

El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*

Javier de Vicente Remesal**

Universidad de Vigo

DE VICENTE REMESAL, JAVIER. El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-19, pp. 1-62.
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-19.pdf>

RESUMEN: Los inevitables menoscabos de la integridad corporal del paciente, o la afectación de su salud, que implican las intervenciones quirúrgicas, son indudablemente lesiones y realizan en principio el tipo de lesiones. Esto rige tanto para las intervenciones quirúrgicas consentidas, como para las no consentidas, y con independencia de que el resultado de la intervención haya sido positivo o favorable para el paciente, o, por el contrario, fallido. La responsabilidad penal del médico por dichas lesiones es, sin embargo, generalmente excepcional, salvo en determinados casos. Para determinar el fundamento de la exclusión de responsabilidad o, por el contrario, su afirmación, se analizan aquí los siguientes grupos de casos. Por una parte, las intervenciones quirúrgicas (curativas y satisfactivas o estéticas) practicadas con el consentimiento del paciente. Por otra, las realizadas sin dicho consentimiento. Y dentro de cada grupo se distingue, a su vez, entre intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido. Asimismo, se hace referencia a los casos de intervenciones quirúrgicas practicadas por quien carece de la titulación legalmente exigida para ello.

PALABRAS CLAVE: Intervenciones quirúrgicas: curativas y no curativas, cirugía estética; bien jurídico protegido en delito de lesiones; exclusión de la tipicidad; justificación; ejercicio legítimo de la profesión médica; *lex artis* médica; consentimiento del paciente y vicios de información.

TITLE: Consent in injuries caused by surgical interventions

ABSTRACT: Damages to the bodily integrity of the patient, which inevitably cause all surgical interventions, or damage to the patient's health, must be considered injuries, without a doubt, and constitute in principle the crime of injuries. This applies to both consensual and non-consensual surgical interventions, and to interventions with a positive or favorable result for the patient, as well as to those with a negative result. The doctor's criminal liability for such injuries is, however, generally exceptional, except in certain cases. To determine the basis for the exclusion of liability or, on the contrary, its assertion, the following groups of cases are analyzed here. On the one hand, surgical interventions (curative and satisfactory or aesthetic) performed with the consent of the patient. On the other, those carried out without said consent. And within each group, a distinction is made, in turn, between surgical interventions with positive results and those with unsuccessful results. Likewise, reference is made to the cases of surgical interventions performed by those who lack the legally required qualification for this.

KEYWORDS: Surgical interventions: curative and non-curative, cosmetic surgery; legal asset protected in injury crime; exclusion of typicity; justification; legitimate exercise of the medical profession; *lex artis* medical; consent of the patient and vices of information.

Fecha de recepción: 15 mayo 2021

Fecha de publicación en RECPC: 5 diciembre 2021

Contacto: jremesal@uvigo.es

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS. 1. *Las características propias de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas frente a las causadas por otras conductas ajenas a ese contexto.* 2. *La equiparación del médico al “navajero” (der Arzt als Messerstecher): un argumento cuestionable.* II. **LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS PRACTICADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE.** 1. *Consentimiento del paciente: el consentimiento eficaz, jurídicamente válido. La actuación de acuerdo con la lex artis, en estos casos.* 2. *Intervenciones quirúrgicas curativas y no curativas: medicina curativa (de obligación de medios) y medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva (de obligación de resultados).* 3. *Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable.* 3.1. *Visión general de las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia.* 3.1.1. *Las posiciones que niegan la calificación de lesiones, por considerar la salud como único bien jurídico protegido en el tipo.* 3.1.2. *La posición -relativizadora- de Roxin.* 3.1.3. *Las posiciones que consideran irrelevante el consentimiento a los efectos de la calificación por lesiones, porque sólo lo es para apreciar un atentado contra la libertad.* 3.2. *Los argumentos que se esgrimen para negar la calificación por lesiones en estos casos y respuesta a los mismos.* 3.2.1. *Observaciones previas.* 3.2.2. *Una concepción, refutable, de la lex artis como origen de otras consecuencias, asimismo rebatibles.* 3.2.3. *El argumento de la intencionada diferenciación, por parte de la doctrina, de la integridad física frente a la salud.* 3.2.4. *El argumento basado en la concepción material de la antijuridicidad.* 3.2.5. *El argumento de la “consideración global de la salud del paciente” para descartar que lo que “parecen” lesiones, lo sean realmente.* 3.2.6. *La imposibilidad de recurrir al concepto salud en algunos casos: las intervenciones quirúrgicas meramente estéticas y las intervenciones quirúrgicas que no persiguen ni requieren un resultado positivo para el paciente (trasplantes de órganos de donante vivo, donaciones de sangre, etc.)* 3.2.7. *El argumento de la subjetivización del bien jurídico protegido en el delito de lesiones.* 3.2.8. *El argumento de la invocación de la adecuación social como reconocimiento implícito de la causación de lesión, también en las intervenciones quirúrgicas positivas.* 3.3. *Toma de posición sobre el tratamiento jurídico-penal de las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable.* 4. *Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* 4.1. *Concepto, significado y consecuencias de las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* 4.2. *La aplicación del ejercicio legítimo de la profesión médica como causa de justificación.* 5. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado positivo o favorable.* 6. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* III. **LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS NO CONSENTIDAS, PRACTICADAS SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE.** 1. *Presupuestos.* 1.1. *Significado y alcance de la denominada lex artis médica.* 1.2. *La autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo, como bien jurídico co-prottegido en el tipo de lesiones.* 1.2.1. *El apoyo legal en la comparación con otros preceptos (arts. 155 y 156, y 138 y 143 CP) y en el tratamiento del concurso de delitos en esos casos.* 1.2.2. *El reconocimiento del principio de autonomía o autodeterminación del paciente como principio fundamental en las intervenciones quirúrgicas.* 1.2.3. *La exigencia legal de consentimiento (informado) del paciente.* 1.3. *La necesidad de diferenciar entre intervención sin consentimiento e intervención con vicios de información.* 2. *Consecuencias.* 2.1. *Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado positivo o favorable.* 2.1.1. *Las intervenciones quirúrgicas curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable.* 2.1.2. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable.* 2.2. *Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* 2.2.1. *Las intervenciones quirúrgicas curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* 2.2.2. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo.* IV. **RESUMEN DE CONCLUSIONES. Bibliografía.**

* Investigación realizada en el marco de los proyectos “Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI” (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña / Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, y “La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al *ius puniendi*”, (PID2019-108567RB-C21). IP 1: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. IP2: Prof^a. Dr^a. María A. Trapero Barreales.

** El Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal es catedrático de Derecho Penal y presidente de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): www.ficp.es. Grupo de Investigación Práctica Médica & Derecho (PM&D) / Medical Practice & Law (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

Los tratamientos médicos, y en particular las intervenciones quirúrgicas (IQ)¹, plantean por sus características propias problemas sustancialmente distintos a los que concurren en los casos en que resulta afectada la integridad corporal o la salud de un sujeto por acciones distintas a dichos tratamientos o intervenciones. Me limitaré en este apartado a introducir algunas consideraciones generales, pues el análisis más a fondo de las cuestiones se abordará en los correspondientes apartados y subapartados posteriores. Siguiendo las diferenciaciones que suele hacer la doctrina, se establecen a estos efectos dos grandes grupos. Por una parte, las intervenciones quirúrgicas (curativas y satisfactivas o estéticas) practicadas con el consentimiento del paciente. Por otra, las realizadas sin dicho consentimiento. Y dentro de cada grupo distinguiendo, a su vez, según los resultados, positivos o fallidos, de la intervención. Las referencias al consentimiento, o a su ausencia, las restringiré al consentimiento manifestado² (denominación ésta que considero más correcta que la de consentimiento real, como suele denominarlo la doctrina)³, sin abordar en este trabajo el consentimiento presunto ni el hipotético, con las cuestiones específicas que éstos plantean.

1. Las características propias de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas frente a las causadas por otras conductas ajenas a ese contexto

Dentro del concepto, más amplio, de tratamiento médico, y siguiendo la definición del Diccionario de Términos Médicos, de la Real Academia Nacional de Medicina, el significado de intervención quirúrgica u operación quirúrgica comprende los actos diagnósticos o terapéuticos sobre el cuerpo vivo que ejecuta el cirujano de forma manual o instrumental, ya sea con finalidad curativa (por ejemplo, extirpación, reparación, implante o trasplante de un órgano, tejido o estructura anatómica, o reducción de una fractura o luxación) o con finalidad satisfactiva, estética, cosmética, etc., del paciente⁴.

A veces se emplea la palabra *cirugía* como sinónimo de intervención quirúrgica, debido a que en inglés el término *surgery* significa entre otras cosas operación o intervención. Sin embargo, en español es más correcto reservar el concepto cirugía para referirse a la disciplina científica, esto es, a la medicina ejercida por los cirujanos en sus diferentes ramas (cirugía cardíaca, torácica, digestiva, neurocirugía, cirugía plástica o estética, etc.). Sobre la

*Investigación realizada en el marco de los proyectos “Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI” (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-101401-B-I00) IP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña / Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, y “La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al *ius puniendi*”, (PID2019-108567RB-C21). IP 1: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. IP2: Prof^a. Dr^a. María A. Trapero Barreales.

** Presidente de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): www.ficp.es

¹ Universidad de Vigo, 36310 Vigo, España.

² Grupo de Investigación Práctica Médica & Derecho (PM&D) / Medical Practice & Law (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO.

¹ En adelante, a veces emplearé la abreviatura IQ con el significado, según los casos, de intervención quirúrgica o intervenciones quirúrgicas.

² Sobre por qué emplear el concepto consentimiento manifestado en lugar de consentimiento real, cfr. de Vicente Remesal (2017b), 690; de Vicente Remesal (2019), 403.

³ Con esta denominación, entre otros, cfr. Luzón Peña (2016a), 22/66 ss.; Luzón Peña (Trat. s/a), 22/95 ss.

⁴ Cfr. VV. AA. (2012) Diccionario de términos médicos, voz “Operación”.

diferenciación entre medicina curativa y medicina satisfactiva, y la delimitación, a veces difícil, entre IQ curativas y meramente estéticas⁵, me referiré más adelante.

Las intervenciones quirúrgicas, tanto si resultan exitosas o satisfactorias como fallidas, suponen, en cuanto al resultado final (por ejemplo, en las curativas: la histerectomía o extirpación de útero, la salpingectomía o ligadura de trompas, la amputación de un miembro, etc.) o implican, en cuanto a las acciones requeridas para su realización (incisiones u otras vías de abordaje quirúrgicas)⁶, un inevitable menoscabo de la integridad corporal, médicamente necesario, generalmente grave o muy grave, transitorio o permanente, reversible o irreversible (por ejemplo, la pérdida de un órgano, o la enorme cicatriz tras una operación a corazón abierto) con independencia del consentimiento del paciente y de si la intervención se realiza técnicamente conforme a la *lex artis*⁷. E igualmente entre las estéticas. Por ejemplo, cirugía para aumento o disminución de pecho, rinoplastia para corrección de nariz, otoplastia para corrección de orejas o disminución del lóbulo, liposucción para eliminar grasa, etc. Y por supuesto también en la cirugía plástica reconstructiva o reparadora, después de sufrir quemaduras, accidentes, cáncer, reconstrucción de los senos después de una mastectomía, etc.

Las IQ curativas consiguen muchas veces mejorar la salud del paciente; pero también pueden resultar fallidas y dar lugar a su empeoramiento o a secuelas más o menos graves, e incluso en el peor de los casos a la muerte. Otro tanto puede suceder en las IQ satisfactivas, estéticas, cosméticas, o de cirugía plástica. Tratan de conseguir -también a veces con éxito y a veces sin él- los resultados estéticos demandados por el paciente, que, si bien no afectan, o no en la misma medida que en las IQ curativas a la salud (en particular las meramente embellecedoras), pueden tener también a su vez, especialmente en la cirugía reconstructiva, una repercusión positiva o negativa sobre el bienestar físico o psíquico del paciente.

Pues bien, estas características, propias de las IQ frente a otras conductas que puedan afectar a la integridad corporal o a la salud, son, entre otras, las que constituyen la base de la problemática que sobre las mismas se plantea en relación con diversos aspectos. Entre ellos, por ejemplo, la posible calificación de lesiones, el papel que juega el consentimiento a los efectos de dicha calificación, el significado del concepto *lex artis*, el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, si la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en dichos delitos, etc.⁸

2. La equiparación del médico al “navajero” (der Arzt als Messerstecher): un argumento cuestionable

En contra de la posibilidad de considerar “lesiones” los menoscabos de la integridad corporal causados por las IQ (entendiendo, por ejemplo, que quien pretende sanar -sane o no-

⁵ Sobre las diferentes modalidades y la diferenciación entre la cirugía reconstructiva y la estética Cfr. Vallejo Jiménez (s/a, en prensa), Capítulo III, relativo a las cuestiones problemáticas de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud en Cirugía Estética, 67 ss.

⁶ Cfr., entre otros, Sevilla López et. al. (2011), 21-25.

⁷ En sentido similar, Romeo Malanda (2015), 180 ss.

⁸ Una problemática en parte semejante es la que acertadamente plantea Díaz y García Conlledo (2013), 508; (2014), 47; (2020), 16, 53; (2021), 924, en el marco de las lesiones deportivas, distinguiendo las conductas que constituyen el ejercicio legítimo de un derecho, las que suponen aún un ejercicio del derecho (a ejercitar el deporte de que se trate), aunque ilegítimo, y las que se ubican directamente fuera de cualquier ejercicio del derecho.

no lesiona, y que por tanto es incorrecta la expresión misma lesiones médico-quirúrgicas)⁹ se recoge a veces en la doctrina, fundamentalmente en la alemana¹⁰, el argumento de que la calificación de lesiones daría la razón a la queja de los médicos, de que ya desde el punto de vista del tipo se les sitúa al mismo nivel que al navajero¹¹.

Este argumento es sin duda llamativo o sugerente. Pero poco más que eso. Pues ya el tipo penal considera al médico y al navajero (o a un tercero no médico) de una forma claramente distinta, entendido el tipo no sólo referido a su parte positiva¹², sino como tipo global de injusto, comprensivo de la ausencia de causas de atipicidad y de justificación. Asimismo, la equiparación también resulta rechazable sobre la base de la posibilidad -aplicable sólo al médico- de invocar una causa de exclusión de la culpabilidad por error acerca de la existencia o el alcance de una causa de justificación.

La grave incisión que el médico practica al paciente con el bisturí para extraerle un riñón enfermo (y la propia extracción del riñón) es una lesión, como asimismo lo es la puñalada de un navajero. En ambos casos existe dolo (natural o neutro), pero sólo en el navajero concurre el auténtico dolo, esto es, el requerido para la realización del tipo global de injusto¹³. No concurre sin embargo en el médico (ni tampoco imprudencia), si ha actuado de acuerdo con la *lex artis*. Más aún, mientras ya desde el punto de vista del tipo el navajero respondería por lesiones dolosas (o incluso, en su caso, de tentativa de homicidio), las lesiones causadas por el médico se considerarían generalmente, por su resultado positivo, desde esa misma perspectiva del tipo, como social y jurídicamente adecuadas, carentes de todo indicio de injusto.

Asimismo, en las sin duda múltiples IQ con resultado fallido, desfavorable o negativo, practicadas de acuerdo con la *lex artis*, (el médico no consigue remediar la dolencia del paciente, o le daña un órgano durante la intervención, o incluso se produce la muerte del paciente en la mesa de operaciones) la justificación que normalmente concurrirá en la acción del médico, evidentemente nunca puede concurrir en la del navajero, o tercero agresor no médico, porque ya desde la perspectiva del tipo global de injusto sólo para el médico el tipo prevé la eximente del ejercicio legítimo de la profesión y sólo respecto de él dicho resultado fallido resulta amparado por el riesgo permitido, el cual integra asimismo dicha causa de justificación¹⁴. Pues el ejercicio legítimo de la profesión médica es una manifestación específica del riesgo permitido¹⁵. Por el contrario, el navajero o tercero no médico responderían

⁹ De esta opinión, Díaz Valcárcel (1964), 180 s.; Queralt Jiménez (2015), 51.

¹⁰ Cfr. Bockelmann (1961a), 868; Bockelmann (1961b), 945 s.; Lippert (1995), 106-107, como reproche de los médicos frente a los juristas; Jescheck / Weigend (1996), §34 III 3; Loose, (2003), 27; Lilie (2005), vor § 223/5; Krey (2008 b), 100; Freund (2009), 359; Zahn (2012), 104; Gleixner-Eberle (2014), 220; Janda (2019), 354; Roxin / Greco (2020), 13/26.

¹¹ Este argumento se recoge también a veces en nuestra doctrina. Cfr. Rodríguez Vázquez (2017), 36 s.; Pantaleón Díaz (2019), 692.

¹² A la parte positiva del tipo debe entenderse la referencia que hace a la “norma” Pantaleón Díaz (2019), 692, cuando dice que el médico que lleva a cabo sobre su paciente, sin recabar su consentimiento, un tratamiento idóneo para producir un menoscabo a su salud contraviene exactamente la misma norma que el asaltante que lo ataca con una navaja.

¹³ En este sentido Luzón Peña (Trat. s/a), 25/94. Por otra parte, a este mismo tipo de dolo debe entenderse el que, según la doctrina -entre otros, por ejemplo, Romeo Casabona (1981), 273- falta en las IQ por concurrir en ellas la finalidad curativa.

¹⁴ Sobre la inclusión del riesgo permitido en la causa de justificación del art. 20. 7º CP, en vez de contemplarlo como causa de justificación supralegal, y sobre las ventajas que de ello se derivan en el marco de las lesiones deportivas, cfr. Díaz y García Conlledo (2020), 21 s.; (2021), 921.

¹⁵ En el mismo sentido, Luzón Peña (Trat. s/a), 94.

cuando menos, si cupiera hablar aquí de resultado fallido, de tentativa de lesiones (o de tentativa de homicidio).

Por último, incluso en las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente, nunca el navajero sino sólo el médico puede invocar -con independencia de que prospere o no- la existencia o el alcance de una causa de justificación: que actuó, por ejemplo, creyendo que la finalidad de curar no podría constituir un atentado contra los bienes jurídicos protegidos¹⁶ y que por eso le eximía de contar con el consentimiento del paciente; o por creer que dicho consentimiento (generalmente en los casos de consentimiento presunto) iba más allá de lo que realmente abarcaba¹⁷. Así, en los casos de ligadura de trompas en contra de la voluntad expresa de la mujer, para evitarle graves peligros por futuros embarazos¹⁸. Ahora bien, si en la acción del médico no concurre la finalidad curativa, sino la meramente lesiva y se vale para ello de su condición de médico, su actuación ya no es siquiera equiparable a la del navajero, sino incluso peor que la de éste.

Ha de advertirse, finalmente, que no sólo sucede esto en el ejercicio de la profesión médica, pues existen otras profesiones -jueces, policías, etc.- cuyo ejercicio implica en principio la realización de acciones típicas¹⁹ y respecto de las cuales corresponderá asimismo apreciar, según los casos, la exclusión de la tipicidad o la justificación.

II. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS PRACTICADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

El origen de la responsabilidad derivada de la práctica de intervenciones quirúrgicas puede radicar tanto en la propia intervención, precedida de una información y consentimiento adecuados (por ejemplo, por aplicación de técnicas incorrectas, por no encontrarse el médico en condiciones idóneas para realizar la intervención, etc.) cuanto en la ausencia de información y consentimiento previos a una intervención incluso técnicamente correcta (y por supuesto, también si es incorrecta). Analizaré en este apartado (II) el primer aspecto, y posteriormente (III) los casos de IQ sin consentimiento del paciente.

Por otra parte, me limitaré en este trabajo al análisis de la responsabilidad penal exclusivamente, dejando de lado los posibles recursos, en su caso, a la vía administrativa -responsabilidad patrimonial de la Administración-, o a la vía civil y a la determinación, por dicha vía directa, de la existencia y el alcance de una posible obligación contractual o extracontractual del médico de indemnizar al paciente por los daños derivados de la intervención.²⁰

1. Consentimiento del paciente: el consentimiento eficaz, jurídicamente válido. La actuación de acuerdo con la *lex artis*, en estos casos

Las intervenciones quirúrgicas requieren, salvo en los casos legalmente excluidos, la

¹⁶ En este sentido, Romeo Casabona (1981), 285 ss.

¹⁷ En la doctrina alemana, sobre la discusión de si también está justificada la intervención médica sin consentimiento, porque concurre una indicación médica y se hace para curar, cfr. Hoyer (2018), 565 y n. 9.

¹⁸ Cfr. de Vicente Remesal (2017b), 692; (2017c), 84; (2019), 403.

¹⁹ De la misma opinión, Lilie (2005), Vor § 223/5.

²⁰ Respecto del análisis desde la perspectiva también civil, cfr. Pantaleón Díaz (2018), 1-10; Pantaleón Díaz (2019), 684-693. Y en relación, más concretamente, con la anestesiología, cfr. Gutiérrez Santiago (2020), *passim*.

conurrencia del consentimiento del paciente. La Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP), en virtud de los principios básicos de la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad dispone que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” – por escrito, si se trata de una intervención quirúrgica – después de que aquél haya recibido una información adecuada, que comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias²¹. No obstante, la LAP establece asimismo los supuestos excepcionales de permisión legal de intervenciones médicas con límites a la información o sin consentimiento del paciente. En el artículo 9 LAP, bajo la rúbrica límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, dispone (9.2.) que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento”, (9.2.a) “cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”, y (9.2.b) “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”. Por otra parte, la validez jurídica del consentimiento está sujeta asimismo al cumplimiento de determinados requisitos. Fundamentalmente, que el bien jurídico sea susceptible de consentimiento, que el titular del bien jurídico sea competente para consentir y tenga la capacidad de comprensión requerida (previéndose aquí los diferentes supuestos de representación legal) y que se trate de un conocimiento pleno y voluntad carente de vicios: consentimiento informado. Partiremos en principio de la base -salvo que expresamente se diga lo contrario- de que el consentimiento concurrente es el considerado jurídicamente válido.

Según la posición que aquí se mantiene, el consentimiento jurídicamente válido, eficaz, del paciente es necesario (además de la realización de la IQ técnicamente acorde con la *lex artis*) para que, en aplicación del ejercicio legítimo de la profesión médica, se pueda excluir la posible antijuridicidad derivada de la práctica de intervenciones quirúrgicas, bien sea por exclusión de la tipicidad de la conducta (debido a su adecuación social y jurídica), o bien por la vía de la justificación. Si no concurre el consentimiento legalmente requerido, el médico responderá por lesiones²², aun cuando el paciente, sin la intervención médica, corriese el peligro de morir²³.

La exclusión de la antijuridicidad (por exclusión de la tipicidad indiciaria, o por la justificación) por la concurrencia de consentimiento alcanza en principio tanto a las IQ curativas (con resultado positivo o negativo) como a las IQ satisfactivas, estéticas o cosméticas, por lo que en principio no sería preciso analizarlas de forma particularizada. No obstante, dicho análisis por separado es conveniente, e incluso necesario, por diversas razones; entre otras, porque es discutible que dicha exclusión de la antijuridicidad pueda aplicarse igualmente a

²¹ Cfr. LAP, arts. 2, 4 y 8.

²² De esta opinión, entre otros, Roxin / Greco (2020), 13/26 s. [= Roxin (2006)]; Roxin (1997), 13/24 s.

²³ Cfr. en el mismo sentido, en la doctrina alemana, Bockelmann (1961b), 949, y posteriormente, reproduciendo el mismo ejemplo, “mejor morir que vivir como un lisiado”, Roxin (1974), 469; igualmente, Müller (2001), 31. En sentido similar, en nuestra doctrina, cfr. Bajo Fernández (1979), 499.

las IQ satisfactivas, y en particular a las de resultado fallido o negativo, sobre la base de si esta actividad médica debe considerarse de medios o de resultados.

En todos los casos referidos en este apartado -las IQ practicadas con el consentimiento del paciente- nada hay que objetar a la aplicación de la interpretación doctrinal, de momento la más generalizada²⁴, de la *lex artis*, restringida al cumplimiento de las técnicas, modos y procedimientos que según las reglas de la ciencia médica son los objetivamente idóneos para realizar la intervención quirúrgica de forma correcta, excluyendo las profesionales deontológicas y la obligación de contar con el consentimiento del paciente (salvo que legalmente se permita prescindir del mismo). Esta interpretación de la *lex artis* no es, sin embargo, de recibo, como se argumentará al analizar los casos de IQ practicadas sin el consentimiento del paciente.

2. Intervenciones quirúrgicas curativas y no curativas: medicina curativa (de obligación de medios) y medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva (de obligación de resultados)

Con independencia de si es necesario, o no, el desdoblamiento en la valoración de la actividad médica según se trate de tratamientos médicos curativos o de actuaciones médico-quirúrgicas en las que no esté presente una finalidad propiamente terapéutica²⁵, en cualquier caso, no siempre es sencilla la diferenciación entre tratamientos médicos curativos, no curativos, estéticos, y de experimentación terapéutica o científica²⁶.

En términos generales, las IQ curativas (como parte del tratamiento médico curativo, o la medicina curativa), se caracterizan por su finalidad de curación, o mejora dentro de lo posible (esto es, sin la coincidencia muchas veces con las aspiraciones o esperanzas individuales) de la salud del paciente, realizadas por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, de acuerdo con las reglas de la ciencia médica. La existencia de un paciente y la finalidad médica centrada en él es uno de los aspectos que marcan la diferencia de los tratamientos médicos curativos respecto de los tratamientos experimentales con seres humanos²⁷, dentro de los cuales debe distinguirse a su vez entre experimentación terapéutica y experimentación pura o científica. Mientras la experimentación terapéutica se caracteriza por la utilización de métodos, técnicas y procedimientos todavía no contrastados, pero que tiene como objetivo principal la curación del paciente, la experimentación científica se lleva a cabo sobre individuos sanos (para la experimentación, por ejemplo, de nuevos

²⁴ Doctrina generalmente coincidente con la de la negación de la tipicidad de las lesiones en las IQ curativas. Entre otros, en nuestra doctrina, cfr. Antón Oneca (1965), 791; Romeo Casabona (1981), 133 ss., 210 ss., 271 ss.; Berdugo (1982), 31 s.; Jorge Barreiro (1990), 73; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (1992), 517; Cerezo Mir (1998), 316 ss.; Gómez Rivero (2008), 266 ss; Rodríguez Vázquez (2017), 5 ss., 35 ss.; Mir Puig (2016), 18/49 ss.; Muñoz Conde / García Arán (2019), 119.

