A consecuencia de estos hechos, Erik, que era diestro, ha tenido que aprender a desenvolverse en su vida diaria con la mano izquierda. El perjudicado solicita ser indemnizado.

CUARTO - El acusado ostenta la Jefatura territorial de los Servicios Médicos de la Mutualidad de Previsión Social de Futbolistas Españoles desde el mes de Febrero de 1993, percibe sus salarios a través de las correspondientes nóminas y posee una antigüedad en la empresa de 1 de Noviembre de 1981. En su trabajo, el acusado utilizaba las instalaciones médicas que LA MUTUALIDAD posee en la Calle Sócrates nº 1 de Palma.

El acusado tiene suscrita una póliza de responsabilidad civil, la Póliza nº NUM001, con la entidad ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA. El tomador de este seguro es el Colegio Oficial de Médicos de las Islas Baleares, y los asegurados, los colegiados en ejercicio profesional.

LA MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES A PRIMA FIJA tiene suscrita una Póliza de seguro de responsabilidad

civil, la Póliza nº NUM002, con la entidad aseguradora GES SEGUROS Y REASEGUROS,S.A. El tomador de este seguro es LA MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES A PRIMA FIJA.

En fecha 16 de junio de 2010, LA MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES A PRIMA FIJA suscribió un Convenio de Colaboración (Convenio de prestación de servicios sanitarios) con la entidad GESTIÓN DE MEDICINA DEPORTIVA BALEAR, S.L.(GEMEDEBA),vigente hasta el 30 de junio de 2013, actuando en representación de esta última entidad D. Ernesto Leovigildo.”

FTO. JCO. SEGUNDO.- “(...) La firma del consentimiento informado por la madre del menor no puede dar lugar a entender que la operación se realizó por la petición de la madre del menor y no por prescripción facultativa del acusado. En ningún caso el consentimiento informado exime al médico de la posible responsabilidad penal por imprudencia profesional. En todo caso la firma del consentimiento informado tiene efectos en la relación contractual entre las partes y no afecta a los elementos del tipo del artículo 152 CP, no es trascendente a efectos de la imprudencia. Se consiente en que se realice la operación prescrita y se asumen los riesgos de los que se informa, pero en ningún caso se justifican imprudencias profesionales”.

AP Valencia, sec. 2ª, A 07-02-2017, nº 133/2017, rec. 1690/2016 (EDJ 2017/159905) Pte.: Camarena Grau, Salvador.

SEGUNDO.- “(...) Entendemos que no hay indicios suficientes del delito de falsedad que se atribuye a la Sra Rosario (persona que ha declarado como investigada). Ésta, en su declaración (folio 174 Tomo II -dice que la clínica no le ha comunicado nada de la queja, que se ha enterado cuando la citan a declarar, de hecho además de a la acusación particular tampoco contestó a Be beauty-), tras explicar como se informa a las pacientes, reconoce su letra y su firma en el documento obrante al folio 83 del Tomo I, también explica que cuando a ella se le pasa a la firma el documento informado en el mismo ya consta la firma de la paciente, si bien el recuadro de particularidades a su cirugía se rellena por ella después. Añade que después de ese documento una copia debe ser entregada a la paciente, pero es una cuestión que no le compete a ella y que hay otro consentimiento informado para el anestésista.

La práctica de que primero se entrega la copia genérica del consentimiento informado en el preoperatorio (que no lleva la firma del médico), y luego se entrega copia del consentimiento informado con el relleno por el cirujano, lo manifiesta también así la directora de la clínica Sra Laura, que añade que en muchas ocasiones las pacientes extravían las copias. También señala que el consentimiento informado genérico contiene mucha información (entre ella la posibilidad de necesidad de cirugía adicional -folio 90 Tomo I-). La Sra Mónica también (folio 165 T.1) señala que cuando la paciente firma se le entrega copia pero “esto no tiene ninguna validez porque todavía el cirujano no ha dado su visto bueno”.

Es cierto que la Sra Sagarrio (folio 168 y 169) dice que no debe entregarse el documento en blanco a la paciente y que si el recuadro está en blanco es porque no existe particularidad para la paciente. Pero, no es ese el caso examinado, pues en la copia que se aporta donde el recuadro está en blanco no está la firma de la cirujana (folios 5 y 6).

Hay que indicar que en el informe médico forense se señala (folio 110 Tomo III), que “ Estado secular secundario a la intervención practicada de mastopexia y recambio de prótesis mamarias, incluidas como complicaciones en las hojas de consentimiento informado tanto de la elevación mamaria como de la mamoplastia de aumento “.

Véase que en la información general (folio 87 Tomo I) se recoge: “Asimetría... cabe la posibilidad de que las mamas no sean perfectamente simétricas. Factores como el tono de la piel, su grosor, y su elasticidad... Las asimetrías pueden requerir tratamiento quirúrgicos adicionales de corrección “.

Centrado de este modo el debate, no existen indicios suficientes del delito de falsedad. La cirujana reconoce su letra y su firma. El hecho de que previamente a la firma de la cirujana se le haya entregado una copia del consentimiento informado no implica que, cuando la cirujana lo rellena y firma, éste se convierta en falso.

En estas circunstancias no existen indicios racionales de una ausencia de información suficiente, con relevancia penal, ni de que el documento haya sido manipulado”.