²⁵ Considera que es discutible dicho desdoblamiento Peñaranda Ramos (2019), 704 s.

²⁶ Sobre la diferenciación de estos conceptos y su dificultad cfr., entre otros,

Romeo Casabona (1981), 270 ss.; Eser (1988), 15-21; Jorge Barreiro (1990), 20 ss.; Da Costa Andrade (1990), 468 ss.; Da Costa Andrade (2004), 468 ss.; Villacampa Estiarte (2003), 49 ss.; Guérez Tricarico (2011), 37-85; Guérez Tricarico (2012), 37 ss.; Rodríguez Vázquez (2017), 2-4;

Vicandi Martínez (2017), 13-31.

²⁷ Es ciertamente difícil imaginar que en una sociedad mínimamente respetuosa con los derechos humanos los tratamientos experimentales se realicen mediante una intervención quirúrgica propiamente dicha -como ocurrió, por ejemplo, en la época nazi, cfr. Baumslag (2005), passim; Baumslag / Shmookler (2017), 39-48-, pero muy verosímil y frecuente que se hagan de otras formas, por ejemplo, mediante la experimentación de medicamentos o vacunas.

medicamentos)²⁸ y su objetivo principal es ajeno por tanto a la preservación o mejora de la salud del individuo sobre el que se practica. Se define por perseguir finalidades científicas, esto es, por estar preordenada a la ampliación del horizonte de la ciencia médica, figurando el paciente como objeto y no como beneficiario directo²⁹. El paciente es un medio para experimentar resultados con vistas a intereses supraindividuales. Por otra parte, la diferenciación radica asimismo en que los tratamientos experimentales se llevan a cabo siguiendo técnicas y procedimientos que todavía no han sido suficientemente contrastados, por lo que, hallándose estos tratamientos todavía en fase de experimentación, su eficacia e idoneidad para el fin curativo no es reconocida con seguridad por la comunidad médica³⁰.

En las IQ no curativas, por el contrario, falta, o en cualquier caso no es de igual entidad, la finalidad curativa. Es preciso distinguir, no obstante, entre tratamientos de cirugía plástica o puramente cosmética y tratamientos de cirugía reparadora³¹. En los primeros, su finalidad principal es satisfacer el interés estético del paciente, aunque también pueden afectar positivamente a su salud si en la misma se comprende la mayor sensación de bienestar del paciente desde el punto de vista psicológico, social, etc. En los segundos, por ejemplo, en la cirugía reparadora de deformidades, es indiscutible su significado curativo o terapéutico³².

Tanto en la medicina curativa como en la satisfactiva, para legitimar la intervención se precisa no sólo su ejecución técnicamente correcta, sino también la concurrencia del consentimiento del paciente. No obstante, el alcance de la exclusión de la responsabilidad (exclusión de la tipicidad indiciaria, justificación, o exclusión sólo del injusto penal) puede no ser el mismo en ambos casos si se considera la primera como medicina de obligación de medios, y la segunda como medicina de obligación de resultados³³. Aunque la línea divisoria entre ambas obligaciones es polémica, hasta el punto de considerarse prácticamente infundada en la actualidad³⁴, generalmente se considera que la medicina curativa (necesaria, terapéutica o asistencial) es una medicina de medios, cuya finalidad es la curación o la mejora de la salud del paciente, el cual acude a ella por necesidad, incluso sometándose a una intervención quirúrgica. Por el contrario, la medicina satisfactiva (o voluntaria), es una medicina de resultados cuya finalidad es la modificación del propio cuerpo con fines estéticos o funcionales y cuya justificación no es la necesidad, sino la voluntad del paciente para dicha modificación.

3. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable

Nadie pone en duda que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable no deben generar responsabilidad. Pero existen discrepancias notables acerca de cómo se

²⁸ Cfr. de Vicente Remesal (2018), 63 ss.

²⁹ En este sentido, cfr. Da Costa Andrade (1990), 468 ss.; Da Costa Andrade (2004), 468 ss.; Jorge Barreiro (1990), 20 s.

³⁰ Cfr. Guérez Tricarico (2011), 71.

³¹ Cfr. Romeo Casabona (1981), 174 s.; Jorge Barreiro (1990), 22 ss.; Vicandi Martínez (2017), 39 ss.

³² De la misma opinión, refiriéndose a “correcciones” en el ámbito de la ortopedia, pero aplicándolo a todas las intervenciones destinadas a eliminar la causa de limitaciones personales a nivel de comunicación intersubjetiva, superando las correspondientes fuentes de sufrimiento, Da Costa Andrade (1990), 471.

³³ Cfr. Rodríguez Marín (2006), 281 ss.; Domínguez Luelmo (2007), 314 ss.

³⁴ Cfr. Vicandi Martínez (2017), 13 ss.; 20 ss.

fundamenta dicha exclusión. El punto central del debate, que va a repercutir y en muchos casos determinar la posición de la doctrina sobre los demás supuestos de intervenciones quirúrgicas (y especialmente en las realizadas sin el consentimiento del paciente), radica en la discusión sobre si son o no lesiones estas IQ curativas consentidas, con resultado positivo o favorable. Lo cual se encuentra en estrecha relación, entre otras cosas, con lo que se considere el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones y sobre la relevancia que se otorgue a estos efectos al consentimiento del paciente.

Expondré en primer lugar una visión general de las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia, a continuación, los argumentos que se esgrimen para negar la calificación por lesiones en estos casos y la respuesta frente a los mismos, para concluir con mi toma de posición sobre el tratamiento jurídico-penal de ese grupo de casos de intervenciones quirúrgicas.

3.1. *Visión general de las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia*

Como pone de manifiesto la doctrina alemana³⁵, la Sentencia del *Reichsgericht* de 31 de mayo de 1894³⁶ constituye un hito en esta discusión. Se trataba de un caso (*Fußamputations-Fall*) en que el *Reichsgericht*, revocando la resolución del tribunal de instancia, absolutoria, condenó por lesiones a un médico que, en contra de la voluntad del padre, amputó una pierna a una niña, evitándole de este modo su más que probable muerte debido a la grave infección que sufría³⁷. La opinión de la Sentencia, de que toda intervención quirúrgica, aun siendo indicada según la *lex artis*, es en principio típica y sólo puede resultar justificada por el consentimiento del paciente, marca el inicio de una ardua discusión entre dos posiciones claramente enfrentadas³⁸.

En la línea de esta interpretación jurisprudencial -una intervención médica curativa, aunque esté amparada por la *lex artis*, es una lesión corporal³⁹- se manifiesta, matices aparte, un amplio y relevante sector de la doctrina, tanto alemana⁴⁰ como española⁴¹, así como la jurisprudencia, en parte la española, que se ha pronunciado al respecto en pocos casos expresamente⁴², a diferencia de en Alemania, en la cual constituye la posición general de la

³⁵ Cfr. por todos, Jescheck / Weigend (1996), § 34, III, 3; Roxin / Greco (2020), 13/26.

³⁶ Sentencia del *Reichsgericht* de 31 de mayo de 1894, RGSt 25, 375 (Urteil des Reichsgerichts, II, Strafsenat vom 31.5.1894 - Rep. 1406/94). Cfr. Hengstenberg (2013), 76.

³⁷ Cfr. Baumann (1960), 8-10; Loose, (2003), 20 y n. 72, con otras referencias doctrinales sobre la Sentencia del *Reichsgericht*.

³⁸ Para una visión general sobre las diferentes posiciones de la doctrina y jurisprudencia alemanas al respecto, cfr. Tag (2000), 6-12; Ulsenheimer (2002), § 138, nm. 1-6a; Loose, (2003), 22-29; Gleixner-Eberle (2014), 215 ss.; Paeffgen/Zabel (2017), nm. 56-73; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben (2019), § 223/27 ss. Sobre la española, cfr. Romeo Casabona (1981), 46 ss.; Moyano García (1993), 477 ss.; Guérez Tricarico (2011), 356 ss.

³⁹ Expresamente así, Puppe (2007), 3.

⁴⁰ Sobre esta posición, de afirmar en principio la tipicidad de las lesiones en las intervenciones quirúrgicas, cfr., entre otros, en la doctrina alemana: Müller (2001), 31; Sommer (2006), 2 (con referencias en este sentido a la citada sentencia RGSt 25, 375 y BGH 11, 111; 12, 379; 16, 303); Parzeller / Wenk / Zedler / Rothschild (2007), 576; Puppe (2007), 3; Schroth (2007), 28 ss.; Joecks (2012), § 223, nm. 53; Janda (2016), 350-353; Janda (2019), 356; Paeffgen/Zabel (2017), nm. 56; Wessels/Hettinger/Engländer (2019), nm. 302-311; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben (2019), § 223/27 ss.; Roxin / Greco (2020), 13/26.

⁴¹ Sobre esta posición, cfr., entre otros, en nuestra doctrina: Bajo Fernández (1979), 491 ss.; de Vicente Remesal (1999), 127 ss., 141 ss.; Peñaranda Ramos (2003), 357 ss.; Cancio Meliá (2011), 507 ss.; Guérez Tricarico (2011), 356 ss., 472 ss.; Luzón Peña (2016a), 20/21 ss.; 25/ 74 ss.; Pantaleón Díaz (2019), 689 ss.; Luzón Peña (Trat. s/a), 25/91 ss.

⁴² Mantiene esa posición, por ejemplo, en el ámbito Civil, la STS de 24 mayo de 1995 [ECLI: ES:JPII:2012:2]; y en el ámbito penal, la STS de 26 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:5310]. Cfr. Romeo Malanda (2015), 173 ss.

jurisprudencia⁴³.

Por el contrario, otro sector, mayoritario tanto en la doctrina alemana⁴⁴ como en la española⁴⁵ -sobre la base de una concepción, a mi juicio equivocada, de la *lex artis* y del bien jurídico protegido en el delito de lesiones- considera ya como atípicos, con independencia de la voluntad del paciente, los menoscabos beneficiosos de la sustancia corporal (es decir, intervenciones curativas médicamente indicadas y realizadas conforme a la *lex artis*), negando en tales casos un deterioro de la salud y con ello la lesión del bien jurídico protegido⁴⁶.

Son diversos -como veremos- los argumentos que se esgrimen para fundamentar estas posiciones sobre, o bien la exclusión de la realización del tipo, o bien la justificación de las lesiones. Por ejemplo, por la interpretación del propio concepto lesiones, por considerar que el bien jurídico protegido es únicamente la salud, por faltar la parte subjetiva del tipo, mediante la negación de la imputación objetiva, o por aplicación del estado de necesidad, del ejercicio legítimo de la profesión médica, etc.

Por otra parte, en el marco de esta discusión, tanto en el derecho alemán como en el nuestro, en lo que se refiere al posible título de imputación respecto de las IQ no consentidas por el paciente -esto es, la opción por un delito contra la libertad o por un delito de resultado de muerte o lesiones- se plantea la cuestión de si es necesario introducir un tipo penal sobre tratamiento médico arbitrario, como ya se ha hecho en otros países⁴⁷. Y si eso es lo adecuado y suficiente para resolver el problema. Queda fuera de la finalidad de este trabajo un análisis a fondo de esta cuestión, pero sí quiero indicar algo al respecto. Esa solución resulta inadecuada e insuficiente ya en cuanto prescinda de contemplar los menoscabos en la integridad corporal y/o en la salud, que se producen en estos casos. Si en el futuro se decidiera incluir en nuestro Código penal un delito de intervención médica curativa no autorizada, éste debería constituir una modalidad especial del delito de lesiones⁴⁸, y no -como a veces se

⁴³ Esta posición general, según la cual toda intervención quirúrgica, aun siendo indicada según la *lex artis*, es en principio típica y sólo puede resultar justificada por el consentimiento del paciente, se manifiesta, entre otras, en: BGH Urteil vom 28.11.1957, Myom-Fall, (BGHSt 11, 111; NJW Heft 7/1958, 267: Ärztlicher Eingriff ohne Einverständnis des Kranken); BGH Urteil vom 16.11.1971 (NJW Heft 8/1972, 335-336: BGH, 16. 11. 1971 - VI ZR 76/70, Aufklärungspflicht des Arztes über Möglichkeit schädlicher Folgen eines Eingriffs); BGH Urteil vom 25.3.1988, Kaiserschnitt-Fall, (BGHSt 35, 246; NJW, Heft 37/1988, 2310: BGH, Urteil vom 25-03-1988 - 2 StR 93/88, Mutmaßliche Einwilligung); BGH Urteil vom 5. 7. 2007 (BGH 4 StR 549/06 - Urteil vom 5. Juli 2007, LG Halle; BGH HRRS 2007 Nr. 727, nm. 1-26). Cfr. Loose, (2003), 20-22; Roxin / Greco (2020), 13/26, n. 52. Críticamente sobre este imperturbable punto de vista de la jurisprudencia, cfr. Jescheck / Weigend (1996), § 34, III, 3.

⁴⁴ En este sentido, de negar la tipicidad de las lesiones en las intervenciones quirúrgicas curativas, cfr., entre otros, en la doctrina alemana: Bockelmann (1962), 525 ss.; Ulsenheimer (2002), § 138, nm. 5; Eser (2014), § 223, nm. 30; Janda (2019), 354; Lackner / Kühl (2018), § 223, nm. 3 ss.; Fischer (2021), § 223, nm. 19.

⁴⁵ En este sentido, de negar la tipicidad de las lesiones en las intervenciones quirúrgicas curativas, cfr., entre otros, en nuestra doctrina: Antón Oneca (1965), 791; Romeo Casabona (1981), 133 ss., 210 ss., 271 ss.; Berdugo (1982), 31 s.; Jorge Barreiro (1990), 73: "la actividad médico-quirúrgica curativa no es subsumible en el tipo de delito de lesiones: y, por consiguiente, como conducta atípica que es, no tiene sentido plantear las vías -como la del consentimiento- de su posible justificación"; Rodríguez Devesa / Serrano Gómez (1992), 517, quien asimismo considera que el tratamiento médico coactivo, contra la voluntad del paciente, puede constituir un delito contra la libertad. Cerezo Mir (1998), 316 ss.; Gómez Rivero (2008), 266 ss.; Jericó Ojer (2013), 363 ss.; Rodríguez Vázquez (2017), 35 ss.; Mir Puig (2016), 18/49 ss. Muñoz Conde / García Arán (2019), 119: ni siquiera se da el tipo objetivo de lesiones cuando el tratamiento médico objetivamente mejora o no menoscaba la salud del sujeto pasivo. Para más amplia referencia doctrinal al respecto, cfr. Peñaranda Ramos (2019), 699-700, n.7.

⁴⁶ Sin entrar en el fondo acerca de si esto es exacto, o no, por tratarse de un problema de interpretación del tipo de las lesiones, pero considerando a su vez que el problema se relativiza sustancialmente si se contempla el consentimiento como excluyente del tipo, cfr. Roxin / Greco (2020), 13/26.

⁴⁷ Cfr. Jorge Barreiro (1990), 82.

⁴⁸ Coincido con esta misma opinión de Puppe (2007), 3, referida al Derecho alemán. En relación con el Derecho

propone- un delito *sui generis* contra la libertad⁴⁹. Por otra parte, las lagunas de punición que se dice causan la regulación vigente y sirven de argumento para pedir dicha inclusión⁵⁰, no son tales si se considera, como entiendo lo correcto, que la actuación conforme al consentimiento del paciente integra la *lex artis* y que la autodeterminación del paciente debe considerarse mientras no se produzca dicha inclusión bien jurídico coprotegido en estos delitos. Sobre esta base, toda intervención quirúrgica no consentida realiza el tipo de lesiones. Pues en todo caso menoscaba la integridad corporal; aparte de que, además, prácticamente siempre afectará también negativamente a la salud si ésta -correctamente- se entiende como bienestar del paciente, siendo sólo a éste a quien le corresponde decidir qué es bueno o malo para él.

3.1.1. *Las posiciones que niegan la calificación de lesiones, por considerar la salud como único bien jurídico protegido en el tipo*

Las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable se consideran impunes. El argumento más generalizado en nuestra doctrina radica en considerar la salud como único bien jurídico protegido en el tipo de lesiones. Pues no es nada distinto fundamentarlo, como a veces se hace, a través de la interpretación del propio término “lesiones” que emplea la ley para designar estos delitos, en referencia al estado global del paciente y no tomando sólo en consideración los menoscabos particulares que produce toda intervención⁵¹.

Es sin embargo discutible este argumento de que sólo la salud es el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones, excluyéndose la integridad corporal, u otorgando a ésta un mero carácter instrumental. Pues llevaría a consecuencias inaceptables, tanto dentro como fuera del ámbito quirúrgico. Entre otras razones porque, en algunos casos, los menoscabos de la integridad corporal que producen las intervenciones quirúrgicas poco o nada tienen que ver con la salud. Por otra parte, tampoco es acertado el calificativo “instrumental”, que se otorga al carácter de la integridad corporal para excluir a ésta como bien jurídico del tipo con entidad propia. La expresión no es afortunada porque de su correcto significado (lo que sirve de instrumento o tiene función de instrumento)⁵² no se deriva esa consecuencia, sino precisamente la contraria. Para ello lo más correcto -aunque rechazable- sería decir “carácter irrelevante”.

3.1.2. *La posición -relativizadora- de Roxin*

Califica *Roxin* de extremas, y que caen en excesos, las opiniones antes referidas, que, independientemente del consentimiento del paciente en una intervención curativa consideran, o bien siempre realizado el tipo de lesiones, o bien nunca. Si esto es exacto -añade-, es un problema de interpretación del tipo de las lesiones (§ 223 StGB). No estima *Roxin* necesario entrar en dicha interpretación para determinar si, con independencia de la voluntad del

español, en este mismo sentido, como una modalidad típica de delito contra la integridad personal, dentro de los delitos de lesiones, y no entre los delitos contra la libertad, Romeo Malanda (2015), 187.

⁴⁹ Sobre la conveniencia de incluir este tipo penal, pero en el ámbito de los delitos contra la libertad personal, como mejor solución para los casos de dudosa calificación por coacciones, cfr. Jorge Barreiro (1990), 82.

⁵⁰ Así, Zipf (1988), 153, comparando la diferente regulación al respecto del StGB alemán (que no incluye dicho tipo de tratamiento médico arbitrario) y el StGB austríaco (que sí lo incluye, en el § 110).

⁵¹ Cfr. Mir Puig (2016), 18/50, entre otros autores que invocan la interpretación del propio término lesiones.

⁵² Así lo define el Diccionario de la RAE de la Lengua.

paciente, sólo tienen cabida en ese tipo los daños de la salud, aun cuando el § 223 StGB define la lesión, no sólo como dañar la salud de otro, sino también como infligirle malos tratos corporales. Fundamenta *Roxin* que eso no es necesario porque el problema se relativiza sustancialmente con la posición que él mantiene. Esto es, si se considera el consentimiento como excluyente del tipo, por cuanto que, según esto, ya sobre la base del consentimiento es atípica una intervención curativa que se realiza con la conformidad del paciente y, por el contrario, realiza el tipo de lesiones si la IQ se lleva cabo sin el consentimiento del paciente, porque también se debe considerar coprotegido por dicho tipo el derecho sobre la propia integridad del cuerpo⁵³.

Esa posición de *Roxin* sobre las IQ curativas consentidas, con resultado positivo o favorable, deja de lado, por tanto, la discusión acerca de si la integridad corporal constituye, diferenciada de la salud, bien jurídico protegido en el delito de lesiones. Consecuencia de ello es que, según esa posición, la exclusión de la tipicidad por la concurrencia de consentimiento afectaría tanto a las IQ curativas con resultado positivo como negativo. Y asimismo a las IQ satisfactivas, estéticas o cosméticas, por lo que no sería preciso analizarlas de forma particularizada. Dicho análisis resulta, sin embargo -como he indicado- conveniente e incluso necesario porque, entre otras razones, es discutible que la exclusión de la tipicidad por la concurrencia de consentimiento alcance por igual a las IQ satisfactivas y en particular a las de resultado fallido o negativo.

Los resultados a los que llega *Roxin* son, como se verá, muy semejantes a los de la posición que aquí se defiende, la cual tampoco puede calificarse de extrema en cuanto, asimismo, pero con argumentos en parte distintos a los suyos, aprecia soluciones diferenciadas según el grupo de casos de que se trate.

Considerar coprotegido por el tipo de lesiones el derecho sobre la propia integridad del cuerpo -lo cual es aplicable también en nuestro Derecho- implica la realización del tipo en las IQ practicadas sin el consentimiento del paciente⁵⁴. Y, ciertamente, cuando concurre el consentimiento del paciente, la posición de *Roxin* sobre el carácter de dicho consentimiento relativiza el problema sustancialmente⁵⁵. Pero su solución, más allá de lo sustancialmente relativizada por la consideración del consentimiento como excluyente del tipo, requiere pronunciarse sobre la interpretación de los elementos del tipo de lesiones. Pues el consentimiento no sólo es (incluso para *Roxin*)⁵⁶ excluyente del tipo, sino que su fundamento de exención no es único, sino -de acuerdo con *Luzón Peña*⁵⁷- tripartito: causa de exclusión de

⁵³ Roxin / Greco (2020), 13/26. [= Roxin (1997), 13/24; Roxin (2006), 13/26].

⁵⁴ Lo mismo que argumenta *Roxin* respecto del Derecho alemán puede aplicarse en nuestro Derecho, en relación con los tipos (dolosos o imprudentes) de lesiones, a la vista de su regulación en nuestro CP. Artículo 147. "1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico". El artículo 152 CP sanciona la comisión de las lesiones por imprudencia grave.

⁵⁵ Como lo expresa textualmente *Roxin/Greco* (2020), 13/26: "Doch relativiert sich das Problem, ... insofern wesentlich..."

⁵⁶ En la medida en que, por una parte, contempla el consentimiento (el consentimiento manifestado) en todo caso como excluyente del tipo *Roxin / Greco* (2020), 13/26 y, por otra parte, el consentimiento presunto exclusivamente como causa de justificación *Roxin / Greco* (2020), 18/3.

⁵⁷ Cfr. Como advierte *Luzón Peña* (Trat. s/a), 22/122, al ser distinta la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del consentimiento según los supuestos, no hay tampoco un fundamento único para la exención, sino que el fundamento varía según la clase de consentimiento.

la antijuridicidad, por ser causa, ya de atipicidad, por falta de toda relevancia jurídica; causa de exclusión de la antijuridicidad; o causa de exclusión de la tipicidad sólo penal. Y todas estas posibilidades (si bien en muy diferente medida) pueden darse en los casos de intervenciones quirúrgicas.

3.1.3. *Las posiciones que consideran irrelevante el consentimiento a los efectos de la calificación por lesiones, porque sólo lo es para apreciar un atentado contra la libertad*

Entre la amplia doctrina que sólo considera relevante el consentimiento del paciente a los efectos de apreciar un atentado contra la libertad, pero irrelevante para que un tratamiento quirúrgico constituya lesiones, suele recurrirse, para fundamentar esa posición a este argumento, o a otros muy semejantes: el consentimiento del paciente no es irrelevante en las IQ, sino necesario para su licitud, pues si la IQ se lleva a cabo sin el consentimiento del paciente o en contra de su voluntad, estaremos ante un tratamiento médico arbitrario, que atenta contra la libertad personal y puede dar lugar a un delito de coacciones⁵⁸. Esta argumentación no es convincente, pues la consecuencia más coherente con su premisa o supuesto no es la de excluir por la ausencia de consentimiento la calificación por lesiones.

Analicemos la premisa y la conclusión con la ayuda de este simple ejemplo: la paciente, tras los resultados de la adecuada exploración previa y de la correcta información recibida, consiente en que el médico le practique una histerectomía. Según la premisa -ciertamente correcta- el consentimiento del paciente es necesario para la exclusión de la responsabilidad penal, o para la licitud, de la intervención médicoquirúrgica. Debe entenderse que dicha intervención tiene que haberse practicado técnicamente de acuerdo con la *lex artis*, porque de lo contrario se estaría admitiendo que el consentimiento convertiría en lícita una intervención no acorde con la *lex artis*⁵⁹. El paciente confía, da por hecho, que el médico actuará de acuerdo con las reglas de su profesión. En el ejemplo, la paciente consiente en prescindir de una parte muy importante de su integridad corporal. Consiente en que el médico le cause una lesión muy grave y sólo excepcionalmente reversible⁶⁰. Autoriza al médico para que lleve a cabo -lícitamente- la lesión. La concurrencia de consentimiento carece de capacidad e idoneidad para excluir la lesión corporal, pero sí es determinante para eximir al médico de responsabilidad por la práctica de dicha lesión.

La consecuencia lógica y jurídica, o la conclusión, no es, sin embargo, la que suele extraer la citada línea doctrinal (a saber: pues si se lleva a cabo sin su consentimiento o en contra de su voluntad, estaremos ante un delito contra la libertad, ante un delito de coacciones), sino esta otra. Si el médico extirpa el útero a la paciente sin su consentimiento o en contra de su expresa voluntad (porque, por ejemplo, la ha engañado, diciéndole que sólo le va a extirpar un mioma, que requería intervención), sigue habiendo -además de un grave atentado contra la libertad- una gravísima pérdida de la integridad corporal, una gravísima lesión, que no puede desaparecer por faltar el consentimiento de la paciente, como mantienen quienes afirman que en estos casos sólo hay un delito de coacciones. Que dicha posición

⁵⁸ Así, Jorge Barreiro (1982), 16 ss.; en el mismo sentido en, Jorge Barreiro (2017), 629 ss. Planteamientos semejantes, por ejemplo, en Romeo Casabona (1981), 285 ss.; Berdugo (1982), 40 s.

⁵⁹ Apunta esta posibilidad, sin embargo, Berdugo (1982), 40.

⁶⁰ Sobre esta posibilidad desde el punto de vista médico, cfr. Tardieu, et. alt. (2019), 5 s.

no es de recibo lo refuerza el hecho de lo que se produciría si en esta segunda intervención, el médico, por la razón que fuere, desiste de su idea de extirpar el útero a la paciente, pero lo daña gravemente al extirpar el mioma. Aquí muy probablemente se iniciaría un procedimiento judicial; y precisamente para determinar si hubo responsabilidad por lesiones, no por coacciones.

Por otra parte, este razonamiento serviría igualmente, *mutatis mutandis*, para fundamentar que la *lex artis* no debe referirse únicamente a las reglas técnicas, sino que ha de incluir también la concurrencia del consentimiento del paciente.

3.2. Los argumentos que se esgrimen para negar la calificación por lesiones en estos casos y respuesta a los mismos

Son varios y diversos los argumentos que se esgrimen para afirmar que los menoscabos de la integridad corporal causados por las IQ (y en particular las curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable), no son lesiones. Antes de responder a cada uno de ellos conviene destacar, como observación previa, dónde considero radica el problema general de fondo.

3.2.1. Observaciones previas

Los argumentos que generalmente se esgrimen para negar la calificación por lesiones en estos casos no sólo no resultan convincentes para fundamentar lo que pretenden, sino que a su vez tampoco son en realidad necesarios a esos efectos.

No son convincentes porque tratan de resolver por la vía de la interpretación lo que sólo es posible solucionar mediante una modificación de la norma. No cabe negar la evidencia de que, a tenor de la regulación legal, las lesiones no pueden dejar de ser lesiones por el hecho de que sean transitorias o temporales -y por supuesto tampoco cuando sean permanentes o irreversibles-, aunque se haya producido una mejora en la salud del paciente. Y esto no significa identificar o confundir la lesión del bien jurídico integridad corporal y salud con la lesión de su sustrato material, pues comprende también la correspondencia de lo que ello implica para su titular para el ejercicio de sus intereses en el libre desarrollo de su personalidad y para su participación en el sistema social⁶¹. La referencia a las posibilidades de participación en el sistema social -esgrimida a veces como argumento para decir que el único bien jurídico protegido es la salud y que su lesión se produce cuando disminuye o condiciona las posibilidades de participación del sujeto en el sistema social⁶²- no sólo no excluye, sino refuerza, la posición que aquí se mantiene. Pues aparte de los efectos en la salud, ya los inevitables menoscabos que las IQ siempre causan en la integridad corporal implican esas consecuencias, cuando menos temporalmente. Estas dos vertientes, material e inmaterial, contempladas como unidad, son las que permiten resolver correctamente los problemas del consentimiento⁶³.

Asimismo, tampoco resulta muy necesaria aquella argumentación, pues prácticamente se puede llegar a los mismos resultados sin negar la calificación de lesiones. La razón

⁶¹ Destaca esta relación entre ambos componentes, objetivo y subjetivo, de la salud, Guérez Tricarico (2011), 408; Guérez Tricarico (2012), 408.

⁶² En este sentido, cfr. Berdugo (1982), 36 ss.

⁶³ Cfr. Stratenwerth (2000), p. 159.; Peñaranda Ramos (2019), 707; Roxin / Greco (2020), 13/12 s.

fundamental, de fondo, aplicable a la mayoría de esos argumentos, si no a todos, radica en considerar -erróneamente- que si se afirma la calificación de lesiones sólo es posible la exclusión de la antijuridicidad a través de la justificación, rechazando de antemano, o no planteándose, la alternativa -correcta- de que la inicial calificación de lesión no impide apreciar la exclusión de la tipicidad ya indiciaria, esto es, de todo indicio de injusto⁶⁴.

Ya puede apreciarse esto analizando comparativamente el planteamiento que esa doctrina hace de los casos de IQ curativas con resultado positivo frente a los de IQ curativas con resultado fallido. En las IQ curativas con resultado positivo la cuestión que dicha doctrina plantea se restringe a si estas IQ causan lesión. Por el contrario, en las IQ curativas con resultado fallido, la cuestión que plantea es si dichas IQ realizan o no el tipo. Pues bien. En las IQ con resultado fallido, esa doctrina, ya sobre la base de sus argumentos y presupuestos (la consideración global de la salud, el bien jurídico protegido, la no inclusión del consentimiento del paciente en el concepto *lex artis*, etc.) debería afirmar como algo indiscutible que se ha “lesionado”. Sin embargo, en éstas no plantea la cuestión en los mismos términos, sino refiriéndose a la realización del tipo, en cuanto a la posible concurrencia de una causa de su exclusión, o de justificación: a que en las IQ con resultado fallido es más discutible (no la causación de lesión, sino) la realización del tipo que en las IQ con resultado positivo⁶⁵. En el trasfondo de este planteamiento se ve que -incluso para esa doctrina- el argumento correcto para excluir la tipicidad de las lesiones en las IQ con resultado positivo no es negar en ellas (y por supuesto tampoco en las fallidas) la causación de lesiones. Pues en ambos casos hay que preguntarse lo mismo. Que no se haga así se debe, como he indicado, al hecho de considerar, incorrectamente, que en caso de admitirse la inicial calificación de lesiones, la exclusión de la antijuridicidad sólo es posible por la vía de la justificación, sin plantearse o considerar que la calificación de lesión también puede ser compatible con la exclusión ya de la tipicidad indiciaria, esto es, con la ausencia de todo tipo de injusto.

3.2.2. *Una concepción, refutable, de la lex artis como origen de otras consecuencias, asimismo rebatibles*

Muchos de los argumentos que esgrime la doctrina para defender su posición sobre el tratamiento jurídico-penal de las IQ en sus diferentes supuestos (consentidas y no consentidas, curativas y no curativas) tienen su origen en una concepción de la *lex artis*, implícita en su argumentación para negar la tipicidad de las lesiones en las IQ curativas con resultado positivo. A saber: que las intervenciones quirúrgicas, ya por su resultado positivo, han de considerarse practicadas de acuerdo con la *lex artis*, y con independencia por tanto de si concurre o no el consentimiento del paciente, e incluso si el médico actúa en contra de la expresa oposición del aquél⁶⁶. En consecuencia, a lo sumo sólo respondería por coacciones, por ejemplo, el médico que, para evitar graves peligros en caso de futuros embarazos, practica la ligadura de trompas a la paciente desoyendo su oposición expresa.

Esta interpretación de la *lex artis* (como veremos más adelante con mayor detenimiento)⁶⁷ no es de recibo: tanto desde el punto de vista conceptual, como en atención a las

⁶⁴ No parece que consideren posible esta alternativa, entre otros, Díaz Valcárcel (1964), 180 s.; Queralt Jiménez (2015), 51.

⁶⁵ En este sentido, Mir Puig (2016), 18/56

⁶⁶ De esa opinión, entre otros, Mir Puig (2016), 18/49.

⁶⁷ Infra III, 1, 1.2.

consecuencias que implica excluir de ella el consentimiento. Resulta asimismo cuestionable desde otras perspectivas.

Por una parte, su coherencia quiebra cuando, por ejemplo, mientras algunos de sus partidarios aplican a las IQ no consentidas, con resultado fallido, las mismas consecuencias que a las de resultado positivo -esto es, apreciar sólo coacción-⁶⁸, otros, sin embargo, con mejor criterio, entienden -así *Mir Puig*⁶⁹- que en los casos de resultado fallido es preferible calificar de lesiones (u homicidio), aun admitiendo que el médico también actúa de acuerdo con la *lex artis* cuando realiza la IQ en contra de la expresa oposición del paciente. En las IQ con resultado positivo esa doctrina considera que el médico, aun sin contar con el consentimiento del paciente, actúa de acuerdo con la *lex artis* (y que, por tanto, la falta de dicho consentimiento sólo puede dar lugar a otros tipos de delito, fundamentalmente el de coacciones y, en su caso, también el de detenciones ilegales)⁷⁰. Y, asimismo, en estos casos de resultado positivo, entiende que el médico también actúa de acuerdo con la *lex artis* cuando realiza la IQ en contra de la expresa oposición del paciente, con la consecuencia de también en ellos sólo cabe apreciar esos otros delitos, de coacciones o detenciones ilegales. La misma interpretación y consecuencias mantiene para las IQ con resultado fallido, sin consentimiento o en contra de la voluntad expresa del paciente. Pero aquí se matiza -así *Mir Puig*⁷¹- que parece difícilmente admisible considerar que en estos últimos supuestos -en contra de la voluntad expresa del paciente- la persona lesionada o muerta, por haber sido sometida contra su voluntad al peligro de la intervención, sólo ha sido objeto de un atentado contra su libertad de obrar y no contra su salud o vida.

Por otra parte, difícilmente puede explicar la inclusión de algunos requisitos frente a la exclusión de otros; por ejemplo, la finalidad curativa frente a la de mera experimentación. Si la *lex artis* hay que determinarla exclusivamente por criterios científicos referidos a la técnica de la práctica médica, no se entiende por qué se incluye en ella -lo cual es correcto- la finalidad curativa (como se hace desde esa posición para poder eximir, de una u otra forma, en los casos de IQ con resultado fallido), lo que implicaría excluir de dicha actuación de acuerdo con la *lex artis*, por ejemplo, la mera finalidad de experimentación. Al igual que no es correcto incluir en el concepto *lex artis* esta finalidad de experimentación, tampoco lo es excluir de ella la actuación conforme al consentimiento del paciente.

Y, finalmente, conduce a resultados no convincentes en los casos de IQ practicadas por quien carece de la titulación legalmente exigida⁷². Pues considera que, si el sujeto en quien no concurre dicha titulación actúa igual que el médico, faltaría en ambos casos la causación de una lesión, la actuación conforme a la *lex artis* concurriría -por igual- en ambos sujetos y, en consecuencia, el tratamiento jurídico sería el mismo para los dos en cuanto a la IQ, y respecto del no titulado sólo cabría apreciar un delito de intrusismo⁷³.

Sobre esta cuestión volveré más adelante⁷⁴, pero anticipo aquí que en ninguno de los dos

⁶⁸ Cfr. en este sentido, entre otros, Romeo Casabona (1981), 288 ss.; Berdugo (1982), 40.

⁶⁹ *Mir Puig* (2016), 18/49

⁷⁰ De esa opinión, y con amplias referencias doctrinales en el mismo sentido, cfr. *Mir Puig* (2016), 18/49-53.

⁷¹ *Mir Puig* (2016), 18/56, pero restringiendo el problema a los casos en que no cabe acudir a un estado de necesidad para amparar las intervenciones peligrosas y fallidas.

⁷² Si no se especifica nada en contra, cuando se habla de intervenciones quirúrgicas nos referimos a las practicadas por el profesional en quien concurren las condiciones legales requeridas para ello.

⁷³ En este sentido, *Mir Puig* (2016), 18, 57.

⁷⁴ *Infra*, III, 2.1.1.

supuestos es de recibo negar la calificación de lesión, así como el afirmar la misma responsabilidad para ambas personas por la IQ practicada. En ambos casos se causan lesiones, y habrá que ver si y en virtud de qué argumentos puede concurrir -de la misma forma, o diferenciadamente, respecto de quienes practicaron la IQ- una causa de exclusión de la tipicidad, de justificación, o de exculpación. A estos efectos es esencial el significado que se otorgue a la actuación de acuerdo con la *lex artis* y el carácter que se atribuya a la misma: si dicha actuación es del mismo modo adecuada -social y jurídicamente- respecto de ambos. Pues es posible, e incluso quizá frecuente, que el sujeto no titulado actúe en el caso concreto técnicamente de la misma forma que habría actuado un médico titulado y que recabe igualmente (aunque sobre esto introduciré en su momento puntualizaciones esenciales) el consentimiento del paciente. Pero, aun así, la actuación del no titulado no puede considerarse socialmente adecuada, ni tampoco se corresponde con lo que jurídicamente requiere el ejercicio de la profesión para ese acto concreto. Esto es, la *lex artis* que radica en los conocimientos teóricos y prácticos oficialmente reconocidos tras cursar los correspondientes estudios de Medicina. Actuar de acuerdo con la *lex artis* médica exige, cuando menos, ese requisito. Y en todo caso en las intervenciones quirúrgicas, frente a otros tratamientos (médicos) menores, en los que, por ejemplo, el excelente curandero practica una intervención igual que el traumatólogo y llega a los mismos resultados positivos para el paciente. La previsión de la pena para estos casos en que alguien practica una IQ careciendo de la condición legal requerida no responde a un mero incumplimiento formal de la norma, sino que con la exigencia legal de ese requisito se trata de prevenir *ex ante* la creación de un riesgo (no permitido), con independencia de que *ex post* la actuación de quien carece de la titulación exigida haya sido la misma que habría llevado a cabo el médico adecuadamente titulado.

3.2.3. *El argumento de la intencionada diferenciación, por parte de la doctrina, de la integridad física frente a la salud*

A veces se argumenta que la posición doctrinal que considera que las IQ realizan el tipo de lesiones se debe a que para dicha doctrina el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se identifica exclusivamente con la integridad física, diferenciada intencionadamente -por la doctrina- de la salud⁷⁵.

Pues bien, por una parte, no es la doctrina, sino el legislador (y no sólo el español, sino también, por ejemplo, el alemán, a tenor de lo que dispone el § 223 StGB)⁷⁶, quien expresamente (y también intencionadamente, lo cual, aunque muy indicativo, es secundario, pues lo decisivo es la *voluntas legis*) incluye en el tipo, no sólo la salud física o mental, sino también el menoscabo de la integridad corporal. Y, por otra parte, esa doctrina, cuya posición comparto con un amplio sector, no considera como bien jurídico protegido exclusivamente la integridad corporal, sino también la salud.

En realidad, tampoco quienes defienden que en las lesiones existe un único bien jurídico

⁷⁵ Así lo manifiesta Rodríguez Vázquez (2017), 7: “Y esto porque el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se identifica exclusivamente con la integridad física (o la integridad y la salud), diferenciada intencionadamente de la salud”.

⁷⁶ § 223 StGB: “Lesiones corporales. (1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (2) La tentativa es punible.

protegido (la salud)⁷⁷ descartan totalmente que la integridad corporal pueda considerarse asimismo como tal. Ahora bien, según esa doctrina, sólo cuando se integra en una acepción amplia del concepto salud, no circunscrita a la ausencia de enfermedad⁷⁸. Esto es correcto, pero insuficiente. Pues no se puede privar al concepto integridad corporal -como bien jurídico protegido- de su significado propio, de preservación de la integridad del cuerpo, con independencia de su afectación a la salud, si bien en la mayoría de los casos, pero no en todos, van unidas. Por ejemplo, amputar en una IQ un dedo del pie a quien nació con seis en él constituye un menoscabo de la integridad corporal, una lesión (impune, por exclusión ya de la tipicidad indiciaria) aunque en nada resulte afectada la salud del paciente.

3.2.4. *El argumento basado en la concepción material de la antijuridicidad*

A veces se alega -así *Jescheck*⁷⁹- que la afirmación de que la intervención médica curativa constituye una lesión de la integridad corporal se debe a una consideración puramente formalista de la antijuridicidad, pues desde una concepción material, los preceptos relativos a las lesiones mostrarían, por el contrario, que la intervención médica curativa efectuada con éxito, ni siquiera puede incluirse en los preceptos que regulan las lesiones (en el Derecho alemán, los § 223 ss. StGB), debido a que la integridad corporal, aunque transitoriamente perturbada, no resulta en definitiva menoscabada, sino restablecida. Este argumento no es convincente.

Ciertamente, la concepción material de la antijuridicidad tiene una importante significación práctica, de la que carece la concepción formal. Pero la concepción material no puede servir para excluir, por la vía de la interpretación, lo que el legislador expresamente ha incluido en el tipo y éste contempla, de forma claramente diferenciada, disyuntiva o alternativa, y por eso con la conjunción “o” junto con el posesivo “su”. Así, en el art. 147.1 del CP español: “...causare a otro una lesión que menoscabe *su integridad corporal o su salud* física o mental”; y en el § 223 StGB: “inflija a otro *malos tratos corporales o dañe su salud*”.

No cabe duda de que en la evolución legislativa del delito de lesiones se ha ido modificando, de forma ampliatoria, la interpretación del concepto salud (no circunscribiéndose sólo a la ausencia de enfermedad) y la integridad corporal, física, ha dejado de ser la referencia central del bien jurídico protegido⁸⁰, pero en absoluto la integridad corporal ha perdido por ello la condición de bien jurídico protegido. El menoscabo, aun transitorio, de la integridad corporal, y por supuesto el permanente o irreversible, constituyen lesiones.

Ahora bien, la concepción material de la antijuridicidad sí sirve, sin embargo, para poder admitir causas de justificación supralegales, así como también, en virtud del reconocimiento del principio de adecuación social, causas de exclusión de la tipicidad ya indiciaria, lo cual es aplicable en la mayoría de los casos de IQ, que causan inevitables lesiones transitorias, e incluso a veces irreversibles.

Por otra parte, el castigo de la tentativa, recogido expresamente en el § 223.2 StGB, es un argumento más (aplicable también en nuestro Derecho, aunque el CP no lo recoja

⁷⁷ Entre otros, detalladamente, Berdugo (1982),20.

⁷⁸ En este sentido, cfr. Berdugo (1982),20 ss.; Romeo Casabona (1999), 923 ss.

⁷⁹ Refiriéndose en concreto, críticamente, a la posición de la jurisprudencia alemana, Jescheck (1978), 24, I, 3, a); Jescheck / Weigend (1996), 24, I, 3, a).

⁸⁰ Destacando este cambio en la evolución, cfr. Del Rosal Blasco (1996), 193 ss.

expresamente en el mismo lugar) que refuerza la citada interpretación de la integridad corporal como bien jurídico protegido, además de la salud, en los delitos de lesiones.

3.2.5. *El argumento de la “consideración global de la salud del paciente” para descartar que lo que “parecen” lesiones, lo sean realmente*

La doctrina que considera que las IQ *parecen realizar* los tipos de lesiones, pero que en realidad se trata sólo de una mera apariencia, recurren generalmente para fundamentarlo al argumento de que debe tomarse en cuenta la totalidad del proceso, del cual debe extraerse, a modo de saldo o balance final, la valoración del hecho en función de la consideración global de la salud del paciente⁸¹. Normalmente recurren a este planteamiento en referencia a las IQ curativas consentidas, con resultado positivo o favorable, pero sobre la base de lo que dicha doctrina entiende por *lex artis*, afectaría tanto a las IQ consentidas como a las no consentidas. Pues bien, ni el recurso a esa consideración global de la salud es convincente⁸², ni sólo se trata de lesiones en apariencia.

La mejora -final- en la salud del paciente en absoluto elimina el menoscabo de su integridad corporal y de su salud en diferentes momentos del proceso. Así, en el propio momento en que se realiza la IQ, en el periodo entre las sucesivas IQ que a veces es necesario practicar, durante el tiempo de convalecencia posterior, etc., resultando asimismo en algunos casos irreversibles las lesiones causadas. Por ejemplo, en la extirpación de órganos, amputación de miembros, tratamientos de quimioterapia contra el cáncer, etc. Estos menoscabos son indudablemente lesiones. Y lo son tanto en las IQ consentidas como en las no consentidas, con independencia de que en éstas exista también un atentado contra la libertad.

El argumento de la doctrina, de que la mejora de la salud, tanto en las IQ consentidas como no consentidas, impide la calificación de lesiones debe entenderse restringido -como considero entiende también esa doctrina⁸³- a los casos en que además concurre una finalidad curativa, propia de las IQ y de la actuación de acuerdo con la *lex artis*. Si ya en estos casos es criticable excluir la calificación por lesiones, mucho más lo es si falta dicha finalidad curativa. La mejora de la salud no constituye, por sí misma, un criterio adecuado para negar la existencia de lesión en las IQ, como tampoco fuera de ellas. De lo contrario (en supuestos, ciertamente difíciles de imaginar) habría que negar la realización del tipo de lesiones cuando cualquiera, sin actuar con finalidad curativa, con el menoscabo de la integridad corporal de un tercero, mejorara casualmente su salud. La diferencia radica en el diferente dolo que concurre en esos casos. Sólo en quien actúa con finalidad curativa puede apreciarse que falta el auténtico dolo, referido al tipo global de injusto. Nunca en quien actúa sin dicha finalidad. Se trataría, ciertamente, de supuestos muy extraños. Por ejemplo, en una acción imprudente, un sujeto causa a otro una perforación en la tráquea, que, insospechadamente, le impide morir por asfixia.

Los menoscabos de la integridad corporal que ineludiblemente provocan la práctica de

⁸¹ De esta opinión, entre otros muchos, Jorge Barreiro (1982), 12; Jescheck / Weigend (2014), §34 III 3; Mir Puig (2016),18/49;

⁸² Cfr. Peñaranda Ramos (2019), 700 s., quien considera asimismo discutible que haya que atender a este presupuesto para determinar si se ha producido o no un resultado lesivo para la salud del paciente.

⁸³ Cfr. Morillas Cueva (2009), 105: “no sólo no se menoscaba el bien jurídico protegido por el delito de lesiones sino que lo que se persigue es lograr la curación del enfermo, con lo que se robustece el alcance de dicho bien”. Asimismo, Mir Puig (2016),18/49, con amplias referencias doctrinales en el ese sentido.

las intervenciones quirúrgicas no son, pues, lesiones sólo en apariencia. Encajan en principio en los tipos de lesiones⁸⁴ y por tanto de entrada son lesiones, tanto desde lo que se entiende por tales en general (daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad)⁸⁵, como por lo que se deriva de lo que dispone el Código Penal. No sólo en el tipo básico de lesiones, y que concurriría en todos los supuestos (art. 147: menoscabo de la integridad corporal o salud física o mental), sino también en virtud de lo que el propio CP expresamente cataloga como lesiones graves en los arts. 149 (“la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”) y 150 (“la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad”), en las cuales entrarían los supuestos contemplados en los ejemplos citados, incluidos los de la medicina satisfactiva cuando se causa una deformidad por la práctica de ampliación o disminución de pecho, o de la corrección de las orejas, o la pérdida del sentido del olfato como consecuencia de la operación de nariz.

A veces se pone en cuestión si esto alcanza también, por ejemplo, a una mera inyección o a una pequeña cicatriz⁸⁶. Lo más razonable es excluirlo, pues si bien en principio parece que puede tener cabida en el concepto legal de intervención definido por la LAP (art. 3: intervención en el ámbito de la sanidad es toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación), en cualquier caso se descartaría (por no reunir los requisitos mínimos legalmente exigidos, art. 147 CP, y por el principio de insignificancia) que la inyección en sí misma, por ser inocua, pueda integrar el tipo de lesiones, así como que pueda incluirse en el concepto intervención quirúrgica. Otro tanto cabe decir, pero con algunas diferencias, respecto de las transfusiones de sangre⁸⁷.

3.2.6. *La imposibilidad de recurrir al concepto salud en algunos casos: las intervenciones quirúrgicas meramente estéticas y las intervenciones quirúrgicas que no persiguen ni requieren un resultado positivo para el paciente (trasplantes de órganos de donante vivo, donaciones de sangre, etc.)*

El argumento del daño a la salud como único bien jurídico protegido, atribuyendo al menoscabo de la integridad corporal mero carácter instrumental (y, por tanto, asimismo, la argumentación de la “consideración global de la salud del paciente”) no es posible aplicarlo en determinados casos. Así, en las IQ satisfactivas (meramente estéticas) o en las IQ que no persiguen ni requieren un resultado positivo para el paciente (trasplantes de órganos de donante vivo, donaciones de sangre, o o tratamientos con finalidad de investigación o experimentación).

La consecuencia de no calificar de lesiones estos hechos no resulta admisible, pues (con las salvedades hechas respecto de las inyecciones y transfusiones, de posible exclusión por su inocuidad o por el principio de insignificancia) indudablemente se causan lesiones en

⁸⁴ En el mismo sentido, Luzón Peña (Trat. s/a), 25/90

⁸⁵ Esta es la primera acepción que sobre el concepto lesión recoge el DRAE de la lengua.

⁸⁶ En contra de que una inyección analgésica no consentida por el paciente pueda constituir delito de lesiones, por considerarla inocua, Pantaleón Díaz (2018), 4; (2019), 690; y asimismo una pequeña cicatriz, cfr. Cancio Meliá (2011), 514.

⁸⁷ Sobre su consideración como lesiones, cfr. Bacigalupo Zapater (1990), 151 ss.; Moyano García (1993), 480 ss. Considerándolas agresión física peligrosa para la salud, Bajo Fernández (1979), 499.

todos ellos. Asimismo, sería discutible que se considerasen lesiones justificadas en todo caso por el ejercicio legítimo de la profesión médica, pues dicho ejercicio podrá actuar, según los casos, como causa de justificación o como causa de atipicidad por faltar, ya de entrada, toda relevancia jurídica⁸⁸.

Las IQ satisfactivas meramente estéticas, por ejemplo, la reducción del tamaño del lóbulo demasiado grande de la oreja del paciente⁸⁹, o la corrección de su nariz aguileña, aunque poco o nada tengan que ver con la salud del paciente (a diferencia, por el contrario, de las IQ reparadoras de graves deformidades), constituyen lesiones, incluso en el caso de que se hayan realizado con el consentimiento del paciente y su resultado haya sido positivo o favorable. Y obviamente también lo serán las realizadas sin consentimiento y las fallidas. Sólo en las primeras concurriría una causa de atipicidad por faltar, ya de entrada, toda relevancia jurídica. El concepto salud no debe definirse solamente desde su vertiente física, como ausencia de mal o de enfermedad, sino también psíquica e incluso relacional o social⁹⁰. Por eso no entrarían aquí -por afectar a la salud en este sentido más amplio- lo supuestos de cirugía estética reparadora, ni tampoco las IQ para practicar una esterilización o un cambio de sexo, que indudablemente afectan a la salud⁹¹.

En los trasplantes de órganos de donante vivo⁹², la posible mejora de la salud sólo puede referirse a quien recibe el órgano, a costa del inevitable menoscabo, al menos transitorio, de su integridad corporal. Para el donante, por el contrario, quien asimismo sufre el menoscabo de su integridad corporal -técnicamente, tanto desde el punto de vista médico como jurídico, una mutilación⁹³- su salud empeora⁹⁴ cuando menos temporalmente, aunque el donante la considere (re)compensada con su satisfacción personal por su altruismo. Respecto de ambos sujetos la regla general es que el ejercicio legítimo de la profesión médica actuará como causa de justificación de las correspondientes lesiones. Por otra parte, cuando se argumenta que la impunidad de estos casos (por ejemplo, los pinchazos necesarios para proceder a la donación de sangre, o las incisiones efectuadas al donante para extraer el riñón, y la pérdida misma del propio riñón donado) deberá ampararse en el consentimiento⁹⁵, con ello se está reconociendo que esos hechos son constitutivos de lesiones.

Finalmente, tampoco resulta convincente este otro argumento, basado en la comparación

⁸⁸ Cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/96.

⁸⁹ Luzón Peña (Trat. s/a), 25/92, observando asimismo que a quien le falta el lóbulo de la oreja o una falange de un dedo no sufre daños en su salud, pero sí en su integridad corporal.

⁹⁰ De acuerdo con el Acta de constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en la ciudad de Nueva York el 22 de julio de 1946. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

⁹¹ En el mismo sentido, cfr. Adamietz (2006), 368 ss.; Jorge Barreiro (1982), 5 ss.; Rodríguez Vázquez (2017), 5.

⁹² Cfr. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. y Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Mediante este Real Decreto se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.

⁹³ Con esta misma consideración, de mutilación, desde el punto de vista médico y jurídico, cfr. respectivamente, Pfeiffer (2006), 8 ss.; Romeo Casabona (1986), 18.

⁹⁴ Este empeoramiento ya no se puede producir en los casos, no infrecuentes, en que, concurriendo previo consentimiento, el donante, se encuentre en estado de coma irreversible. La extracción del órgano sin su consentimiento (manifestado previamente o presunto) no constituiría una lesión sobre la base de la afectación a la salud (por el contrario, sí, aunque discutible, a su integridad corporal), pero sí en cualquier caso por constituir un ataque a su dignidad como persona. Cfr. Peñaranda Ramos (2019), 709.

⁹⁵ Así, Mir Puig (2016), 18/52

de las intervenciones curativas con las estéticas. La doctrina que rechaza que las intervenciones quirúrgicas curativas constituyan lesiones, basándose -así, entre otros muchos, *Jescheck*⁹⁶-, en que “la integridad corporal, aunque transitoriamente perturbada, no resulta en definitiva menoscabada, sino restablecida”, no puede tratar de afirmarlas, sin embargo, en las intervenciones quirúrgicas no curativas, estéticas o cosméticas, con el argumento -del propio *Jescheck*⁹⁷- de que “quien se deja practicar una operación de cosmética, permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal”. Pues esa permisión se produce exactamente igual en las IQ curativas, la cuales, por otra parte, pueden, asimismo, tener un resultado para el bienestar físico o psíquico del paciente igual o superior al de una IQ curativa.⁹⁸

3.2.7. *El argumento de la subjetivización del bien jurídico protegido en el delito de lesiones*

Frente a quienes consideramos que las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente -incluso las de resultado médicamente positivo- constituyen lesiones, a veces se alega por la doctrina contraria que eso implica una subjetivización del bien jurídico protegido en el delito de lesiones⁹⁹, ajena a la realidad y a las exigencias legales¹⁰⁰. Como veremos con más detalle posteriormente, la validez de este argumento es cuestionable. Pues lo que debe entenderse por salud no se restringe, en las IQ curativas, a lo que por la misma se considera desde el punto de vista exclusivamente médico (lo cual no significa, por supuesto, como he indicado, que deba conseguirse lo que al paciente le gustaría, frente a lo médicamente posible), o en las no curativas a que “produzcan un resultado que socialmente se considere positivo”¹⁰¹, sino que debe tener en cuenta las prioridades o preferencias del paciente¹⁰². Así, aplicado al mencionado supuesto de la ligadura de trompas, corresponde en primer lugar a la paciente, y no a los médicos, decidir, llegado el caso, qué hacer, para evitar nuevos embarazos por otros medios o, incluso, afrontar los riesgos de una nueva maternidad¹⁰³.

3.2.8. *El argumento de la invocación de la adecuación social como reconocimiento implícito de la causación de lesión, también en las intervenciones quirúrgicas positivas*

Que la integridad corporal también constituye, junto con la salud, bien jurídico protegido en el delito de lesiones (y que indudablemente son lesiones los menoscabos de la integridad corporal del paciente, consecuencia de la práctica de toda intervención quirúrgica) es algo que no resulta incompatible, sino al contrario, implícito en la posición de quienes incluso

⁹⁶ Jescheck (1978), 24, I, 3, a); igualmente en Jescheck / Weigend (1996), 24, I, 3, a).

⁹⁷ Jescheck (1978), 34, I, 1, c); igualmente Jescheck / Weigend (1996), §34 I, 1 c)

⁹⁸ En el mismo sentido, pero para fundamentar la exclusión de la tipicidad en ambos casos, Roxin (2006), 13/27; igualmente Roxin / Greco (2020), 13/27.

⁹⁹ En este sentido, de subjetivización del bien jurídico protegido, “su titular es el que finalmente decide cuándo una determinada conducta atenta contra su salud o su integridad física”, Rodríguez Vázquez (2017), 33.

¹⁰⁰ Jorge Barreiro (2017), 630 s.

¹⁰¹ De esta opinión, Mir Puig (2016), 18/52.

¹⁰² En el mismo sentido, entre otros, Corcoy Bidasolo (1999), 261 ss.; Flores Madrigal (2006), 160; Cancio Meliá (2011), 515; Roxin / Greco (2020), 13/21.

¹⁰³ STS de 26 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:5310], Fundamento de Derecho octavo.

afirman que el término “lesiones” que emplea la ley en estos delitos no alcanza a esos menoscabos en la integridad del paciente. Invocar la *adecuación social* o que el resultado se considere socialmente positivo¹⁰⁴ por realizarse el hecho de acuerdo con la *lex artis* implica reconocer la causación de lesiones. Pues en las IQ consentidas, con resultado positivo, lo que se considera social y jurídicamente adecuado (abarcado asimismo por el riesgo permitido y por ejercicio legítimo de la profesión médica) no puede ser otra cosa más que las lesiones y el modo de causarlas en función del tipo de intervención. E igualmente lo son las lesiones -y no las coacciones- en las IQ positivas sin consentimiento.

Otro tanto sucede, como veremos, en las lesiones en los deportes. En las cuales, desde la citada posición referida a las IQ, se afirma, sin embargo -correctamente- la causación de lesiones en sentido estricto.¹⁰⁵

Lo que realmente significa la adecuación social (y jurídica) no es, por tanto, la exclusión de la causación de lesión, y con ello la del menoscabo del bien jurídico, en las consecuencias derivadas de la práctica de intervenciones quirúrgicas, sino que hay conductas -entre ellas éstas, de las IQ, pero también otras, como la práctica de los deportes- que, pese a encajar en la letra que el CP hace de la descripción del tipo positivo o estricto -en estos casos, lesiones-, se consideran atípicas (o justificadas)¹⁰⁶. Esto es, la redacción del tipo lleva ya implícita la exclusión de su aplicación a las conductas social y jurídicamente adecuadas por carecer de indicio de injusto alguno.¹⁰⁷

3.3. Toma de posición sobre el tratamiento jurídico-penal de las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable

En todo lo que precede ya he expuesto en buena medida mi posición sobre diversos aspectos referidos al tratamiento jurídico-penal de las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable, por lo que me limitaré aquí a introducir algunas precisiones al respecto.

Para la posición que sobre estos casos de IQ aquí se mantiene, la de exclusión de la antijuridicidad, por exclusión de la tipicidad indiciaria, que comparto con *Luzón Peña*¹⁰⁸, el criterio necesario y decisivo que debe concurrir para determinar esa consecuencia es el de la ausencia de indicio de injusto alguno, lo cual implica la correspondencia del hecho con lo que constituye un proceso absolutamente normal en el marco del orden social establecido. Algo semejante a como se suele establecer la diferenciación entre acuerdo y consentimiento,¹⁰⁹ con independencia de que se admitan o no las premisas de la teoría dualista.¹¹⁰

Dicha ausencia de indicio de injusto sólo puede darse en las intervenciones quirúrgicas practicadas con el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable. Pero ha de añadirse además el requisito de que esas IQ deben ser llevadas a cabo por el profesional en quien concurren las condiciones legales requeridas para ello.

¹⁰⁴ En este sentido, Mir Puig (2016), 18/52.

¹⁰⁵ Así, Mir Puig (2016), 18/49.

¹⁰⁶ En el marco de las lesiones en los deportes, detalladamente sobre la justificación o atipicidad de las lesiones (consentimiento, ejercicio legítimo de un derecho, adecuación y tolerancia sociales, y principio de insignificancia), cfr. la excelente exposición de Díaz y García Conlledo (2020), 11-26; asimismo, en Díaz y García Conlledo (2021), 918 ss.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, Paredes Castañón (1990), 643, 652.

¹⁰⁸ Cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/91 ss.

¹⁰⁹ Cfr. Jescheck (1978), 34 I. 1. b) y c); Jescheck / Weigend (1996), 34 I. 1. b) y c).

¹¹⁰ Cfr. Roxin / Greco (2020), 13/28.

Pues sólo respecto de éste puede afirmarse que su actuación es social y jurídicamente adecuada¹¹¹.

Sólo en estos casos las IQ pueden corresponderse con lo que se considera correcto, normal, esperado, habitual, etc., tanto en lo que se refiere a los requisitos legales exigidos al sujeto que las practica (el método científico-experimental propio del arte médico que se imparte en las Facultades de Medicina)¹¹², como a la ejecución misma (realizadas de acuerdo con la *lex artis*, técnicamente y con la concurrencia de consentimiento del paciente) y a los resultados exitosos, positivos o favorables para el paciente (más allá del menoscabo de la integridad corporal, ineludible para conseguir la mejora de su salud o bienestar). Por ejemplo: el médico diagnostica a la paciente que tiene sobre el útero un mioma de gran tamaño, que debe ser extraído, pero que debido a su adherencia al útero requiere practicarle también una histerectomía. La paciente manifiesta su consentimiento para ambas cosas. La intervención se lleva a cabo exitosamente sin más complicaciones, y origina una notable mejoría en la salud de la paciente.

El ineludible y necesario menoscabo de la integridad corporal por las incisiones en el cuerpo de la paciente para acceder al mioma constituye sin duda una lesión, cuando menos de acuerdo con el tipo básico, del art. 147 CP. Y la propia histerectomía, la extracción del útero, una lesión grave (e irreversible) de las descritas en el art. 149 CP. Esto se corresponde asimismo con lo que según el diccionario de la RAE significa lesionar: causar o producir una lesión o una alteración en alguna parte del cuerpo.¹¹³ Y en ambos casos se produce también, al menos de forma transitoria, un menoscabo en la salud del paciente, que anula o limita sus posibilidades de desarrollo personal y de participación en el sistema social.

Ahora bien, el hecho de que estas intervenciones, aparte de reunir los demás requisitos, tengan un resultado curativo positivo o favorable, esto es, no dañen finalmente la salud, sino, al contrario, supongan su mejora, significa que sólo en éstas (a diferencia de en las fallidas, o en las realizadas sin el consentimiento del paciente) falta todo indicio de injusto, son social y jurídicamente adecuadas, coincidentes con lo exigido por el Derecho y valoradas positivamente. Por no concurrir en ellas indicio de injusto alguno que integre siquiera la antijuridicidad general, son asimismo causa de exclusión del tipo indiciario. O quizá con mayor precisión, quedan excluidas de antemano de la posible realización del tipo porque, más que excluirse, está ausente ya desde un principio la circunstancia que fundamenta el surgimiento del injusto penal, esto es, del tipo de lesiones, porque la redacción del tipo llevaría ya implícita la exclusión de su aplicación a las conductas socialmente adecuadas¹¹⁴. Por este motivo ni siquiera se abre sobre ellas una investigación judicial¹¹⁵. En estos casos, el paciente ni siquiera pensará en denunciar nada, porque considerará que no hay nada que denunciar. A diferencia de lo que sucede en los casos de resultado fallido, en los cuales

¹¹¹ Sobre los requisitos para el ejercicio legal de la medicina y el intrusismo, cfr. Gisbert Calabuig (2019), 69-75.

¹¹² En el mismo sentido (y detalladamente sobre lo que debe y no debe considerarse delito de intrusismo en el ámbito médico), Faraldo Cabana (1999), 555-568, (559).

¹¹³ Diccionario RAE: "Lesionar: 1. Causar o producir una lesión o una alteración en alguna parte del cuerpo. 2. Causar o producir un daño o un perjuicio a una persona o a una colectividad. Lesión: 1. Alteración o daño que se produce en alguna parte del cuerpo a causa de un golpe, una enfermedad, etc. 2. Daño o perjuicio con que se perjudica a una persona o a una colectividad."

¹¹⁴ En el mismo sentido, Paredes Castañón (1990), 643.

¹¹⁵ En el mismo sentido y con más detalle, cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/92.

puede albergar cuando menos la duda de si dicho resultado puede haberse debido a una mala praxis médica.

La exclusión de la realización del tipo no radica, por tanto, en la exclusión del menoscabo del bien jurídico de la integridad corporal o de la salud y, con ello, la tipicidad del comportamiento¹¹⁶, ni en que dicho menoscabo deba tener la entidad requerida por los arts. 149 y 150 CP¹¹⁷, sino en la exclusión, en el sentido expuesto, del indicio de injusto sobre la base de lo que se considera social y jurídicamente adecuado. En estos casos, a diferencia de lo que, por el contrario, sucede, por ejemplo, en la disposición de los bienes patrimoniales, el consentimiento no impide la afectación -transitoria o permanente- del bien jurídico¹¹⁸ y asimismo la del libre desarrollo de su personalidad, aunque tampoco en ellos se genere responsabilidad por faltar en el hecho todo indicio de injusto.

De acuerdo con la opinión de *Luzón Peña*¹¹⁹, frente a los escasos supuestos en que el consentimiento válido del titular del bien jurídico implica que no hay realmente afectación del bien jurídico (por ejemplo, entre otros, en el hurto, pues no se lesiona el bien jurídico propiedad, sino que supone el ejercicio de las facultades dominicales de disposición), en otros casos dicho consentimiento no impide la afectación del bien jurídico, pero da lugar a que falte ya el tipo indiciario por ausencia de indicio de cualquier injusto por haber adecuación social y jurídica. Así, aparte de las intervenciones quirúrgicas señaladas¹²⁰, en las intromisiones de un extraño en la intimidad de la morada, o en la de los documentos o archivos privados, reservados o secretos o efectos personales ajenos.

Algo semejante sucede, *mutatis mutandis*, por ejemplo, en los deportes (fútbol, boxeo, etc.). Su práctica implica con frecuencia menoscabos, más o menos graves, en la integridad corporal, más allá de los meros malos tratos. La fractura de un brazo causada por el choque entre dos futbolistas constituye sin duda una lesión, pero en cuanto ésta y otras posibles no excedan de lo 'normal' en el juego y se produzcan respetando las reglas del juego -a modo de *lex artis* deportiva- (en las que se integran no sólo las técnicas, el juego limpio, sino también la necesaria concurrencia de consentimiento de participar en el deporte por parte del futbolista), se consideran incluidas en la idea de adecuación social¹²¹, que implica

¹¹⁶ De esta opinión, Peñaranda Ramos (2019), 709.

¹¹⁷ De esta opinión, Peñaranda Ramos (2019), 710, para quien dichos artículos, 149 y 150 CP, trazan la línea de demarcación entre, por una parte, los supuestos en los que el consentimiento excluye la tipicidad misma del delito de lesiones (los que no tengan la entidad requerida por esos artículos) y, por otra parte, aquellos otros en los que tiene un efecto justificante o meramente atenuatorio.

¹¹⁸ En sentido contrario, Peñaranda Ramos (2019), 708 y n. 31, quien considera que "si para ello el sujeto ha prestado su consentimiento no hay lesión, sino empleo del bien jurídico para obtener tales satisfacciones, del mismo modo que no hay lesión patrimonial, sino ejercicio del derecho de propiedad, cuando el titular de un objeto económicamente valioso lo consume o destruye, lo cede a un tercero a cambio de otro bien o efectúa una donación gratuita". No comparto esta opinión. Sí, por el contrario, la que acto seguido manifiesta, pero que debe considerarse independizada, y no condicionante de la anterior. "En cambio, si alguien es forzado a trabajar hasta la extenuación, a correr una carrera de larga distancia o a participar en un combate de boxeo, el resultado de agotamiento físico o las restantes consecuencias negativas (tomando en cuenta las perspectivas del afectado, aquí decisivas) para el estado de salud del sujeto que así se produjeran habrían de ser valoradas como lesiones de su salud personal".

¹¹⁹ Luzón Peña (Trat. s/a), 22/115.

¹²⁰ Con un planteamiento similar sobre la adecuación social en los delitos contra los consumidores, cfr. Faraldo Cabana (2002b), 160, 172 s.

¹²¹ No tendrían aquí cabida -en la adecuación social, y por tanto en la exclusión de la realización del tipo ya indiciario- las lesiones antirreglamentarias. Las cuales, sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto Díaz y García Conlledo (2021), 920, efectivamente parece acertado dejar impunes algunas de ellas. Pero por otra vía.

también la exclusión de la realización del tipo de lesiones¹²². Sin el consentimiento en participar en el deporte no cabe considerar socialmente adecuada su práctica¹²³.

Los casos en que puede concurrir algún indicio de injusto, y por tanto excluidos de la referida calificación de social y jurídicamente adecuados, y de sus consecuencias, son, pues, múltiples y diversos, tanto en el ámbito quirúrgico como fuera de él. Los menoscabos en la integridad corporal causados en ellos constituyen también lesiones. Pero, mientras en algunos procederá asimismo afirmar la exención de responsabilidad (por motivos diferentes a los de la exclusión de todo indicio de injusto), en otros habrá que negarla. Así, en los siguientes casos, a algunos de los cuales me referiré después con más detalle en el lugar correspondiente. Dentro del ámbito quirúrgico: las IQ practicadas por el profesional en quien concurren las condiciones legales requeridas, con el consentimiento del paciente, con resultado fallido; las IQ practicadas por el profesional en quien concurren las condiciones legales requeridas para ello, sin o contra el consentimiento del paciente, con independencia del resultado, positivo o fallido, de la intervención; y las -recién mencionadas- IQ practicadas por alguien en quien no concurren las condiciones legales requeridas, con independencia del resultado, positivo o fallido, de la intervención y del consentimiento del paciente. Fuera del ámbito quirúrgico: las lesiones causadas por tercero con el consentimiento de la víctima; y por supuesto, las lesiones causadas por tercero sin el consentimiento de la víctima.

4. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

4.1. *Concepto, significado y consecuencias de las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo*

Las intervenciones quirúrgicas practicadas con el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo, son las que además de causar el menoscabo inevitable de la integridad corporal del paciente para conseguir la finalidad perseguida, o no mejoran la salud del paciente, o la empeoran, o causan nuevas lesiones, o secuelas, o afectaciones o pérdidas de otros órganos, etc. o, en el peor de los casos, causan la muerte del paciente. Son, en resumen, las que tienen un resultado desfavorable o negativo para el paciente.

Los casos en que esto sucede no son infrecuentes, pues no siempre se consigue con la intervención quirúrgica lo que se pretende, tanto en la medicina curativa como en la satisfactoria. Son los típicos casos que suelen analizarse para determinar si constituyen errores médicos punibles en el marco de las intervenciones quirúrgicas en sus distintas fases¹²⁴. Entre otros, por ejemplo: las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de control de las complicaciones surgidas en la intervención (muerte por excesivo sangrado del paciente, o por fallos en la anestesia, etc.) o en el postoperatorio, errores en la práctica de la cirugía (perforación del útero e intestino en la realización de un legrado), cirugía en partes corporales equivocadas

¹²² En el mismo sentido, Mir Puig (2016),18/46 s., quien admite en este contexto del deporte la causación de lesiones en sentido estricto, mientras que lo rechaza en el ámbito quirúrgico, Mir Puig (2016), 18/49.

¹²³ Igualmente, Mir Puig (2016),18/46, quien añade que sin dicho consentimiento en participar tampoco cabe considerar presente un 'derecho' en el sentido del art 20.7º.

¹²⁴ Cfr- de Vicente Remesal (2013), 39-68; de Vicente Remesal / García Mosquera / Rodríguez Vázquez (2016),49-64; de Vicente Remesal (2017a), 259-288; de Vicente Remesal (2021), 92 ss.

(cirugía equivocada de columna, intervención uretral equivocada, resección de órgano equivocado, o de mano equivocada¹²⁵), olvido de cuerpos extraños en el cuerpo del paciente (olvido de gasas, compresas, instrumental quirúrgico en el campo operatorio), etc. Y en la medicina satisfactoria, los mencionados ejemplos de causación de deformidades.

La doctrina que defiende que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable no lesionan el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones porque mejoran la salud, se plantea el problema (inexistente para quienes no compartimos esa opinión) de si estas intervenciones quirúrgicas, con resultado fallido, realizan también, o no, el tipo de lesiones (o de homicidio en caso de producirse la muerte del paciente)¹²⁶, destacando incluso que dicho problema es más discutible en estos casos que en los anteriores¹²⁷.

Pues bien, si sobre la base de ese principio -la mejora de la salud- lo que se discute es la posible lesión del bien jurídico en estas IQ fallidas, este problema debería ser para esa doctrina sencillo de resolver y por tanto poco discutible. En coherencia con su planteamiento, realizarían el tipo de lesiones las intervenciones quirúrgicas, consentidas o no, que, resultando fallidas, menoscaban la salud del paciente. Pues resultado fallido debe interpretarse como perjudicial para la salud del paciente y, en consecuencia, como hecho que lesiona el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones.

Sobre este particular no debería existir, por tanto, discusión ni diferencia alguna entre esa posición y la de quienes entendemos que también en las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable se lesiona el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones. Sin embargo, esa diferencia existe y de forma esencial. Frente a la posición que aquí se mantiene (a saber: que las IQ curativas, consentidas, con resultado fallido son lesiones, si bien la mayoría de las veces justificadas por el ejercicio de la profesión médica), desde esa otra posición doctrinal a veces se niega tal calificación. Así, se argumenta, por ejemplo, que dichas IQ, a pesar del menoscabo que causan en la integridad corporal, no producen una lesión del bien jurídico protegido en el delito de lesiones porque esto requiere que también se menoscabe la libertad de disposición, lo cual no se produce si concurre el consentimiento del paciente¹²⁸. No obstante, dentro de esa posición es mayoritaria la doctrina que, considerando discutible la realización del tipo en su totalidad, entiende excluida en todo caso su parte subjetiva por concurrir en el médico la finalidad curativa¹²⁹.

4.2. La aplicación del ejercicio legítimo de la profesión médica como causa de justificación

Para quienes entendemos que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable realizan en principio el tipo de lesiones, no sólo no resulta discutible, sino más bien

¹²⁵ Cfr. SAP Madrid de 28 de mayo de 2013 [ECLI:ES:APM:2013:9755].

¹²⁶ Muñoz Conde / García Arán (2019), 119: “Sólo el tratamiento médico sin éxito puede llegar a constituir el tipo objetivo de un delito de lesiones”

¹²⁷ Así Mir Puig (2016), 18/51.

¹²⁸ En este sentido, refiriéndose al bien jurídico en las lesiones y sus consecuencias sobre el tratamiento médico con fines curativos, cfr. Berdugo (1982), 29 ss.

¹²⁹ En este sentido, entre otros, Romeo Casabona (1981), 271 ss.; Jorge Barreiro (1982), 12; Mir Puig (2016), 18/51: “La finalidad curativa del médico excluirá, sin duda, el dolo directo, puesto que quien quiere curar no busca lesionar ni puede saber seguro que lesionará, pero no necesariamente el dolo eventual (en intervenciones de gran riesgo)”; Muñoz Conde / García Arán (2019), 119 s: “en todo caso, quedará excluida la parte subjetiva del tipo de lesiones (al no mediar en el sujeto activo ni dolo ni imprudencia)”.

evidente, que también lo realizan las IQ curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo. Sin embargo, en éstas, a diferencia de en las primeras, no es posible - como se ha expuesto- excluir la tipicidad ya indiciaria, por falta de indicio alguno de injusto a pesar de los menoscabos en la integridad corporal, sino apreciar a lo sumo una causa de justificación, por el ejercicio legítimo de la profesión médica, que excluye todo el desvalor de la acción, pese a que subsista el desvalor del resultado¹³⁰. Y esto será lo que ocurra prácticamente en todos los casos, pero siempre que el médico lleve a cabo la intervención de acuerdo con la *lex artis*, que incluye el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, y no sólo la realización técnicamente correcta de la intervención.

La exclusión del desvalor de acción alcanza tanto a la imprudencia como al dolo, sea éste directo o eventual¹³¹. Las IQ realizadas de acuerdo con la *lex artis* no infringen el deber objetivo de cuidado¹³². Y si la apreciación del dolo se entiende referida al tipo global de injusto, aquél -el auténtico dolo- faltará en todos los casos. Pues en la IQ que se lleva a cabo concurriendo en el médico el conocimiento y la voluntad de realizar esa intervención como algo legítimo y autorizado, es decir, con la representación subjetiva de la justificación¹³³, sólo existiría un dolo natural o neutro, sea directo o eventual¹³⁴.

5. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado positivo o favorable

Como hemos visto, la medicina curativa se diferencia en muchos aspectos de la denominada medicina satisfactiva, e igualmente las intervenciones quirúrgicas en ambos casos. Sin embargo, su diferenciación no siempre es tajante ni sencilla, pues existen IQ satisfactivas que no son ajenas a la finalidad terapéutica, y cuyo tratamiento jurídico es en principio similar al de las IQ curativas.

Me limitaré, por tanto, fundamentalmente, al análisis de las IQ meramente estéticas o cosméticas, esto es, a las que se llevan a cabo sin que concurra en ellas una indicación terapéutica. No repercuten en la salud, o cuando menos, no en la misma medida que las intervenciones curativas. Esto no excluye, sin embargo, que las IQ incluso meramente estéticas puedan tener para el bienestar físico y/o psíquico del paciente efectos tan beneficiosos o positivos como una IQ curativa propiamente dicha.

La característica de que estas IQ, meramente estéticas, con resultado positivo o favorable no supongan una mejora de la salud constituye, como he indicado, un problema para la doctrina que fundamenta en la “mejora en la salud” el rechazo a calificar de lesiones las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable. Para solucionar ese problema (que debería derivar en la consecuencia de que esas IQ estéticas son lesiones, pero justificadas por ejercicio legítimo de la profesión médica si se realizan correctamente, conforme

¹³⁰ Posición ésta, asimismo, que comparto, de Luzón Peña (Trat. s/a), 25/94.

¹³¹ Por el contrario, como ya se ha indicado, para Mir Puig (2016), 18/51, en las intervenciones de gran riesgo no necesariamente se excluye el dolo eventual. Sí el directo, en todo caso.

¹³² En este sentido, Romeo Casabona (1981), 273; Jorge Barreiro (1982), 12.

¹³³ Más ampliamente sobre dicha representación subjetiva, cfr. de Vicente Remesal (2019), 409 ss.

¹³⁴ En el mismo sentido, Luzón Peña (Trat. s/a), 25/94, quien asimismo advierte que “para aceptar esta causa de justificación de la acción no hace falta recurrir a la figura general del riesgo permitido o caso fortuito, sino que son las propias normas legales y consuetudinarias sobre el ejercicio legítimo de la profesión médica las que admiten que éste también pueda ser una causa de justificación de la acción aunque se cause un desvalor del resultado.

a los requisitos de la práctica médica y entre ellos el consentimiento)¹³⁵ dicha doctrina recurría a otro argumento: que la mejora en la salud equivale, a esos efectos, a la producción de un resultado que socialmente se considere positivo. Así, para *Mir Puig*¹³⁶, “en las intervenciones médicas no curativas, como las efectuadas por razones meramente estéticas, sin indicación terapéutica, habrá que negar que realicen un tipo de lesiones siempre que produzcan un resultado que socialmente se considere *positivo*, porque no cabrá hablar entonces de ‘lesión’, aunque no supongan una mejora de la salud”.

Pues bien, de forma semejante a lo que debe entenderse por resultado positivo o favorable en las IQ curativas, la calificación de un resultado como positivo o favorable para el paciente en las IQ meramente estéticas (y particularmente en ellas, por ser propias de la medicina satisfactoria, de resultados, y no de medios, como la curativa, aunque esto sea discutible) debe determinarse en función de las prioridades o preferencias del propio paciente, y no de lo que socialmente se considere positivo. Este difuso criterio derivaría, además -como veremos admite un sector de la doctrina- en la consecuencia inaceptable (por no respetar el principio de autonomía y autodeterminación del paciente) de no calificar de lesiones las IQ realizadas sin el consentimiento del paciente.

En cualquier caso, en las IQ estéticas -al igual que en las curativas-, los inevitables menoscabos de la integridad corporal que implica su realización son indudablemente lesiones y realizan en principio el tipo de lesiones. Quien se deja practicar una operación cosmética, permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal.¹³⁷

Por otra parte, en cuanto a lo que significan los calificativos al uso (estético, cosmético o incluso embellecedor) de ese resultado positivo, éste hay que considerarlo como tal no sólo en los casos en que el paciente consiente en que el cirujano estético, por ejemplo, le transforme su enorme nariz y de giba prominente en otra prácticamente perfecta según los cánones de belleza, sino también -en virtud del respeto al derecho de autodeterminación del paciente sobre la propia integridad del cuerpo, y asimismo de su apariencia física- en aquellos otros, semejantes a la inversa, en que, por alguna razón o mero capricho, el paciente solicita al médico que le transforme su nariz normal en una enorme nariz aguileña. No obstante, en estos últimos casos, cuando se sobrepasan ciertos límites, el consentimiento del paciente y la valoración positiva del resultado por él no es suficiente para excluir la antijuridicidad del hecho. El consentimiento del paciente determina la exclusión de la antijuridicidad hasta el límite que lo permita la ley. Quedarían excluidas, por tanto, en nuestro Derecho, las transformaciones estéticas incluíbles en el art. 155 CP y, en el Derecho alemán¹³⁸ (§ 228 StGB)¹³⁹ y austríaco (§ 90 öStGB)¹⁴⁰, las abarcadas por la cláusula de contrariedad

¹³⁵ En el mismo sentido, extendiéndolo también a los supuestos de esterilizaciones, de cambios de sexo, y a actos médicos con sentido curativo, pero no del propio paciente intervenido, sino de un tercero al que se beneficia como las donaciones de sangre o los trasplantes de órganos entre vivos, cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 95.

¹³⁶ *Mir Puig* (2016), 18/52.

¹³⁷ Jescheck (1978), § 34, I, c; igualmente en Jescheck / Weigend (1996), § 34, I, c.

¹³⁸ Cfr. Roxin / Greco (2020), 13/38ss., donde se recoge su cambio de opinión al respecto a partir de la 4ª edición: Roxin (2006), 13/39.

¹³⁹ § 228 StGB: “Consentimiento. Quien cause una lesión con consentimiento del lesionado sólo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento atente contra de las buenas costumbres”.

¹⁴⁰ Consentimiento del lesionado. § 90 öStGB: “(1) Una lesión o una puesta en peligro de la seguridad física no es antijurídica si la persona lesionada o puesta en peligro lo consiente y la lesión o la puesta en peligro como tales no atentan contra las buenas costumbres. (2) La esterilización realizada por un médico a una persona con su consentimiento no es antijurídica si la persona ya ha cumplido veinticinco años o la operación no atenta por otras razones contra las buenas

a las buenas costumbres. La interpretación y el alcance de estos preceptos es, no obstante, muy discutido en la doctrina, como lo es, por tanto, la inclusión en ellos de los supuestos más extremos en los que, por ejemplo, al paciente que quiere convertirse físicamente en un alien se le ha amputado la nariz, las orejas, los labios, deformado horriblemente su rostro, etc., en un proceso de transformación que pretende continuar¹⁴¹.

En consecuencia, aunque el hecho de que el resultado se considere socialmente positivo no sea lo que determine por sí solo la exclusión de la antijuridicidad (pues lo contrario implicaría admitir dicha exclusión sin la concurrencia del consentimiento del paciente) sí puede ser, sin embargo, relevante a los efectos de determinar si dicha exclusión radica en la atipicidad por adecuación social o en la justificación, o para decidir si sólo procede aplicar una atenuación de la pena.

Si la valoración es positiva tanto por parte del paciente como socialmente (sin duda así en el ejemplo de la elegante reconstrucción de la nariz), dichas IQ se considerarán social y jurídicamente adecuadas, esto es, normales y carentes de entrada de toda relevancia jurídica. Ni el paciente ni un tercero emprenderán acción judicial alguna por ello. El ejercicio legítimo de la profesión médica daría lugar a apreciar una causa de exclusión ya de la tipicidad indicidaria.

Por el contrario, si el resultado -en el ejemplo, de transformar la nariz normal en una enorme nariz aguileña- no se percibe socialmente desde el punto de vista estético como positivo, sino más bien como anormal e incomprensible, no es improbable que se inicie un procedimiento para indagar las causas técnicas de tal resultado y la auténtica concurrencia de un consentimiento tan anómalo. Dejaría de ser un resultado normal y aproblemático. Ahora bien, si se verifica positivamente lo anterior, el ejercicio legítimo de la profesión médica se apreciaría como causa de justificación de las lesiones¹⁴².

Finalmente, en el caso del paciente a quien ya se le ha amputado la nariz, orejas, etc. para convertirse en un alienígena, o en otros similares, el problema de la exclusión de la antijuridicidad en virtud del respeto a la referida autonomía individual como expresión del libre desarrollo de la personalidad es más discutible. Considero que el ámbito de aplicación del art. 155 CP (del cual se excluyen los supuestos contemplados en el art. 156, pero sólo los realizados de acuerdo con lo que en él se requiere) se corresponde con los supuestos que en el Derecho alemán se consideran abarcados por la cláusula de contrariedad a las buenas costumbres. Las lesiones a las que se refiere el art. 155 CP (y también la citada cláusula) son únicamente las más graves e irreversibles, lo cual se desprende de su interpretación sistemática en función del art. 156 (el cual refiere la excepción “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior” al

costumbres. (3) Para una mutilación genital (§ 85 Abs. 1 Z 2a) no se puede otorgar consentimiento”.

¹⁴¹ El ejemplo refleja el caso real, conocido como The black alien project, de Anthony Loffredo, ciudadano francés, que ha decidido transformarse íntegramente y convertirse en un alien, y cuya cirugía de transformación se le está realizando en España porque en Francia es ilegal. https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2020-09-24/hombre-transformacion-alien-anthony-loffredo_2760799/

¹⁴² Es discutible - cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/96- si las esterilizaciones, operaciones de cambio de sexo y trasplantes de órganos de un donante vivo a otra persona constituyen supuestos de exclusión ya de la tipicidad indicidaria (en cuanto su exención de penal se entienda asimismo basada en la consideración socialmente positiva del hecho), o sólo de justificación (porque aun así no parece que socialmente sean consideradas como algo normal, cotidiano y aproblemático y que por ello sean de entrada absolutamente irrelevantes jurídicamente). Esta parece ser la interpretación del StGB austríaco, a tenor de lo que, como se ha indicado, dispone su § 90 (2): la esterilización realizada por un médico a una persona con su consentimiento no es antijurídica si la persona ya ha cumplido veinticinco años o la operación no atenta por otras razones contra las buenas costumbres.

tratar de dichas lesiones graves) además de por otros argumentos -que comparto- esgrimidos por *Peñaranda Ramos*¹⁴³. Ahora bien, la cuestión más problemática es cómo fundamentar que el consentimiento excluya también, en estos casos extremos, la antijuridicidad y no dé lugar, a lo sumo, a la atenuación de la pena prevista por el art. 155 CP.

Es la misma problemática que se le plantea a la doctrina alemana para fundamentar -por su indeterminación¹⁴⁴- la aplicación de la citada cláusula del § 228 StGB, según el cual, en caso de una lesión con consentimiento del lesionado, el autor sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres. Según *Schlehofer*¹⁴⁵, no deben existir razones de peso (*gewichtige Gründe*) para que el paciente se haga practicar resultados tan graves, porque de existir dichas razones, junto con el consentimiento darían lugar a un interés preponderante que fundamentaría la exclusión de la antijuridicidad. En sentido semejante, según *Roxin*¹⁴⁶ debe afirmarse una lesión punible si se produce una lesión corporal grave irreversible (en sus ejemplos, quien pide que le dejen ciego o que le amputen una pierna), respecto de la cual no cabe pensar en ninguna razón, motivo o fundamento (*kein sinnvoller Grund*) que tenga sentido, que sea razonable o sensato ni siquiera desde el punto de vista de la persona lesionada.

Este argumento -basado en la razón o motivo del paciente- no es suficiente para afirmar la punibilidad del hecho en nuestro ejemplo del paciente que quiere convertirse en un alienígena (ni tampoco en los ejemplos de quien pide que le dejen ciego o que le amputen una pierna). Pues su consentimiento en las horribles lesiones que le han practicado y su firme decisión de llevarlas aún más lejos, por muy insensatas e irrazonables que sean objetivamente, no deben dar lugar a responsabilidad si se basan en la capacidad de comprensión requerida y tras el correspondiente consentimiento informado. La manifestada razón del paciente, de su atracción por los alienígenas y por su aspecto físico, constituyen para él una razón hasta tal punto importante que permite que le practiquen esas dolorosas amputaciones por la satisfacción de conseguir ese aspecto que anhela. Conformen el principio de autonomía individual del paciente en relación con su integridad corporal y su salud y constituyen la expresión del libre desarrollo de su personalidad. Otro tanto cabría decir respecto del caso de quien pide que le dejen ciego si, por ejemplo, la razón alegada es identificarse más y comprender mejor a su hijo que acaba de quedar ciego por un accidente, solidarizándose de este modo con él. Sucedería aquí algo semejante a lo que he defendido en relación con el consentimiento presunto del paciente respecto de la ampliación de una intervención quirúrgica: que lo decisivo para llevar a cabo esa ampliación, o para interrumpirla, no es sólo el logro de lo que se considera más beneficioso o adecuado para el paciente desde el punto de vista médico, sino también el cumplimiento de lo que el paciente habría querido, incluso si esto no fuera sensato o razonable¹⁴⁷. No puede regir en la presunción algo distinto de lo que rige en el consentimiento manifestado, en el cual también deben tenerse en cuenta las manifestadas decisiones irrazonables del paciente¹⁴⁸.

¹⁴³ Cfr. *Peñaranda Ramos* (2019), 710 -712, quien considera reducido el alcance del art. 155 CP.

¹⁴⁴ El reproche de indeterminación de esta regla advierte *Frisch* (2011), 485, ocupa el centro de las críticas a este párrafo, incluido en 1922 en el StGB como § 226 a, y actualmente § 228.

¹⁴⁵ *Schlehofer* (2020), 596.

¹⁴⁶ *Roxin / Greco* (2020), 13/42.

¹⁴⁷ de *Vicente Remesal* (2017b), 694 s. En el mismo sentido, *Luzón Peña* (2006c), 317 ss.

¹⁴⁸ de *Vicente Remesal* (2017b), 694 s.

Tampoco considero de recibo para afirmar una lesión punible el argumento complementario de *Roxin*¹⁴⁹, de que incluso en los casos en que existiera en el sujeto una razón explicable para llevar a cabo su decisión (se refiere *Roxin* a su ejemplo de quien pide que le dejen ciego, no porque siente una necesidad de autodestruirse o una frustración y estado mental de dolor frente al mundo, sino porque quiere iniciar una carrera como mendigo y para eso ofrecer un aspecto que infunda lástima), aun en esos casos, la pérdida de calidad de vida y de las oportunidades que la vida ofrece no guardan proporción con los beneficios que se pueden obtener. Frente a esto, tanto el paciente a quien se ha dejado ciego como el alienígena le responderían que para ellos es muy positivo el saldo entre lo que pierden y ganan.

En consecuencia, ninguno de estos supuestos daría lugar a responsabilidad penal sobre la base de estos argumentos.

La afirmación de la punibilidad en estos casos u otros semejantes requiere que en los mismos resulten contradichas objetivamente las propias bases que inspiran el respeto al principio de autonomía individual en relación con la integridad corporal y la salud, y particularmente la libertad. Esto implica comprobar con detenimiento si en decisiones tan absurdas, irrazonables, insensatas y que dan lugar a resultados tan horribles e incluso dolosos, existe por parte del paciente la capacidad de comprensión legalmente requerida para emitir un consentimiento jurídicamente válido, tras la correspondiente información médica exigida. Es decir, verificar la comprensibilidad del consentimiento como expresión de una decisión autónoma sobre la integridad física¹⁵⁰.

De la misma manera que el médico no debe llevar a cabo una intervención quirúrgica cuando -en contra de lo que él opina desde el punto de vista médico- el paciente, por una decisión objetivamente irrazonable e insensata así se lo pide, debe ser admisible, asimismo, e impune, la realización de una intervención cuando se basa en una decisión objetivamente irracional, pero, eso sí, auténticamente libre del paciente. Si en el paciente a quien se ha dejado ciego, o en el que va camino de convertirse físicamente en un alienígena no se aprecia científicamente que falte la capacidad de comprensión legalmente requerida, las lesiones causadas serán impunes, pues el Derecho también protege la libertad de los capaces para tomar decisiones irracionales o insensatas¹⁵¹. No sería de extrañar, sin embargo, que decisiones tan drásticas y graves como las comentadas puedan responder a estados anímicos o alteraciones psíquicas, incluso circunstanciales, que eliminen la capacidad de comprensión requerida sobre el verdadero alcance de la intervención, en cuyo caso el consentimiento dejaría de ser jurídicamente válido. E incluso cabe pensar, finalmente, y sólo lo dejo planteado, que en casos muy extremos (difícilmente imaginables y describibles), aun afirmada la libertad del paciente respecto de ellos, quepa fundamentar su punibilidad en la propia dignidad humana.

6. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

Al igual que en las IQ curativas, también en las IQ estéticas no son infrecuentes los casos

¹⁴⁹ Roxin / Greco (2020), 13/42.

¹⁵⁰ En sentido semejante, cfr. Frisch (2011), 506.

¹⁵¹ En el mismo sentido, Luzón Peña (Trat. s/a), 18/142.

de resultado fallido, con la peculiaridad de que en éstas dicho carácter de fallido puede ser más preciso en cuanto comprende lo que no se corresponde con lo que -también de forma más concreta que en las IQ curativas- se ha ofrecido (y en definitiva contratado) como resultado, generalmente cosmético o embellecedor, al paciente. Por ejemplo, la mastopexia o *lifting* de senos, que es una de las prácticas más comunes recientemente en cirugía estética, y a su vez una de las mayores causas de litigio por resultado fallido¹⁵².

Muchas de las reclamaciones -la mayoría de las veces extrajudiciales, o judiciales por la vía civil- radican precisamente en la defraudación de las expectativas del paciente por no cumplirse los resultados asombrosos que, con fines comerciales, se anuncian en los medios, y las causas de solicitud de compensación se basan fundamentalmente en vicios o defectos de información y en mala praxis técnica. Más concretamente, por daño desproporcionado, pérdida de oportunidad, consecuencias antiestéticas por la cicatrización de las heridas, infecciones postoperatorias, secuelas, etc., y en el peor de los extremos, la muerte. Los resultados fallidos se deben también con frecuencia a que este tipo de IQ se realizan en clínicas clandestinas y por personas que carecen del título profesional requerido para llevarlas a cabo¹⁵³. En cualquier caso, es excepcional el recurso a la vía penal y asimismo las sentencias condenatorias penales cuando se recurre a esta vía.

Sirva de ejemplo este caso, citado por *Vallejo Jiménez*¹⁵⁴, en el cual la paciente murió por taquicardia ventricular como consecuencia las lesiones internas derivadas de una hidrolipoclasia (liposucción para reducir la celulitis) que le practicaron en un centro estético clandestino que carecía de licencia de funcionamiento, de recursos y de personal para el cumplimiento de su actividad¹⁵⁵. El hecho, acontecido en Colombia, es un ejemplo muy apropiado para algunas observaciones que a continuación haré sobre este tipo de IQ. El Tribunal Nacional de Ética Médica de Colombia confirmó la resolución del tribunal de instancia (el Seccional de Ética Médica de Cundinamarca) de imponer a la doctora que practicó la intervención la suspensión por 5 años en el ejercicio profesional de la medicina por contravenir lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981¹⁵⁶.

El tratamiento jurídico-penal de las IQ estéticas consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo es similar al de las curativas del mismo carácter. En coherencia con la posición que aquí se mantiene y se ha expuesto en relación con otros grupos de casos, las IQ estéticas, fallidas, son indudablemente lesiones y en absoluto carentes del indicio de injusto que permita considerarlas socialmente adecuadas.

Si el resultado fallido se produce a pesar de haber actuado el médico plenamente de acuerdo con la *lex artis*, el ejercicio legítimo de la profesión médica constituye una causa de justificación que excluye el desvalor de acción, o de la conducta, dejando subsistente el desvalor del resultado. Estos casos, en los que se excluye la responsabilidad penal por no concurrir dolo ni imprudencia, frecuentemente dan lugar a responsabilidad extrapenal. La

¹⁵² Cfr. Pons-Castellanos et. al (2019), 143 ss.

¹⁵³ Cfr. Vallejo Jiménez (s/a, en prensa), Capítulo III. Cuestiones problemáticas de la responsabilidad penal en la especialidad de cirugía estética, 67 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Vallejo Jiménez (s/a, en prensa), 78.

¹⁵⁵ Caso publicado en Tribunal Nacional de Ética Médica. Gaceta Jurisprudencial. Junio de 2012. Número especial: Cirugía Plástica y Estética, 78-88. Acceso a la sentencia: <https://es.scribd.com/document/463849901/01-Cirugia-Plastica-estetica-pdf>

¹⁵⁶ Se trata de la Ley 23 de 1981, del Congreso de la República de Colombia, por la que se dictan normas en materia de ética médica. Diario Oficial (Nº. 3571) de 27 de febrero de 1981.

excepcionalidad de la apreciación de responsabilidad penal -que correspondería apreciar en el caso del ejemplo de la liposucción- puede basarse en el incumplimiento de la *lex artis* correctamente entendida. La médica no actúa de acuerdo con la *lex artis*, no sólo por realizar el hecho sin haber obtenido los conocimientos y capacidades requeridos por la especialidad de Cirugía, sino también por llevarlo a cabo en un centro que no reunía los recursos técnicos y humanos necesarios. Asimismo, incumple la *lex artis* porque el consentimiento informado de la paciente, con el que no contó la médica, no era, según los hechos, un mero vicio o defecto de información, sino que afectaba a los aspectos esenciales y determinantes (los posibles riesgos y complicaciones)¹⁵⁷, para que la paciente tomara la decisión de someterse o no a la intervención.

Ciertamente, la responsabilidad de la médica por homicidio imprudente requiere que se pueda afirmar, respecto de su acción, la imputación objetiva del resultado. Nada obsta para ello el hecho de que la paciente supiera que se trataba de una clínica clandestina y que la médica no fuera especialista en cirugía. Pues, aunque la paciente conociera y asumiera en esa medida los riesgos propios de esas circunstancias, la respuesta a los problemas de imputación que se plantean en estos casos y similares de heteropuesta en peligro consentida deben resolverse -como advierte *Luzón Peña*¹⁵⁸, y suscribe *Vallejo Jiménez*¹⁵⁹- con el principio de alteridad, conforme al cual, aun concurriendo aquel consentimiento en la paciente, sólo incurre en responsabilidad la médica porque en sus manos está el control objetivo del peligro en la práctica de la liposucción, lo cual no controla en absoluto la paciente. El resultado muerte sería, por tanto, objetivamente imputable a la acción de la médica, y daría lugar a responsabilidad por homicidio imprudente.

III. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS NO CONSENTIDAS, PRACTICADAS SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

A los efectos de determinar la relevancia jurídico-penal de estas IQ, no consentidas, conviene, por una parte, distinguir entre IQ practicadas sin el consentimiento legalmente requerido del paciente e IQ practicadas contra la voluntad expresa del paciente. Y, por otra parte, es preciso y esencial diferenciar -como se desarrollará más adelante- entre IQ sin consentimiento e IQ con vicios de información.

En el contexto de las IQ, afortunadamente son pocos los casos en los que el médico realiza la intervención sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido. Algunos de ellos acontecen en el marco de lo que se denomina consentimiento presunto, cuando el médico, ante la necesidad de ampliar una IQ ya iniciada, no puede preguntar al paciente sobre si consentiría en dicha ampliación en el caso de haberla conocido previamente, y la lleva a cabo aun presumiendo, sobre la base de diferentes indicadores, que el paciente no habría consentido. Retomando el ejemplo tantas veces referido: el médico diagnosticó a la paciente que tenía sobre el útero un mioma de gran tamaño, que debía ser extraído y para lo cual la paciente manifestó su consentimiento. Durante la operación se vio

¹⁵⁷ Cfr. Tribunal Nacional de Ética Médica. Gaceta Jurisprudencial. Junio de 2012. Número especial: Cirugía Plástica y Estética, 86.

¹⁵⁸ Cfr. Luzón Peña (2011), 1 ss.; Luzón Peña (2012 d), 17 ss.; Luzón Peña (2016a), 15/86 s.

¹⁵⁹ Cfr. Vallejo Jiménez (s/a, en prensa), 84 s.

que el mioma estaba tan adherido al útero que no podía extraerse sin extirpar el útero. El médico optó por extraer el mioma a costa de extirpar el útero¹⁶⁰: Fuera de ese marco, también pueden producirse cuando el consentimiento manifestado del paciente se obtiene mediante engaño. Así, en los casos en que el médico engaña al paciente sobre la realidad en el momento de la exploración previa, porque sospecha que en caso contrario el paciente no consentiría. Por ejemplo, el médico descubre en la exploración previa que el mioma que ha de extraer a la paciente requiere la extirpación del útero, pero engaña a la paciente sobre este extremo. Obtiene de la paciente el consentimiento para la extracción del mioma, pero el médico extirpa también el útero.

Por otra parte, son excepcionales aquellos otros casos en los que el médico actúa en contra de la voluntad expresa del paciente, o bien imponiéndole someterse a una intervención (supuesto éste realmente inverosímil), o bien aprovechando una intervención consentida por el paciente para una finalidad distinta (o añadida), respecto de la cual había manifestado el paciente su expresa oposición. Así, en el ya referido caso de la ligadura de trompas en contra de la expresa voluntad de la paciente: cuando iba a ser atendida de parto, el doctor preguntó a la paciente en el pasillo previo al quirófano si aprovechaba la operación para efectuarle una ligadura de las trompas para evitar más embarazos, porque podían entrañar graves peligros. La paciente respondió que no. Pero aun así el médico se la practicó durante la intervención. La paciente, al despertarse de la anestesia se encontró con el hecho consumado de que era estéril en contra de su voluntad.¹⁶¹

Quienes consideran que en las IQ consentidas falta en algunos casos la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de 'lesión', se plantean la cuestión de si esas IQ pueden constituir 'lesión' si se realizan sin o contra la voluntad del paciente. O si -solamente, en general, o de forma restringida¹⁶²- pueden dar lugar a otro tipo penal (fundamentalmente el de coacciones, o a veces también el de detenciones ilegales), como hemos visto mantiene un amplio sector de la doctrina, para la cual, por tanto, el consentimiento del paciente es irrelevante a los efectos de eximir de responsabilidad al médico por un delito de lesiones. Por el contrario, para quienes consideramos que incluso en las IQ curativas consentidas, con resultado positivo, hay en principio lesiones típicas por afectar, cuando menos, inexorablemente a la integridad corporal (lesiones que, como vimos, en virtud del consentimiento pueden calificarse de social y jurídicamente adecuadas y por ello carecer del menor indicio de antijuridicidad), resulta indudable que en todas las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente también las hay -pues también éstas afectan de la misma forma que aquéllas a la integridad corporal- y esa circunstancia de no contar con, u oponerse a, la voluntad del paciente sólo plantearía la cuestión de si -además- se realiza alguno de esos otros tipos penales antes mencionados.

La posibilidad de apreciar en las IQ no consentidas únicamente un delito contra la libertad se basa en unos presupuestos, ciertamente discutibles, que no considero convincentes. Por una parte, en la consideración global de la salud del paciente como único bien jurídico

¹⁶⁰ BGH Urteil vom 28.11.1957, Myom-Fall, (BGHSt 11, 111; NJW Heft 7/1958, 267: Ärztlicher Eingriff ohne Einverständnis des Kranken).

¹⁶¹ STS de 24 mayo de 1995 [ECLI: ES:JPII:2012:2]

¹⁶² Sobre la restricción de la calificación por lesiones sólo a las intervenciones de elevado riesgo con resultado negativo, calificando sólo de coacciones la imposición, contra la voluntad del paciente, de un tratamiento de clara idoneidad y pronóstico curativo, con independencia de su éxito o fracaso, cfr. Asúa Batarrita (1995), 47.

protegido en los delitos de lesiones; por otra, en la opinión de que las IQ realizadas sin el consentimiento del paciente, e incluso en contra de su voluntad expresa, no son contrarias a la *lex artis* médica y, finalmente, en que la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo no es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones.

Es incuestionable que en todos los grupos de casos aquí incluibles se ataca la libertad del paciente, y esto, en consecuencia, no necesita de mucha argumentación para considerar punibles dichos ataques, salvo cuando la ley permita -por ejemplo, para salvaguardar la salud pública- prescindir del consentimiento¹⁶³. Sí la necesita, por el contrario, la referida a la exclusión de la calificación por lesiones, habida cuenta de que en las IQ siempre resulta afectada la integridad corporal y en ocasiones también la salud. Sin embargo, a este respecto son mucho más escasas las argumentaciones en esa posición doctrinal¹⁶⁴.

A lo largo de lo expuesto ya se ha indicado en parte cuál es mi posición sobre el tratamiento jurídico-penal de las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente. En lo que sigue procederé a analizar con más detalle cuáles son los presupuestos en los que se basa y las consecuencias que de ello se deriva para los diferentes grupos de casos.

1. Presupuestos

Los inevitables menoscabos de la integridad corporal que causan las intervenciones quirúrgicas, así como sus efectos -sean positivos o sean negativos- sobre la salud del paciente, constituyen en todo caso lesiones, cuando dichas intervenciones quirúrgicas se realizan sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido. Cabe asimismo afirmar la realización del tipo ya sobre la base de las exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, y porque la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones.

1.1. *Significado y alcance de la denominada lex artis médica*

Con la denominación *lex artis* se hace referencia a los criterios valorativos que, sobre la base de las decisiones que llevaría a cabo la generalidad de una profesión, determinan la exigibilidad de su cumplimiento en la realización de un acto concreto. Radica en los estándares científicos, técnicos y éticos del grupo profesional correspondiente (entre los cuales su referencia quizá más habitual es la del ámbito médico) y suele contraponerse al concepto mala praxis.

La denominada *lex artis* médica (*standard of care*, en el mundo anglosajón) como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico comprende no sólo la realización correcta del hecho desde el punto de vista técnico (al cual vimos lo restringe la doctrina mayoritaria), sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado¹⁶⁵. El médico que no informa, miente o engaña al paciente sobre intervención que le va a practicar -o sobre una ampliación de aquélla, que va más allá o es distinta de lo que ha

¹⁶³ Cfr. Romeo Casabona (1981), 360 ss.; Jorge Barreiro (1982), 18 s.

¹⁶⁴ Así, por ejemplo, Berdugo (1982), 32 s., 40 ss.; Higuera Guimerá (1983), 218 ss.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, entre otros, Pantaleón Díaz (2018), 1; Luzón Peña (Trat. s/a), 25/92 ss.; Peñaranda Ramos (2019); Pantaleón Díaz (2019), 683; Gutiérrez Santiago (2020), refiriéndose en concreto a la anestesiología, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales, 223 ss., 231.

informado- actúa con malas artes profesionales, con mala praxis, y por tanto incumpliendo lo requerido por la *lex artis* médica. No actúa de forma correcta o indicada¹⁶⁶, por mucho que la intervención o su ampliación sean técnicamente correctas e incluso médicamente indicadas. La decisión del paciente, en tanto afecte a su integridad, debe contemplarse como parte irrenunciable de la *lex artis*, pues el concepto mismo de salud es relativo y, como tal, no puede dissociarse de la voluntad del sujeto¹⁶⁷. Esto implica asimismo que en las IQ practicadas sin el consentimiento del paciente se infringe también el cuidado objetivamente debido, pues igualmente debido -objetivamente- es el cuidado en la corrección técnica de la práctica de la intervención como el cuidado en informar al paciente de acuerdo con lo que exige la ley y recabar su consentimiento. Muy acertada es, en este mismo sentido, la definición que del término mala praxis médica recoge el diccionario panhispánico del español jurídico: “actuación profesional negligente o con inobservancia de la normativa legal aplicable o los deberes propios del oficio o profesión”¹⁶⁸.

El consentimiento del paciente integra los requisitos de la práctica médica. Esta es asimismo la posición que mantiene recientemente la jurisprudencia española¹⁶⁹. Claramente se manifiesta en este sentido la STS 1044/1995 (Sala Segunda), de 26 de octubre: “la persona es libre de decidir más allá de lo que, desde el punto de vista estrictamente médico, pudiera ser conveniente o aconsejable”¹⁷⁰. Y con mayor contundencia aún lo expresa la STS 240/2016 (Sala 1ª, Sección 1ª), de 12 de abril: “el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial”.¹⁷¹

Tanto en la medicina curativa como en la satisfactiva (voluntaria o perfectiva), la *lex artis* no sólo comprende las reglas científicas de la medicina en las que se basa un pronóstico o diagnóstico, o la ejecución de la intervención, sino también las profesionales deontológicas, de las que necesariamente (y legalmente, salvo en los casos excluidos por la propia ley) forma parte el deber de información al paciente. Esta argumentación es asimismo la que, por otra parte, sigue en Alemania el BGH para fundamentar que la invocación del consentimiento hipotético no puede justificar una intervención que no se realizó de acuerdo con la *lex artis*¹⁷².

La concurrencia del consentimiento del paciente es lo que permite calificar de *legítimo* el ejercicio de la profesión médica¹⁷³ y dar lugar, según los casos, a excluir, ya de entrada, la tipicidad indiciaria cuando la intervención se considera absolutamente normal (cuando tiene un resultado curativo favorable), o a excluir el desvalor de la acción, a pesar de que el resultado haya sido desfavorable. La posición que, por el contrario, considera que el consentimiento no forma parte de la *lex artis* y que llega, por otra vía a excluir la tipicidad de las lesiones, implicaría aceptar que, respecto de la afectación de la integridad corporal del

¹⁶⁶ En el mismo sentido, Pantaleón Díaz (2019), 690.

¹⁶⁷ Cfr. Hirsch (1999), 353 ss.; Giesen (1990), 308; Krauß (1979), 563 ss.

¹⁶⁸ Cfr. <https://dpej.rae.es>

¹⁶⁹ Cfr. Romeo Malanda (2013), 73-114 (96 ss.).

¹⁷⁰ STS de 26 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:5310], Fundamento de Derecho octavo.

¹⁷¹ STS de 12 de abril de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1624], Fundamento de Derecho segundo, remitiendo en el mismo sentido la STS de 23 de julio de 2003 [ECLI:ES:TS:2003:5311], STS de 15 de noviembre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:6788] y STS de 27 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:3185]. Cfr. González Carrasco (2016), 264 ss.; Cadenas Osuna (2018), 183, 406.

¹⁷² Cfr. Schlack (2012), 277-279; Roxin / Greco (2020), 13/131b.

¹⁷³ En el mismo sentido, Moyano García (1993), 481.

paciente, las intervenciones curativas, con resultado positivo, practicadas técnicamente con arreglo a la *lex artis*, pero sin el consentimiento del paciente, e incluso en contra del manifestado expresamente, son tan normales y jurídicamente irrelevantes como las que sí respetan dicho consentimiento, y por eso aquéllas sólo podrían dar lugar a un delito de coacciones¹⁷⁴.

Retomando ejemplos anteriores de las IQ curativas y de las estéticas (así, el de la reducción no consentida por parte del paciente de su gran lóbulo de la oreja, o la modificación de su aguileña nariz, de la que su portador se sentía muy orgulloso; o también, el del médico que -para evitar futuras y casi seguras consecuencias graves para la salud de la paciente, incluida la posibilidad de muerte, en caso de volver a quedar embarazada- en una operación de cesárea practica a la paciente una ligadura de trompas, presumiendo la ausencia de consentimiento de la paciente para dicha práctica o constándole su oposición expresa), aunque ambas intervenciones se hayan realizado técnicamente a la perfección y sean (o se consideren) médicamente beneficiosas para la salud o favorables para el paciente, no pueden dar lugar -tanto en la medicina curativa como en la satisfactiva- a causa de atipicidad, por adecuación social y jurídica, pero tampoco de justificación por el ejercicio legítimo de la profesión médica. Pues éste requiere la actuación conforme a la *lex artis*. Y entre los requisitos que la integran está, no sólo que sean médicamente adecuados e indicados el diagnóstico y el pronóstico realizados, la medida o tratamiento terapéutico elegidos y el modo de ejecución, sino también que se cuente con el consentimiento legalmente requerido del paciente¹⁷⁵. No cabe duda de que en los ejemplos expuestos el médico consigue realizar, con malas artes, las intervenciones técnicamente impecables.

Por otra parte, también suele utilizarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y con bastante frecuencia, la expresión *lex artis ad hoc*¹⁷⁶. Dicha expresión es, sin embargo, innecesaria, redundante e incluso equívoca, pues el juicio sobre el cumplimiento de la *lex artis* siempre debe ser necesariamente *ad hoc*. Es decir, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes: las especiales características del médico (entre ellas, sus conocimientos o capacidades especiales, que debe utilizar)¹⁷⁷, del paciente, del centro y circunstancias en que se realiza la intervención, y, en suma, cualesquiera otros factores endógenos o exógenos¹⁷⁸.

En suma, en las intervenciones quirúrgicas, el respeto al derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal implica la necesidad de concurrencia del consentimiento del paciente en la intervención, el cual asimismo integra la *lex artis* médica. Esta integración constituye una base esencial para resolver correctamente la cuestión de si y en qué medida las intervenciones quirúrgicas realizan el tipo de lesiones (o, en su caso, de homicidio), en lugar de, como hemos visto entiende parte de la doctrina, únicamente un delito de coacciones, incluso en los casos de producirse un menoscabo de la salud del paciente.

¹⁷⁴ En ese sentido, aunque no afirmándolo expresamente, Mir Puig (2016),18/49.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, Luzón Peña (2016b), 41.

¹⁷⁶ Sobre la utilización, en la jurisprudencia, de la expresión *lex artis ad hoc* y su significado, cfr., entre otras, la SAP Tarragona, núm. 372/2005 (Sección 2ª), de 11 de abril [ECLI:ES:APT:2005:655]. Amplias referencias jurisprudenciales sobre esta expresión, en Benítez Ortúzar / Cruz Blanca (2009), 179, n. 64, quienes, a su vez, consideran que la *lex artis ad hoc* concreta el concepto más general de *lex artis*.

¹⁷⁷ Ampliamente al respecto, cfr. de Vicente Remesal (2020), 1-52.

¹⁷⁸ De la misma opinión, aportando el término “medisprudencia”, por analogía con la “jurisprudencia”, cfr. de los Reyes/Arimany (2003), 73.

1.2. *La autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo, como bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones*

La realización del tipo de lesiones no sólo cabe afirmarla, como se ha indicado, por no realizarse la IQ de acuerdo con las exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, sino también por el papel que debe reconocerse a la autodeterminación del paciente. Ciertamente, es discutible –como lo manifiestan claramente las amplias y relevantes opiniones enfrentadas– que las intervenciones curativas médicamente indicadas y realizadas técnicamente de acuerdo con la *lex artis*, pero sin el consentimiento del paciente, realicen el tipo de lesiones. Y es asimismo cierto que dicha realización da lugar a una insatisfactoria situación jurídica para la clase médica. Pero defender lo contrario implicaría dejar de proteger el derecho de autodeterminación del paciente sobre su cuerpo¹⁷⁹.

La autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones. Al igual que como vimos observa *Roxin*¹⁸⁰ respecto del Derecho alemán, también en el nuestro, en cuanto el Código Penal no contiene un tipo de “tratamiento curativo arbitrario”, existe una incontestable necesidad políticocriminal de considerar asimismo coprotegido por el tipo de lesiones el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal y, por tanto, de castigar por lesiones en caso de no haber consentimiento. Cabe entender que también asume, aunque críticamente, esta opinión *Jescheck*, en cuanto, frente a la opinión de la jurisprudencia (la cual, para proteger el derecho de autodeterminación del paciente sostiene que las IQ curativas son constitutivas de lesiones) advierte que esta insatisfactoria situación jurídica para la actividad médica cambiará cuando se introduzca una disposición penal especial relativa al tratamiento curativo arbitrario, que asegure la protección jurídico-penal del derecho de autodeterminación sobre el cuerpo.¹⁸¹ E incluso subyace también entre quienes en nuestra doctrina piden dicha inclusión para lograr –como manifiesta *Jorge Barreiro*¹⁸²– no sólo clarificar una polémica doctrinal, sino también la necesaria adecuación y el oportuno ‘reforzamiento’ de la protección jurídico-penal del derecho de autodeterminación del paciente.

1.2.1. *El apoyo legal en la comparación con otros preceptos (arts. 155 y 156, y 138 y 143 CP) y en el tratamiento del concurso de delitos en esos casos*

A veces se argumenta que considerar coprotegido en los tipos de lesiones la autodeterminación del sujeto es no ajustarse a la realidad ni a las exigencias legales¹⁸³. Pero ambas apreciaciones son claramente cuestionables.

A esta coprotección vinculada a la integridad corporal o la salud, en las lesiones, o a la vida, en el homicidio (que en absoluto significa que la autodeterminación constituya por sí misma el bien jurídico protegido en esos delitos)¹⁸⁴ responde el diferente tratamiento jurídico que respecto del hecho “matar a otro” otorgan los arts. 138 y 143 CP, o en las lesiones

¹⁷⁹ En el mismo sentido, *Jescheck / Weigend* (1996), § 34, III, 3.

¹⁸⁰ *Roxin / Greco* (2020), § 13 nm. 26 respecto del § 223 StGB. En sentido similar, *Eser* (1985), 1-46 (19).

¹⁸¹ *Jescheck* (1978), §34 III 3; de forma idéntica en *Jescheck / Weigend* (1996), §34 III 3.

¹⁸² *Jorge Barreiro* (1990), 83.

¹⁸³ Por el contrario, en el sentido de que esto es no ajustarse a la realidad ni a las exigencias legales, *Jorge Barreiro* (2017), 630 s.

¹⁸⁴ En sentido semejante, de la *Gándara Vallejo* (1995), 227 ss.

los arts. 155 y 156. Las consecuencias jurídicas que se derivan de la concurrencia de consentimiento en estos casos ponen de manifiesto la estrecha vinculación del bien jurídico (del objeto de disposición) con la libre decisión de su portador (la disposición sobre el objeto)¹⁸⁵. Y esto significa ajustarse a la realidad y a las exigencias legales.

En la regulación vigente, el art. 155 CP no prevé la exención de responsabilidad por concurrencia de consentimiento (a diferencia del art. 156 para determinados casos), sino sólo la atenuación de la pena. Sin embargo, con anterioridad a la supresión de las faltas, sí se reconocía al consentimiento la posibilidad de operar como eximente, pues el citado artículo se refería (como ahora) a los delitos de lesiones¹⁸⁶. Esta interpretación ya no es, sin embargo, posible¹⁸⁷. En la actualidad se mantienen, abreviadamente, dos posiciones. Por una parte, quienes la consideran no ajustada a la Constitución por no respetar, sino limitar, el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad¹⁸⁸. Y por otra, quienes consideran que puede ser compatible con la Constitución, pero limitando el alcance del art. 155 CP a los supuestos de mayor gravedad¹⁸⁹.

Esta discusión sobre la relevancia del consentimiento se planteaba también incluso en el CP 1944/1973, a pesar de la redacción del entonces vigente art. 428, el cual, refiriéndose a las lesiones dolosas o imprudentes, establecía que "las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado". En dicha redacción algunos veían una indiscutible declaración de ineficacia del consentimiento, salvo en las excepciones por él recogidas, mientras otros afirmaban su impunidad argumentando, entre otras cosas, el reconocimiento constitucional de la disponibilidad del bien jurídico salud.¹⁹⁰

Por tratarse de una co-protección (que, como hemos visto, no se restringe sólo a la salud, pues esta relación entre el objeto de disposición y la disposición sobre el objeto se plantea en todos los bienes jurídicos personales), no son de recibo las críticas de quienes consideran que esto implica un cambio o trastueque de bien jurídico¹⁹¹, o -en la línea de quienes aprecian sólo coacciones en las IQ no consentidas- la inclusión de la libertad de disposición como bien jurídico distinto e independiente de la integridad corporal o de la salud¹⁹², o que supone el reconocimiento expreso de la analogía *in malam partem*¹⁹³, o la subjetivización del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, como hemos visto entiende un sector de la doctrina.

Por otra parte, una prueba más de que la autodeterminación sobre la propia integridad

¹⁸⁵ En sentido semejante, y como argumento por el que se debería renunciar a la distinción sistemática entre consentimiento y acuerdo, Roxin / Greco (2020), 28.

¹⁸⁶ Cuando resulten lesiones en sentido estricto -observa Mir Puig (2016), 18/47-, el consentimiento no basta por sí sólo para eximir de pena, puesto que el art. 155 CP parte del principio de que en los delitos de lesiones el consentimiento de la víctima sólo puede atenuar la pena. Pero si la acción del tercero sólo puede calificarse de golpes o malos tratos que no causen lesión (147.3), el consentimiento sí puede operar como eximente porque el art. 155 sólo se refiere a los delitos de lesiones.

¹⁸⁷ En el mismo sentido, Díaz y García Conlledo (2020), 44.

¹⁸⁸ En este sentido, especialmente, Berdugo (1981), 211 ss.; Berdugo (1982), 23 ss., 36 ss.

¹⁸⁹ Cfr. En este sentido, Mir Puig (2016), 19/18 ss.; Peñaranda Ramos (2019), 707 ss. y 712.

¹⁹⁰ Con amplias referencias doctrinales al respecto, cfr. Díaz y García Conlledo (1994), 123 s., y n. 64. Asimismo, Díaz y García Conlledo (2020), 42-44.

¹⁹¹ Así, Mitsch (2016), 262 ss.

¹⁹² Entre otros, Romeo Casabona (1981), 302 ss.

¹⁹³ Villacampa Estiarte (2003), 69.

del cuerpo es bien jurídico co-protégido en el tipo de lesiones la constituye el hecho de que -desde de la posición doctrinal que aquí se mantiene-, en los casos de IQ no consentidas, con resultado positivo, la responsabilidad penal por delito de lesiones dolosas no está en concurso ideal con el delito de coacciones. Y tampoco en los casos de IQ no consentidas, con resultado negativo, en los cuales el concurso ideal sólo hay que apreciarlo en relación con los resultados fallidos producidos: ulteriores lesiones o muerte¹⁹⁴.

De todo ello se deriva, por tanto, el cuestionamiento de la posición de quienes consideran que las intervenciones quirúrgicas no consentidas con resultado positivo o favorable no son lesiones típicas, sino únicamente un posible delito contra la libertad, excluyendo la integridad corporal y la salud como bienes jurídicos protegidos y colocando en su lugar la libertad del sujeto, y confundiendo, por tanto, el objeto de disposición con la facultad de disposición sobre el objeto¹⁹⁵. Lo correcto es apreciar que ya sobre la base de la falta de consentimiento del paciente procede en principio y en todo caso la sanción por lesiones: tanto si el resultado de la IQ es, desde el punto de vista médico, positivo como negativo. La exclusión del consentimiento del paciente como parte de la *lex artis*, así como el no reconocer la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo como bien jurídico coprotégido en el tipo de lesiones (sobre la cual se basa a su vez la conexión del bien jurídico salud personal con derecho al libre desarrollo de la personalidad)¹⁹⁶, contradice, además, el pilar fundamental en el que se asienta legalmente toda práctica de intervenciones quirúrgicas: la exigencia legal de consentimiento informado del paciente, esto es, el reconocimiento legal del principio de autonomía o autodeterminación del paciente (a la libre elección de terapia, etc.) como principio fundamental en las intervenciones quirúrgicas.

1.2.2. *El reconocimiento del principio de autonomía o autodeterminación del paciente como principio fundamental en las intervenciones quirúrgicas*

La posible responsabilidad penal derivada de la práctica de intervenciones quirúrgicas alcanza, como he indicado, tanto a las actuaciones imprudentes en la propia técnica de realización de una intervención adecuadamente consentida como a las intervenciones técnicamente correctas, pero precedidas de la ausencia de información que los profesionales sanitarios deben facilitar a sus pacientes para la obtención del necesario consentimiento informado. El profesional sanitario está obligado a una comunicación con el paciente en lo que se refiere a la información clínica y terapéutica. Desde el silencio sobre los derechos del paciente se ha pasado nada menos que a erigir el consentimiento informado en un derecho humano fundamental¹⁹⁷.

El consentimiento no puede considerarse como un mero formalismo, sino como un

¹⁹⁴ A favor también de apreciar este concurso ideal, Luzón Peña (Trat. s/a), 25/98

¹⁹⁵ Cfr. de Vicente Remesal (1999), 127 ss. 141 ss.

¹⁹⁶ De la amplia doctrina que destaca la conexión del bien jurídico salud personal con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cfr. entre otros, Berdugo (1982), 40 ss.; López Barja de Quiroga (1995), 447 ss., quien a su vez considera que la autodeterminación, la capacidad de disposición es, asimismo, bien jurídico protegido en el delito de lesiones; Corcoy Bidasolo (1999), 261 ss.; Laurenzo Copelo (2008), 439 ss.; Corcoy Bidasolo (2011), voz “*lex artis*”; Laurenzo Copelo (2008), 417 ss.; Guérez Tricarico (2012), 460 s.

¹⁹⁷ No obstante, esta especie de sublimación del consentimiento informado no debe conducir a lo que críticamente señala de Ángel Yagüez (2001), p. III-VII: a saber, a que “no pocas veces todo acaba no en lo que el médico hizo, sino en lo que dijo o no dijo y en lo que tenía que haber dicho”. Considerándolo, asimismo, con la categoría de derecho fundamental, Gutiérrez Santiago (2020), 223.

derecho que entronca con la dignidad de la persona, con la libertad y autodeterminación del paciente en la elección de alternativas en el ámbito de la salud.¹⁹⁸ Es inherente al derecho del paciente a su integridad corporal, a su facultad de autodeterminación, que le legitima para decidir libremente si consiente en el tratamiento médico, o lo rechaza aun cuando de ello pudiera derivarse su muerte¹⁹⁹. Como advierte la STC 120/1990, de 27 de junio²⁰⁰ la salud “afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás”. Toda persona tiene derecho “a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado”.

El fundamento del consentimiento informado en el respeto a la dignidad de la persona y a su libertad se corresponde con la concepción de que la salud no es sólo la ausencia de enfermedad, sino también el conjunto de condiciones físicas, psíquicas y sociales que permiten, de una manera libre y responsable, el desarrollo de la personalidad en toda su plenitud²⁰¹.

Toda intervención quirúrgica practicada a un paciente sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias, esto es, sin su consentimiento informado, (o sin su consentimiento presunto cuando aquella información no es posible), constituye una lesión al derecho del paciente a su integridad corporal y moral, reconocido en el art. 15 CE²⁰². El reconocimiento de este derecho fundamental implica, por una parte, la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas no consentidas por el paciente, salvo que de otra forma -por ejemplo, por razones de salud pública- se encuentren constitucionalmente justificadas²⁰³, y asimismo, por otra parte, una facultad de oposición, por parte del paciente, a la asistencia médica, basada en un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida.²⁰⁴

1.2.3. *La exigencia legal de consentimiento (informado) del paciente*

Es numerosa y detallada la normativa, tanto internacional como nacional, en la que se reconoce y regula la necesaria concurrencia del consentimiento informado del paciente y el derecho de éste a la autodeterminación como uno de los principios fundamentales en la práctica médica, y en particular de las intervenciones quirúrgicas. Me limitaré aquí a poco más que a mencionarla.

¹⁹⁸ Destacándolo en este sentido, cfr. la STS de 12 de enero de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:74], y la STC de 28 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TC:2011:37] en su fundamento jurídico nº. 5.

¹⁹⁹ En el mismo sentido, cfr. STC de 18 de julio de 2002 [ECLI:ES:TC:2002:154], fundamento jurídico nº 9.

²⁰⁰ STC de 27 de junio de 1990 [ECLI:ES:TC:1990:120].

²⁰¹ Art. 1.1. de la Normas de Deontología, de 21 de mayo de 1979, del Consejo General del Colegio Oficial de Médicos.

²⁰² En el mismo sentido, entre otras, STC de 12 de septiembre de 2005 [ECLI:ES:TC:2005:220], fundamento jurídico nº. 4; STC de 2 de julio de 2007 [ECLI:ES:TC:2007:160], fundamento jurídico nº. 2.

²⁰³ Cfr. STC de 28 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TC:2011:37], fundamento jurídico nº. 3. Asimismo, STC de 27 de junio de 1990 [ECLI:ES:TC:1990:120], fundamento jurídico nº. 8; STC de 19 de julio de 1990 [ECLI:ES:TC:1990:137] fundamento jurídico nº. 6.

²⁰⁴ Cfr. STC de 28 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TC:2011:37], fundamento jurídico nº. 3. Asimismo, STC de 18 de julio de 2002 [ECLI:ES:TC:2002:154], fundamento jurídico nº. 9.

En la normativa internacional²⁰⁵ cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, posteriormente desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales, y la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981, con sus enmiendas posteriores. Esta indica ya en su preámbulo que, si bien el médico siempre debe actuar de acuerdo con su conciencia y en el mejor interés del paciente, se deben hacer los mismos esfuerzos a fin de garantizar la autonomía del paciente. Y a esos efectos recoge y desarrolla en su articulado el derecho a la autodeterminación, el derecho a la dignidad, el derecho a la información, y el tratamiento de los supuestos concretos de paciente inconsciente o legalmente incapacitado y los casos excepcionales de tratamiento contra la voluntad del paciente. Especialmente relevantes en esta normativa internacional son, asimismo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido como Convenio de Oviedo, de 1997, (que reconoce ampliamente, en su Capítulo II, el derecho de autodeterminación del paciente) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, que contempla en su artículo 3 el Derecho a la integridad de la persona, estableciendo al respecto, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica, y que en el marco de la medicina y la biología se respetarán el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley, y la prohibición de las prácticas eugenésicas.

En la normativa nacional, aparte de lo que ya se ha expuesto en relación con la LAP²⁰⁶, el consentimiento informado y con ello el respeto al principio de autonomía o autodeterminación del paciente se reconoce y regula asimismo en leyes o normas referidas a supuestos concretos. Por ejemplo, en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, en la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente y, finalmente también (entre otras muchas normas), en la normativa sobre protección de datos en materia de documentación clínica; tanto en el ámbito nacional²⁰⁷ como comunitario.²⁰⁸

1.3. La necesidad de diferenciar entre intervención sin consentimiento e intervención con vicios de información

Una IQ válidamente consentida, evidentemente no atenta contra la autonomía del paciente aun cuando realice el tipo positivo de lesiones -incluso si el resultado final es

²⁰⁵ Un análisis detallado de los instrumentos internacionales de salvaguarda de la vida e integridad física como derechos humanos, en Flores Madrigal (2006), 170 ss.

²⁰⁶ Como se ha indicado, la LAP dispone que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento (informado) del paciente – por escrito, si se trata de una intervención quirúrgica- después de que el paciente haya recibido una información adecuada.

²⁰⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

²⁰⁸ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE: Reglamento general de protección de datos.

favorable-, por producir un menoscabo cuando menos transitorio de la integridad corporal del paciente o de su estado de salud. Pues lo determinante no es, como se ha indicado, que el saldo resultante posterior -lo cual implica la imposición de baremos valorativos ajenos al titular del bien jurídico- sea positivo en el balance final de pérdidas y ganancias²⁰⁹. En todo caso, la concurrencia de dicho consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta.

La cuestión es, por supuesto, muy distinta cuando la intervención se realiza sin el consentimiento válido del paciente. Pero es preciso diferenciar, a estos efectos, la intervención sin consentimiento o contra la expresa voluntad del paciente, y la intervención con vicios de información²¹⁰. Pues lo primero atentará en todo caso contra la autonomía o autodeterminación del paciente, mientras que lo segundo, la información incompleta, afectará o no al ejercicio de dicha autonomía en función del carácter de esos vicios de información. Esto es lo que se deduce de lo dispuesto por la LAP, sobre la base de que (bajo la proclamación del principio básico, del art. 2.2, según el cual, toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento del paciente, que debe obtenerse después de que el éste reciba una información adecuada) establece, por una parte, en el art. 4.1, que todo paciente tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informado, pero a su vez, por otra parte, que esto no obsta para que se exija el consentimiento, como expresa con toda claridad el art. 9.1.:” Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

La intervención quirúrgica que en todo caso afecta a la autonomía del paciente es, pues, la que se realiza sin recabar ni obtener su consentimiento (y por supuesto cuando concurre la oposición manifestada del paciente, o cuando su consentimiento se obtiene mediante violencia, intimidación, o engaño). Pero también aquélla en que los vicios de información son básicos, sustanciales o esenciales para dicha autodeterminación del paciente respecto de la intervención que se le practica. Uno de estos casos -como veremos posteriormente con más detalle²¹¹- es de las IQ practicadas por quien no reúne las condiciones legalmente requeridas, y sobre ello no ha informado al paciente, aunque sí lo haya hecho sobre el resto de los requisitos exigidos por el consentimiento informado.

La delimitación de los vicios básicos o esenciales respecto de aquellos otros que permiten afirmar que el paciente, a pesar de todo, ha accedido libre y voluntariamente a la intervención -a la concreta intervención que le van a practicar- no siempre es sencilla, como puede verse en el siguiente caso.

Por ejemplo, antes de la intervención de un carcinoma de cavum se descubre, en un segundo análisis, que el pólipo detectado a la paciente no era un pólipo flotante (de lo que se había informado a la paciente tras el primer análisis), sino de un pólipo fuertemente adherido, que implicaba una intervención mucho más complicada y peligrosa y una especial habilidad y experiencia del cirujano, para cuya realización éste carecía y de lo que no se informó a la paciente, a quien se le causó la ceguera por lesión del nervio óptico y su

²⁰⁹ Cfr. Puppe (2007), 3, quien acertadamente advierte que toda liquidación de beneficios y perjuicios para un bien jurídico implica la imposición de baremos valorativos ajenos al titular del bien jurídico.

²¹⁰ Sobre esta diferenciación y las distintas consecuencias derivadas de ello, cfr. de Vicente Remesal (2017d), 949-961. Establece también esta diferenciación Pantaleón Díaz (2019), 684.

²¹¹ *Infra*, III, 2.1.1.

fallecimiento días más tarde)²¹². En este caso, la paciente realmente no presta su consentimiento para la intervención que la van a practicar, sino para aquella otra, menos arriesgada, de la que había sido informada en un principio. No sólo se le causa una lesión en su integridad corporal y en la salud, sino que también resulta conculcada su autonomía personal en un aspecto básico o esencial, como el decidir que no le practiquen la intervención, o postularla para que la realice otro médico con mayor experiencia. El médico respondería penalmente del hecho.

Por el contrario, en la siguiente variante del ejemplo anterior concurriría un vicio de información no equiparable a la falta de consentimiento, con consecuencias distintas para el médico en cuanto a su responsabilidad penal: tras el segundo análisis se informó a la paciente del carcinoma de cavum de que se trataba de un pólipo fuertemente adherido, que debido a su mayor peligrosidad existía -aun actuando técnicamente de acuerdo con la *lex artis*- el riesgo de afectar al nervio óptico y causar una ceguera, como en realidad sucedió. Sin embargo, no se informó a la paciente del riesgo de que la anestesia general pudiese causarle una insuficiencia renal aguda, la cual sufrió la paciente tras la operación²¹³. A diferencia de los casos sin consentimiento (o equiparables), aquí no se lesiona la autonomía de la paciente, porque ésta consiente en la intervención, complicada y peligrosa, e incluso en el riesgo de poder quedar ciega. Si bien estas acciones sí realizan el tipo de lesiones (entre otras, la ceguera) aunque concurra un consentimiento válido, éste excluye respecto de ellas la responsabilidad penal del médico, en cuanto técnicamente también actuó de acuerdo con la *lex artis*. Dicha responsabilidad sólo cabe plantearla frente a los resultados vinculados a la insuficiencia de la información, esto es, los daños causados en los riñones. Respecto de ellos no sólo es discutible afirmar el desvalor de acción penalmente requerido, sino también su imputación objetiva por ese incumplimiento del deber de información²¹⁴. Por otra parte, mal se compadece apreciar esta responsabilidad con el hecho de que el médico informara a la paciente de la gran peligrosidad de la intervención y del grave peligro de la ceguera para que decidiera aceptarla o rechazarla. Cuestión distinta es la responsabilidad del anestesista. Si se admite -de acuerdo con la doctrina actual, frente a la antigua- la autonomía del consentimiento específico a la anestesia respecto del prestado a la intervención médica principal²¹⁵, lo que respecto del cirujano constituye un mero vicio o defecto de información (que incluso resultaría cubierto por el principio de confianza por la relación horizontal cirujano-anestesista en la división del trabajo)²¹⁶, es una omisión esencial por parte del anestesista.

2. Consecuencias

Las consecuencias que para las IQ no consentidas se derivan de la aplicación de los presupuestos anteriores ya se han explicado en gran medida. A continuación las expondré y comentaré resumidamente en relación con cada grupo de casos.

²¹² Cfr. de Vicente Remesal (2017d), 952

²¹³ Cfr. Díaz de León-Ponce, et al. (2005), 233-238.

²¹⁴ Cfr. Pantaleón Díaz (2019), 692 s.

²¹⁵ Cfr. Gutiérrez Santiago (2020), 231 ss.

²¹⁶ Cfr. de Vicente Remesal (2001), 95 ss.

2.1. *Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado positivo o favorable*

El tratamiento jurídico-penal de las las IQ no consentidas, con resultado positivo o favorable, es en principio similar en las IQ curativas y en las estéticas. Y a ambos casos afecta por igual la necesidad de explicar qué debe entenderse en ellos por resultado positivo o favorable. Puede decirse que son de este carácter (y no, por el contrario, fallidas) si se valoran exclusivamente desde un criterio médico. Pero no puede calificarse de positivo o favorable el resultado de las IQ practicadas sin o contra la voluntad del paciente, porque como se ha indicado sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar²¹⁷. Para la paciente esterilizada en contra de su voluntad no es positivo ni favorable un resultado que, por ejemplo -entre otras muchas posibilidades o alternativas- le cierra las puertas para acudir a otros especialistas más cualificados, que pudieran encontrar otra solución para evitar los peligros por futuros embarazos. Ni tampoco es positivo ni favorable el resultado para quien, orgulloso de su prominente nariz aguileña, se le ha transformado en otra sin su consentimiento.

Cuando en la IQ falta el consentimiento legalmente requerido, anteriormente detallado, la actuación médica deja de ser conforme a la *lex artis*, y no es adecuada social ni jurídicamente, aunque el resultado de la intervención sea médicamente positivo. Asimismo, no es posible calificar de legítima la actuación del médico y, en consecuencia, el ejercicio de la profesión no amparará la intervención ni como causa de atipicidad de adecuación social ni como causa de justificación²¹⁸.

2.1.1. *Las intervenciones quirúrgicas curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable*

Las IQ curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable -por ejemplo, los casos mencionados de la histerectomía (en la ampliación de la intervención, o mediante engaño) a la paciente que sólo había consentido para que le extirparan un mioma, o de la salpingectomía en contra de la voluntad expresa de la paciente-, para un amplio sector de la doctrina, no pueden dar lugar a responsabilidad por lesiones, sino únicamente, a lo sumo, por coacciones. Se basan para ello, como se ha indicado, en que, con la producción de ese resultado, médicamente correcto falta ya la tipicidad del delito de lesión por ausencia de “lesión”, y por tanto no hay desvalor de resultado, y asimismo falta el desvalor de comportamiento o de acción porque el médico actuó, con la finalidad de curar, de acuerdo con la *lex artis*²¹⁹. Ambas conclusiones -la de excluir las lesiones y la de castigar por coacciones- son difíciles de sostener.

Por una parte, la calificación por coacciones se enfrenta a graves problemas para resultar admisible. Es prácticamente inverosímil que una IQ se imponga con violencia al paciente, que es el requisito exigido por el tipo del art. 172.1. CP. Los casos más normales de IQ no consentidas son los que radican en engaño o en vicios de información²²⁰. Si se descarta (por inverosímil) la posibilidad de que concurra violencia, la única vía que queda es la del

²¹⁷ Roxin / Greco (2020), 13/21. En el mismo sentido, Cancio Meliá (2011), 515.

²¹⁸ En el mismo sentido, Luzón Peña (Trat. s/a), 18/97.

²¹⁹ Cfr., entre otros, Romeo Casabona (1981), 203 ss.; Mir Puig (2016), 53 ss.

²²⁰ Y esto lo reconocen incluso quienes defienden la calificación por coacciones. Cfr. entre otros, Villacampa Estiarte (2003), 70 s.

apartado tercero del art. 172: coacción de carácter leve, castigada con pena de multa de uno a tres meses. Esa es la pena que habría que imponer, por ejemplo, al médico en estos casos de extirpación de útero y de ligadura de trompas. Esta inaceptable consecuencia sirve para algunos de argumento para reclamar, como hemos visto, la introducción de un tipo de tratamiento médico arbitrario²²¹, o la agravación de la pena del delito de coacciones para estos casos²²². Pero más que (o antes que) para eso debe servir para reafirmar que en estos casos se cometen delitos, y muy graves, de lesiones, del art. 149 CP. Por otra parte, aunque se considere que el resultado curativo final es positivo (lo cual es cuestionable, como he indicado), la extirpación del útero y la ligadura de trompas causan -aunque fueran consentidas- un gravísimo daño a la integridad corporal, bien jurídico protegido en el tipo de lesiones, y un indudable daño (cuando menos inicial) a la salud, también bien jurídico protegido en el tipo. Y la ausencia de consentimiento del paciente, o su expresa voluntad contraria, en absoluto anulan ni son capaces de hacer desaparecer la lesión de esos bienes jurídicos. Antes al contrario, lo que sí originan, sin embargo, es (aparte de un evidente atentado contra la libertad) que el ejercicio de la profesión médica se convierta en ilegítimo e imposibilite por ello que opere, ni como causa de exclusión de la tipicidad por adecuación social (que sería lo procedente si éstas IQ hubieran sido consentidas) ni como causa de justificación (que como tal actuaría en las lesiones con resultado fallido, pero consentidas, porque aquí el médico sí habría actuado de acuerdo con la *lex artis*).

En conclusión, las IQ curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable, son constitutivas de delito de lesiones dolosas²²³. En los ejemplos referidos, la histerectomía por haber engañado a la paciente, y la salpingectomía practicada en contra de la voluntad expresa de la paciente, son indudablemente lesiones dolosas del art. 149 CP, y no meras coacciones únicamente²²⁴. Según las circunstancias, en las IQ sin consentimiento se podría apreciar la concurrencia de un un error de permisión (error de prohibición) por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente (piensa, por ejemplo, que la finalidad curativa es suficiente para justificar su decisión) o por extender demasiado los límites de una existente²²⁵.

Una observación más, finalmente, sobre la posición que defiende en estos casos la responsabilidad exclusivamente por coacciones. Sus partidarios deberían llegar a esa misma consecuencia -de responder sólo por coacciones- cuando la intervención quirúrgica la realiza quien carece de la condición legal de médico. Pero si bien son pocos quienes abordan este problema ya en relación con las IQ curativas consentidas, con resultado positivo, lo normal es que no lo planteen en estos casos de IQ no consentidas, con resultado positivo (ni tampoco en el fallido). *Mir Puig*²²⁶, por el contrario, sí se lo

²²¹ Cfr., entre otros, especialmente Zipf (1979), 577 ss.; Zipf (1988), 153 s.

²²² Sobre esta posibilidad, cfr. Romeo Casabona (1981), 289; Jorge Barreiro (1982), 17 s.

²²³ En esta misma línea, entre otros, Corcoy Bidasolo (1999), 273 ss.; Luzón Peña (2016a), 25/80; Cancio Meliá (2011), 513 ss.; Peñaranda Ramos (2019), 705 ss.; Pantaleón Díaz (2019), 689 s.; Roxin / Greco (2020), 13/26; Luzón Peña (Trat. s/a), 25/97.

²²⁴ Aunque estas IQ suponen también un grave y evidente atentado contra la libertad, no procede apreciar un concurso ideal de delitos, de lesiones y coacciones, porque éstas ya resultan copenadas con el delito de lesiones, debido a que la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en dicho tipo.

²²⁵ Así, por ejemplo, en el caso de la Cesárea: BGH Urteil vom 25.3.1988, Kaiserschnitt-Fall, (BGHSt 35, 246; NJW, Heft 37/1988, 2310; BGH, Urteil vom 25-03-1988 - 2 StR 93/88, Mutmaßliche Einwilligung

²²⁶ Mir Puig (2016), 18/57.

plantea, proponiendo en ambos casos el mismo tratamiento que para el médico que posee la condición legal requerida.

Completaré aquí lo que ya he indicado con anterioridad a este respecto²²⁷, destacando dos observaciones previas. Por una parte, que el tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por IQ practicadas por un sujeto que actúa como médico careciendo de la condición legal requerida para ello debe ser distinta (y nunca más favorable) a la de quien las practica de la misma forma poseyendo tal condición. Y, por otra parte, que las IQ curativas practicadas por el no titulado, aceptadas por el paciente -que la doctrina los considera en general como IQ curativas consentidas-, son IQ no consentidas y deben tratarse como tales. Pues sólo pueden calificarse de consentidas aquéllas en que quien las practica informa al paciente de que carece de la condición legal requerida, y el paciente, aun así, consiente en la intervención. « »

El planteamiento doctrinal es, resumidamente, el siguiente. En relación con las IQ curativas consentidas, con resultado positivo, considera *Mir Puig*²²⁸ que si alguien que carece de la condición legal de médico -por ejemplo, cuando el intruso practica una intervención quirúrgica, que afecta siempre a la salud- realiza objetivamente la misma conducta que efectuaría el médico, se trataría de una actuación médica «correctamente» realizada. Es significativo que *Mir* no emplee aquí la expresión «practicada de acuerdo con la *lex artis*», como hace cuando se refiere en general a las intervenciones médicas curativas. Afirmar la responsabilidad penal del intruso por estos conceptos cuando actúa igual que el médico -advierte *Mir*- resulta insatisfactorio. Y concluye: “el planteamiento aquí recogido, que niega la tipicidad de las lesiones en las operaciones curativas correctas y con éxito, y en otras muchas, por faltar una ‘lesión’ o no ser imputable a una conducta suficientemente peligrosa, resuelve favorablemente estos problemas también respecto al intruso, que al faltar la tipicidad no será tampoco punible (salvo por el delito de intrusismo)”²²⁹. Y finalmente, en relación con las IQ curativas no consentidas, observa *Mir* que “faltando el consentimiento, cabe también el mismo tratamiento propuesto más arriba para el médico”²³⁰.

Pues bien, este planteamiento y sus consecuencias son cuestionables, tanto en lo que se refiere a las IQ con resultado positivo como en las fallidas. Tomemos como ejemplo el caso de la ligadura de trompas, respectivamente, exitosa, o como consecuencia de la cual se causan daños en órganos o en vasos sanguíneos próximos.

Debe partirse de la base, como he indicado, que sólo son IQ curativas consentidas aquéllas en que el paciente consiente en la intervención conociendo que quien la practica reúne la condición legal requerida para ello, o que carece de la misma. Lo normal es que el paciente dé por supuesto que concurre dicha condición y asimismo que el médico, por ese motivo, no le informe expresamente al respecto. Por el contrario, el sujeto no titulado, que no reúne tal condición, debe informar al paciente de este extremo y se tratará de una IQ consentida cuando el paciente, aun así, acepte la práctica de la intervención.

En las IQ curativas consentidas (propiamente dichas, esto es, en el sentido indicado), con resultado positivo, ciertamente, respecto del médico y del sujeto no titulado no hay

²²⁷ Supra II, 3.2.2 y 3.3.

²²⁸ *Mir Puig* (2016),18/57.

²²⁹ *Mir Puig* (2016),18/57.

²³⁰ *Mir Puig* (2016),18/57.

diferenciación alguna en lo que se refiere a la causación de lesiones. Tanto las incisiones para practicar la ligadura de trompas como la propia salpingectomía son lesiones; realizan el tipo en sentido estricto, porque suponen un menoscabo de la integridad corporal y por tanto del bien jurídico²³¹. Pero en lo demás las acciones de ambos y su relevancia jurídico penal es distinta.

Sólo respecto del médico puede afirmarse la adecuación social y jurídica de su conducta, que supone una causa de exclusión del tipo indiciario de injusto. Se trata de una actuación jurídicamente adecuada (quien la practica reúne la condición legal exigida) en la que concurre asimismo su adecuación social, por su carácter absolutamente normal, esperado o apropiado, tanto en relación con el sujeto que la practica como en el resultado positivo de la intervención. Por el contrario, respecto del sujeto no titulado, su conducta no es social y jurídicamente adecuada y, por tanto, no existe causa de exclusión del tipo indiciario de injusto. Su actuación es jurídicamente no adecuada (por carecer de la condición legal exigida para la práctica de la IQ) y en ella asimismo falta la adecuación social en cuanto el sujeto que practica la IQ no se corresponde con lo que se considera normal, apropiado o esperado, aunque el paciente haya aceptado la intervención conociendo la carencia de titulación y el resultado haya sido tan positivo como el practicado por el médico.

Por otra parte, en el caso del médico, la adecuación social y jurídica de su conducta, que da lugar a la exclusión del tipo indiciario de injusto, va más allá, en sus consecuencias (ni siquiera se iniciará un procedimiento penal) que la aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica (por realizar la IQ el legalmente habilitado para ello y concurrir el consentimiento del paciente) y del art. 156, que prevé la exención de responsabilidad penal cuando estos casos se realizan «por facultativo», como expresamente dice ese artículo. Y, por supuesto, con dicha actuación médica se rebasan los efectos previstos por el art. 155 -imposición de la pena inferior en uno o dos grados- si en las lesiones ha mediado el consentimiento del ofendido. Algo muy distinto procede aplicar, sin embargo, al sujeto no titulado. Carecer de la condición legal requerida para la práctica de la IQ implica la imposibilidad de aplicar como causa de justificación el ejercicio legítimo de la profesión médica, pues el sujeto carece de los requisitos que jurídicamente le legitiman para dicha práctica. Y asimismo resulta excluida la aplicación del art. 156, en el cual, la mención de facultativo debe entenderse también como sujeto que posee la condición legal requerida. Por el contrario, nada obsta para la aplicación del art. 155, con la imposición de la pena inferior en uno o dos grados. Y éste sería el precepto aplicable en cuanto no cabe apreciar en estos casos una posible opción intermedia entre él y la exclusión de la antijuridicidad derivada de la adecuación social o de la justificación. En primer lugar, no cabe apreciar el ejercicio legítimo de la profesión médica como eximente incompleta, pues en estos casos no es que no concurra alguno de sus requisitos (como se desprende de lo que requiere el art. 21. 1^a), sino que falta ya en absoluto el presupuesto de la justificación en el que pueda basarse el citado art. 21. 1^a. En segundo lugar, tampoco concurren los requisitos que, sobre la base del principio de insignificancia o de la tolerancia social de la conducta, pudieran derivar en una exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal. Por una parte, en el sujeto que, consciente de su carencia de titulación, lleva a cabo la IQ, no concurre el conocimiento

²³¹ Luzón Peña (Trat. s/a), 20/21.

y la voluntad de realizar esa intervención como algo legítimo y autorizado, es decir, con representación subjetiva de la justificación. El conocimiento de la no concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación impide asimismo invocar un error de tipo. Por otra parte, tampoco se puede considerar carente de importancia desde el punto de vista social (ni tampoco oficial: prueba de ello es la tipificación del intrusismo), y por tanto como algo socialmente tolerable, realizar intervenciones quirúrgicas sin tener la titulación requerida para ello, pues el riesgo que toda IQ entraña, incluso cuando la practica el médico adecuado, se incrementa en esos casos.

Ahora bien, no es descartable que en determinados supuestos quepa apreciar según las circunstancias alguna atenuación de la pena (que le diferenciaría respecto de un tercero que sin finalidad curativa causa lesiones consentidas). Por ejemplo, por error de prohibición vencible, sobre la existencia o el alcance de una causa de justificación -que supondría una rebaja añadida de la pena, en uno o dos grados-, por considerar el sujeto no titulado que su actuación estaría justificada en estos casos por concurrir una finalidad curativa y el consentimiento del paciente debidamente informado en todos los aspectos. Y a esto podría añadirse también, según fuese el caso, la aplicación analógica²³² de una atenuante por móvil altruista²³³.

En las IQ curativas consentidas, con resultado fallido (en la operación de ligadura de trompas se causan daños en órganos o en vasos sanguíneos próximos), practicadas por el médico titulado, si bien, como he indicado, no se excluye la tipicidad ya indiciaria, cabe apreciar la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica. Por el contrario, por los motivos que se acaban de exponer, al sujeto que no posee la condición legal requerida para la práctica de la intervención quirúrgica no le es aplicable dicha causa de justificación, tanto en relación con la ligadura de trompas como con los daños en los órganos o en vasos sanguíneos próximos.

Finalmente, en correspondencia con lo dicho acerca de qué debe entenderse por IQ curativas consentidas, son IQ no consentidas (aparte de las consideradas normalmente como tales) las practicadas por quien no reúne las condiciones legalmente requeridas, y sobre ello no ha informado al paciente, aunque sí lo haya hecho sobre el resto de los requisitos exigidos por el consentimiento informado. Al igual que en las IQ consentidas, tampoco aquí, en las no consentidas -sean éstas de resultado positivo o fallido- la responsabilidad del sujeto que carece de la condición legal requerida para practicar la IQ no es igual que la del médico -como entiende la doctrina²³⁴- sino más grave. La posible responsabilidad por intrusismo (e incluso además por otros delitos, según los casos, estafa, etc.)²³⁵, se añadiría -en las IQ con resultado positivo- a las que acabamos de ver corresponderían al médico. Y en las de resultado fallido, como veremos, a las de las lesiones graves, del art. 149, por la ligadura trompas, en concurso ideal con las de los daños en los órganos próximos.

²³² Cfr. Montiel Fernández (2008), 57 ss., 304 ss.; Montiel Fernández (2013), 9-13, 21-23, 26.

²³³ Cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/98, quien -refiriéndose a las IQ consentidas, practicadas por un médico, con resultado positivo- contempla la posibilidad de aplicar en algún caso una atenuante por el móvil altruista o por un error de prohibición vencible del médico.

²³⁴ Mir Puig (2016), 18/57

²³⁵ Por ejemplo, la STS de 23 de marzo de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:1834], ratifica la del tribunal de instancia, que condena al procesado como autor criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de intrusismo, de un delito continuado de estafa y de cuatro delitos de lesiones causantes de deformidad.

2.1.2. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable*

Las mismas observaciones y conclusión expuestas sobre la IQ curativas son aplicables, *mutatis mutandis*, a las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable. Son constitutivas de delito de lesiones dolosas, incluso en el caso -extraño, ciertamente- del cirujano que, por mero capricho, sin el consentimiento del paciente transforma a éste su nariz grande y aguileña -de la que el paciente se sentía muy orgulloso- en una nariz perfecta conforme a los cánones de belleza.

Quienes consideran que el criterio decisivo es la producción de un resultado que socialmente se considere positivo, dirán que en estos casos no cabe hablar de lesión²³⁶. Ciertamente, si la nariz grande y aguileña se ha convertido en una nariz perfecta conforme a los cánones de belleza, difícilmente puede hablarse, en cuanto al resultado, de deformidad en el sentido de los arts. 149 y 150 CP. Pero también aquí, al igual que en las IQ curativas, lo decisivo no es sólo el saldo final (compensación de los perjuicios por los beneficios) en la salud, o en la apariencia física, sino también los menoscabos transitorios en la integridad corporal producidos necesariamente por el procedimiento quirúrgico para conseguir el resultado²³⁷. Y asimismo, tanto en las IQ curativas como en las estéticas, la responsabilidad por lesiones también radica en el incumplimiento de la *lex artis* correctamente entendida (en la que, por faltar el consentimiento, no legitima la intervención) y en no respetar el principio de autonomía o autodeterminación del paciente; también de éste, que se sentía muy orgulloso de su nariz. El respeto a la autodeterminación del paciente respecto de su salud personal comprende también la intangibilidad de su apariencia física sin su consentimiento.

Comparto la opinión de *Peñaranda Ramos*²³⁸, quien -refiriéndose asimismo a un ejemplo semejante de rinoplastia-, considera que “la modificación de su apariencia física así producida sólo puede estar permitida si existe un consentimiento al respecto”. E igualmente cuando acto seguido observa que, en ausencia de consentimiento, “nos hallamos ante una lesión del bien jurídico de la salud personal, que -con referencia a la integridad corporal- abarca no sólo la ausencia de enfermedad, sino también la intangibilidad de la apariencia física de la persona”, y que, “aparte de ello, si falta el consentimiento tampoco se puede excluir la consideración como lesiones típicas y antijurídicas de los menoscabos en su salud e integridad transitoriamente ocasionados al ofendido hasta su restablecimiento”. Discrepo, sin embargo, de su subsiguiente opinión, en la que basa su crítica al que denomina inoportuno desdoblamiento entre tratamientos médicos curativos y no curativos: “cuando ese consentimiento está presente la valoración de la actividad del médico o del cirujano no puede ser sustancialmente diferente: en uno y otro tipo de casos falta por igual al comportamiento un significado lesivo que hubiese de ser justificado a través del consentimiento”. En mi opinión, el significado lesivo no falta por igual en ambos casos. Antes al contrario, es

²³⁶ En este sentido, Mir Puig (2016), 52.

²³⁷ Como observa Pantaleón Díaz (2019), 691, esta compensación (*compensatio lucri cum danno*) tampoco es admisible a los efectos de la responsabilidad civil del médico por los daños físicos temporales causados al paciente por la intervención, aunque redunde para éste en beneficios a largo plazo.

²³⁸ Peñaranda Ramos (2019), 705, n. 20, quien a su vez remite en este sentido a otro trabajo suyo anterior: Peñaranda Ramos (2003), 343.

precisamente el consentimiento el que puede dar lugar, en unos casos, a que falte ya de entrada (por ausencia de significado lesivo) toda relevancia jurídica, o a que actúe como causa de justificación²³⁹.

2.2. *Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo*

Desde la posición que aquí se mantiene, el resultado fallido de las IQ no consentidas (sean curativas o estéticas, y sean sin el consentimiento del paciente o contra su voluntad expresa) no supone -en cuanto a la calificación de delito de lesiones- ningún cambio frente a las IQ no consentidas, con resultado positivo. También son constitutivas de lesiones típicas, dolosas, pero el resultado fallido puede dar lugar a una responsabilidad penal más grave.

Por el contrario, para la doctrina que califica únicamente de coacciones las IQ no consentidas, con resultado positivo, el resultado fallido implica la realización del tipo de lesiones, pero esa doctrina apunta ciertas dudas acerca de si la calificación de lesiones debe restringirse a los casos de expresa oposición del paciente.

2.2.1. *Las IQ curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo*

En los casos de IQ curativas sin el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo -por ejemplo, la paciente a quien mediante engaño se le practicó la histerectomía murió como consecuencia de una hemorragia vaginal postquirúrgica²⁴⁰-, aunque desde el punto de vista técnico el médico haya actuado de acuerdo con la *lex artis*, ni las lesiones causadas por la propia intervención (la histerectomía), ni los resultados negativos de la misma (la muerte de la paciente) pueden estar justificados por el ejercicio de la profesión médica, pues éste ya no es un ejercicio legítimo por faltar el consentimiento legalmente requerido del paciente²⁴¹. La responsabilidad del médico en este supuesto sería, por una parte, la misma que correspondería a esa IQ con resultado positivo -esto es, lesiones dolosas del art. 149 CP- y, por otra parte, la que se añadiría a ella, en concurso ideal, por la muerte de la paciente: la de homicidio, normalmente doloso eventual. Si el médico, como se ha indicado, actuó técnicamente de acuerdo con la *lex artis*, la apreciación de homicidio imprudente sólo podría radicar en imprudencia inconsciente, por no prever la hemorragia postquirúrgica que causó la muerte²⁴².

En nada cambia las cosas el hecho de que estas IQ curativas se hayan realizado sin respetar la oposición expresa del paciente. Así, en nuestro ejemplo, si la paciente a quien se le practicó la ligadura de trompas, a la que se opuso expresamente antes de ser atendida para la práctica de una cesárea, muere como consecuencia de la intervención.

No resulta de recibo, por tanto, la posición que considera justificadas las lesiones por ejercicio de la profesión médica y aprecia sólo coacciones (aplicando, en definitiva, el

²³⁹ Cfr. en este sentido, Luzón Peña (2016a), 25/78, 79; Luzón Peña (Trat. s/a), 25/ 95, 96.

²⁴⁰ Sobre ésta y otras complicaciones en la cirugía ginecológica, cfr. Recari / Oroz / Lara (2009), 65 ss.

²⁴¹ Lo mismo sería aplicable en los casos, ciertamente extremos, en los que, como he indicado, la actuación del médico es aún peor que la del navajero, por aprovecharse de su condición para realizar el hecho. Cfr. de Vicente Remesal (2017c), 89 s.

²⁴² En el mismo sentido, de apreciar ese concurso ideal, cfr. Luzón Peña (Trat. s/a), 25/98.

mismo tratamiento que a los casos en los que -en su opinión- falta la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de lesión). Sin embargo, *Mir Puig*²⁴³, quien asimismo comparte la calificación de coacciones en esos supuestos de ausencia de lesión, considera, por el contrario, que si no cabe acudir a un estado de necesidad, en las IQ fallidas practicadas sin consentimiento “resulta preferible entender que no constituyen meras coacciones, sino homicidios o lesiones imprudentes”. Parece que esto lo aplica tanto a los casos realizados sin consentimiento como a los practicados contra la voluntad expresa. Pero en cualquier caso, sin duda a estos últimos: “Me parece difícilmente admisible considerar que en tales supuestos la persona lesionada o muerta por haber sido sometida *contra su voluntad*, y sin que lo justifique un estado de necesidad, al peligro de una intervención, sólo ha sido objeto de un atentado contra su libertad de obrar y no contra su salud o vida”.

Dejando ahora de lado la cuestión de si el estado de necesidad puede justificar una IQ de la que consta -o se presume fehacientemente- la oposición del paciente²⁴⁴, en lo que se refiere al tema central en este momento lo más oportuno es entender que la calificación por coacciones se excluye en ambos casos; sin y contra la voluntad del paciente. Entre otras razones, porque si sólo se excluyera en los casos de *contra* la voluntad del paciente (únicos en los que es pensable la violencia), eso significaría denominar coacciones a los meros engaños, que son los normalmente concurrentes en estos casos, y restringir el tipo del art. 172 únicamente a su punto 3. Un verdadero contrasentido.

2.2.2. *Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo*

Por otra parte, finalmente, las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo, tienen igual tratamiento que las curativas del mismo carácter. Así, retomando el ejemplo ya expuesto, si el paciente de la gran nariz aguileña a quien sin su consentimiento se la transformaron en una preciosa nariz, muere posteriormente como consecuencia de una infección causada en la intervención, el médico respondera por lesiones y homicidio.

IV. RESUMEN DE CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo he ido exponiendo en cada apartado mi posición personal y las conclusiones correspondientes, que aquí, para evitar redundancias, resumo en lo esencial.

Las intervenciones quirúrgicas –tanto si resultan exitosas o satisfactorias como fallidas, e independientemente del consentimiento del paciente y de si la intervención se realiza técnicamente conforme a la *lex artis*- implican un inevitable menoscabo, médicamente necesario, de la integridad corporal. En consecuencia, realizan en principio el tipo de lesiones en cuanto en él la integridad física es, además de la salud, bien jurídico protegido. Ahora bien, en las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable, y llevadas a cabo por el profesional en quien concurren las condiciones legales requeridas para ello, resulta excluida la antijuridicidad por exclusión ya de la tipicidad indiciaria -por

²⁴³ Mir Puig (2016), 18/56.

²⁴⁴ Sobre esta cuestión, cfr. de Vicente Remesal (2019), 407-409.

ausencia de indicio de injusto- debido a la correspondencia del hecho con lo que constituye un proceso absolutamente normal en el marco del orden social establecido. En las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo, dicha exclusión de la antijuridicidad sólo cabe apreciarla, sin embargo, por aplicación de una causa de justificación: por el ejercicio legítimo de la profesión médica, lo cual sucede en la mayoría de los casos, pero siempre que el médico lleve a cabo la intervención de acuerdo con la *lex artis*, que incluye el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, y no sólo la realización técnicamente correcta de la intervención. Finalmente, cuando en la intervención quirúrgica falta el consentimiento legalmente requerido, la actuación médica deja de ser conforme a la *lex artis*, y no es adecuada social ni jurídicamente, aunque el resultado de la intervención sea médicamente positivo. Asimismo, no es posible calificar de legítima la actuación del médico y, en consecuencia, el ejercicio de la profesión no amparará la intervención ni como causa de atipicidad de adecuación social ni como causa de justificación. Las intervenciones quirúrgicas curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable son constitutivas de delito de lesiones y, por supuesto, también las de resultado fallido, desfavorable o negativo.

Bibliografía

- ADAMIETZ, Laura (2006), “Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität (Bundesverfassungsgericht-Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvL 3/03)”, en: *Kritische Justiz*, 2006, Vol. 39, No. 4 (2006), 368-380.
- ANTÓN ONECA, José (1965), „Notas críticas al Código pena. Las lesiones“. *Estudios penales en homenaje al P. Pereda*. Universidad de Deusto, Bilbao., 791-798.
- ASÚA BATARRITA, Adela (1995), „Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal“, en: *Jano Medicina y Humanidades* - Marzo 1995 - V: XLVIII- N: 1114, 45-54.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1990), “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, en *Poder Judicial*, Nº extraord 12, 1990 (Ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal), 147-162.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1979), “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 32, Fasc. 2, 1979, 491-500.
- BAUMANN, Jürgen (1960), „Implizierte Rechtswidrigkeit bei Tatbestandsfassung“, en: *Juristen-Zeitung*, 1. Januar 1960, 15. Jahrg., Nr. 1 (1. Januar 1960), 8-10.
- BAUMSLAG, Naomi (2005), *Murderous Medicine: Nazi Doctors, Human Experimentation, and Typhus*. Praeger Publishers, Westport, Connecticut.
- BAUMSLAG, Naomi / SHMOOKLER, Barry M. (2017), “Typhus Epidemic Containment as Resistance to Nazi Genocide”, en: Michael A. Grodin (ed.), *Jewish Medical Resistance in the Holocaust*, Berghahn Books, New York, Oxford, 39-48.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco / CRUZ BLANCA, María José (2009) “La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica”, en: Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) / Suárez López, José María (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson S. L. Madrid, 155-200.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1981), “El consentimiento en las lesiones”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, 14, 1981, 203-221.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1982), *El delito de lesiones*. Ed. Univ. de Salamanca, Salamanca.
- BOCKELMANN, Paul (1961a), “Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht”, en: *Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie*, 298 (1961), Springer Verlag, 852–878.

- BOCKELMANN, Paul (1961b), “Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht”, en: *Neue Juristische Wochenschrift, NJW*, 1961 945-951.
- BOCKELMANN, Paul (1962), “Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten”, en: *Neue Juristenzeitung*, 1962, 525-529.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2011), “Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus spanischer Perspektive”, en: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 507-522.
- CEREZO MIR, José (1998), *Curso de Derecho penal español, Parte general. Tomo II, Teoría jurídica del delito*, 6ª. ed., Tecnos, Madrid.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999), “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, en: *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*. (Libro Homenaje al profesor Doctor Don. Ángel Torío López), Ed. Comares, Granada, 261-284.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2011), Voz “Lex artis”, en: Romeo Casabora, Carlos María (Dir.) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Ed. Comares, Granada.
- DA COSTA ANDRADE, Manuel (1990), *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Disertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, Coimbra. (Existe edición de 2004, de la misma editorial, coincidente en el contenido y la paginación)
- DA COSTA ANDRADE, Manuel (2004), *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2001), “Prólogo” al libro de GALÁN CORTÉS, Julio César (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, p. III-VII.
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz (1994), *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Ed. Colex, Madrid.
- DE LOS REYES, M./ARIMANY, J. (2003), “Capítulo 6. Aspectos éticos y legales”, en: Bayés de Luna, Antoni, et al. (2003) *Cardiología Clínica*, ed. Masson S.A., Barcelona.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (1999), “Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en: Luzón/Mir (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw-Hill, Madrid, 113-154.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2001), “Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito médico”, en: *Revista Controversia*, del Ilustre Colegio de Abogados de Ourense, segunda época, Outono 2000, 91-113. <https://www.revistacontroversia.es/>
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2013), “Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo: (un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes)”, en: *Revista de Derecho Penal*, Ed. Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 39-68.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017a), “Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica”, en: *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. nº 7, 2018 (agosto), 259-288.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017), “Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung“, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Festgabe für Santiago Mir Puig zum 70. Geburtstag*, 12/2017, 689-698.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017c), “La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto”, en: *ForoFICP*, 2017-2, 83-94.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2017d), “Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica versus prohibición de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal”, en: Castiñeira Palou, Mª Teresa / Corcoy Bidasolo, Mirentxu / Queralt Jiménez, Joan Josep / Silva Sánchez, Jesús María (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B. de F. Julio César Faira, editor, Buenos Aires, 949-961.

- DE VICENTE REMESAL, Javier (2018), “Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº 124, mayo 2018, pp. 63-108.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2019), “Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación”, en: Manuel Cancio Meliá / Mario Maraver Gómez / Yamila Fakhouri Gómez / Daniel Rodríguez Horcajo / Gonzalo Javier Basso (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM ediciones, Madrid, 401-414.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2020), “Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-03 (2020), 1-52.
- DE VICENTE REMESAL, Javier (2021), “Gestión de riesgos y seguridad del paciente: la limitada eficacia preventiva de las respuestas punitivas”, en: *ForoFICP*, 2021-1, 85-113.
- DE VICENTE REMESAL, Javier / GARCÍA MOSQUERA, Marta / RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio (2016), “Análisis de errores médicos y eventos adversos en el ejercicio de la profesión médica a partir de la jurisprudencia penal”, en: *Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)*, 2016-1, abril 2016, 49-64.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (1996), “La regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código Penal de 1995”, en: *Poder Judicial*, Nº 43-44, 1996, 193-224.
- DÍAZ DE LEÓN-PONCE, M. A., et al (2005), “El riesgo del procedimiento anestésico en la función renal”, en: *Revista Mexicana de Anestesiología*, vol. 28. no. 4, octubre-diciembre 2005, 233-238.
- DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María (1964), *La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, Nauta Claraso, Barcelona.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (1994), “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal”, en: *Huarte de San Juan, Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Derecho*, 1-1994, Universidad Pública de Navarra, 103-127.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2013), “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, en: Francisco Javier Álvarez García, Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, Pilar Gómez Pavón, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Amparo Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, tirant lo blanch, Valencia, 491-544.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2014), “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, en: Rosario de Vicente Martínez (dir.), Antonio Millán Garrido (coord.), *Dopaje deportivo y Código mundial antidopaje*, Colección de Derecho deportivo, ed. Reus, Madrid, 35-76.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2020), “La responsabilidad penal en el deporte”, en: *Máster en Derecho deportivo, Módulo 4, Tema 6.1.B, X (XVI) edición, 2019-2021, INEFC*, Universitat de Lleida.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2021), “Criminalidad y Deporte”, en: Gamero Casado, Eduardo / Millán Garrido, Antonio (eds.), *Manual de Derecho del deporte*, ed. Tecnos, Madrid, 912-968.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2007), *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. 2ª. ed. Ed. Lex Nova, Valladolid.
- ESER, Albin (1985), “Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 97-(1985), Heft 1, 1-46.
- ESER, Albin (1988), “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica”, en: Mir Puig, Santiago (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho penal*, PPU, Barcelona, 7-40.
- ESER, Albin (2014), “§ 223”, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.
- FARALDO CABANA, Patricia (1999), “Algunos aspectos del delito de intrusismo”, en: Miguel Juane Sánchez, Javier Sanz Larruga, Jose María Gómez y Díaz-Castroverde (coords.) *Lecciones de derecho sanitario*, 555-568.

- FARALDO CABANA, Patricia (2002b), “Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores”, en: Luis Ramón Ruiz Rodríguez (ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 157-186.
- FISCHER, Thomas (2021), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68. Auflage, C.H. Beck, München.
- FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia (2006), “El derecho a la protección de la vida e integridad física”, en: David Cienfuegos Salgado, María Carmen Macías Vázquez (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 139-180.
- FREUND, Georg (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*. 2. Aufl. Springer Verlag. Berlin, Heidelberg. 359
- FRISCH, Wolfgang (2011), “Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB)”, en: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 485-506.
- GIESEN, Dieter (1990), *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, Mohr, Tübingen.
- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio (2019), *Medicina Legal y Toxicología*, 7ª ed., de Enrique Villanueva Cañadas, Elsevier España, Barcelona.
- GLEIXNER-EBERLE, Elisabeth (2014), *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger. Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht*. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, (2008), *La responsabilidad penal del médico*. 2ª. ed. Ed. Tirant lo blanch. Valencia.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. Carmen (2016), “Daño desproporcionado: ¿presunción de culpa o facilidad probatoria? una buena sentencia sobre responsabilidad médica. STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 240/2016, de 12 de abril (RJ 2016\1334)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 17/2016, 264-269.
- GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2011), *Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo*, Tesis doctoral. <https://repositorio.uam.es>
- GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2011), *El tratamiento médico curativo y su licitud. El papel del consentimiento del paciente*. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2020), *Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista. (Bases teóricas y análisis jurisprudencial)*, ed. Reus, Madrid.
- HENGSTENBERG, Nike (2013), *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Zu den "Risiken und Nebenwirkungen" eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (1983), *El delito de coacciones*, 2ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- HIRSCH, Hans-Joachim (1999), “Zur Frage eines Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung”, en: Gössel / Triffterer (Eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 353-375.
- HOYER, Andreas (2018), “§ 54. Strafrechtlicher Schutz der körperlichen Integrität”, en: Gerhard Igl / Felix Welti (eds.), *Gesundheitsrecht. Eine systematische Einführung*, 3ª. ed., Verlag Franz Vahlen, München, 564-577.
- JANDA, Constanza (2016), *Medizinrecht*, 3. Aufl. UVK Verlagsgesellschaftm, Konstanz, München.
- JANDA, Constanza (2019), *Medizinrecht*, 4. Aufl. UVK Verlagsgesellschaftm, Konstanz, München
- JERICÓ OJER, Leticia (2013), “Consentimiento informado, actuación médica y derecho penal”, en: José Francisco Alenza García (dir.), María Luisa Arcos Vieira (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978), *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ª. ed. Duncker & Humboldt, Berlin. (hay traducción de esta edición, con adiciones de Derecho español, por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, publicada, en dos volúmenes, por Bosch Casa Editorial, Barcelona).
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin. (hay traducción de esta edición, realizada por Miguel Olmedo Cardenete, publicada en 2014 por la Instituto Pacífico, Breña Central-Lima, Perú).
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas (1996), Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol I y II (traducción de Miguel Olmedo Cardenete del *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª. ed. Duncker & Humblot, Berlin), Instituto Pacífico, Breña Central-Lima, Perú.
- JOECKS, Wolfgang (2012), “§ 223. Körperverletzung”, en: Joecks/Miebach (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, §§ 185–262 StGB, 2. Aufl. Verlag C. H. Beck, München.
- JORGE BARREIRO, Agustín (1982), “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 16, 1982, 5-34.
- JORGE BARREIRO, Agustín (1990), *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid.
- JORGE BARREIRO, Agustín (2017), “Aproximaciones al estudio del Derecho penal sanitario”, en: Castiñeira Palou, Mª Teresa / Corcoy Bidasolo, Mirentxu / Queralt Jiménez, Joan Josep / Silva Sánchez, Jesús María (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B. de F., Buenos Aires, 617-642.
- KRAUß, Detlef (1979), “Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung”, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 557-572.
- KREY, Volker (2008 b), *Strafrecht Besonderer Teil. Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, 14. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian (2018), *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 29. Aufl. C. H. Beck Verlag, München.
- LAURENZO COPELO, Patricia (2008), “Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 417-446.
- LILIE, Hans (2005), “Vor § 223. Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit. Vorbemerkungen zum Siebzehnten Abschnitt Siebzehnten Abschnitt; §§ 223: Körperverletzung, §224: Gefährliche Körperverletzung”, actualización 15.12.2000, en: Hans Lilie, Hans Joachim Hirsch, Günter Gribbohm, Ernst Träger, Wilhelm Schluckebier, Gerhard Altvater, Wolfgang Ruß, Gerhard Herdegen y Klaus Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin, New York.
- LIPPERT, Hans-Dieter (1995), “§ 8, Aufklärungspflicht”, en: Rudolf Ratzel, Hans-Dieter Lippert (eds). *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, 4. Auflage, Springer, Heidelberg, 98-11.
- LOOSE, Andrea (2003), *Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Behandlung und Forschung*. Tenea Verlag für Medien, Berlin.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1995), “El consentimiento informado”, en: *Cuadernos de Política Criminal*, 1995, 447-479.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2006). “Vernünftige Annahme (objektiv unvermeidbarer Irrtum) und mutmaßliche Einwilligung: erlaubtes Risiko oder Straftatbestandsausschließungsgrund”, en: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006-5, *Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag*, 317-323.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2011), “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, en: *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), 1-21.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2012), “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y

- equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones)”, en: *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 0, 2012 (junio), 17-35.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016a), *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ª. ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016b), “Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad.”, en: *Revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)*, 2016, abril 2016, 39-49.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Trat. s/a), *Tratado de Derecho Penal. Parte General* [en preparación].
- MIR PUIG, Santiago (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada. Ed. Reppertor, Barcelona.
- MITSCH, Wolfgang (2019), “Freispruch Einwilligung und Einwilligungssurrogate – insbesondere bei ärztlichen Heileingriffen”, en: Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C. (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*, Bd. 24 (2016). Themenschwerpunkt: Neue Entwicklungen in Medizinrecht und -ethik / New Developments in Medical Law and Ethics, JRE, Band 24, 2016, 262-273.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamento y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal*. Tesis Doctoral. <https://www.tdx.cat/handle/10803/7304?show=full>. Barcelona.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, “Regulaciones de excepción y prohibición de analogía”, en: *InDret* 3/2013, Barcelona.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2009) “Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica”, en: Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) / Suárez López, José María (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson S. L. Madrid, 81-121.
- MOYANO GARCÍA, Ricardo, “Consentimiento del paciente e imprudencia médica”, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993-I, 477-489.
- MÜLLER, Frank (2001) “Operationserweiterung”, en: Claus Roxin / Ulrich Schroth (Eds.) *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*. 2. Auflage. Richard Boorberg Verlag. Suttgart, München, Hannover, Berlin, Weismar, Dresden, 31-51.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2019), *Derecho penal. Parte Especial*. 22ª ed. Tirant lo blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2019), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, tirant lo blanch, Valencia.
- PAEFFGEN, Hans-Ulrich / ZABEL, Benno (2017), “§ 228 Einwilligung “, en: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (ed.), *Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta (2018), “Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1)”, en: *Diario La Ley*, núm. 9277, Sección Doctrina, 11 de octubre de 2018. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 1-10.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta (2019), “Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado”, en: Manuel Cancio Meliá / Mario Maraver Gómez / Yamila Fakhouri Gómez / Daniel Rodríguez Horcajo / Gonzalo Javier Basso (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 683-696.
- PAEDES CASTAÑÓN, José Manuel (1990), “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones juridico-penales”, en: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1990 633-656.
- PARZELLER, Markus / WENK, Maren / ZEDLER, Barbara / ROTHSCILD, Markus (2007), “Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen”, en: *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 104, Heft 9. März 2007, 576-586.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2019), “Lesiones (1)”, en: Miguel Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 343-396.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2019), “El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico”, en: Manuel Cancio Meliá / Mario Maraver Gómez / Yamila Fakhouri Gómez / Daniel Rodríguez Horcajo / Gonzalo Javier Basso (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 697-712.
- PFEIFFER, María Luisa (2006), “El trasplante de órganos: valores y derechos humanos”, en: *Persona y Bioética*, vol. 10, nº. 2, julio/diciembre 2006, Ed. Universidad de la Sabana, Chía - Cundinamarca – Colombia, 8-25.
- PONS-CASTELLANOS, Joan, et. al (2019), „Análisis de las reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica relacionadas con la mastopexia / Analysis of claims based on alleged medical professional liability related to mastopexy“, en: *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45. núm. 4, (Octubre - Diciembre 2019), 143-146.
- PUPPE, Ingeborg (2007), “ La justificación de la intervención médica curativa ”, en: *InDret* 1/2007, 1-14.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015), *Derecho penal español. Parte Especial. 7.ª ed.*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RECARI ELIZALDE, Eva. / OROZ TORRES. Luis Carlos / LARA, J.A. (2009), “Complicaciones de la cirugía ginecológica”, en: *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol.32, supl.1, 2009, Pamplona, 65-79.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1992), *Derecho penal español. Parte Especial. 15ª ed.* Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción (2006), “Medicina satisfactiva”, en: María del Carmen García Garnica / Antonio Orti Vallejo (coords.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio (2017), "El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-03, 1-59.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (1981), *El médico y el derecho penal. Volumen I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (1986), *El médico ante el derecho. La responsabilidad civil y penal del médico*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones. Madrid.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (1999), “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, en: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 923-948.
- ROMEO MALANDA, Sergio (2013), "Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes", en: *Cuadernos de Política Criminal*, número 110. Septiembre 2013, 73-113.
- ROMEO MALANDA, Sergio (2015), “Los denominados ‘tratamientos médicos arbitrarios’ ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014”, en: *Revista penal*, nº 35, 2015, 173-188.
- ROXIN, Claus (1974) “Über die mutmassliche Einwilligung”, en: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/ Schreiber/Jakobs/Loos (Eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 447-475.
- ROXIN, Claus (1997), *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (Trad. y Notas de Luzón/ Díaz/ Paredes/de Vicente, de la 2ª. ed. alemana Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Beck, München, 1994), Ed. Civitas, Madrid.

- ROXIN, Claus (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. Verlag C.H. Beck, München.
- ROXIN, Claus / GRECO, Luis (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, C. H. Beck, München.
- SCHLACK, Andrés (2012), “El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, RDUCN*, Año 19 - N° 2, 2012, Coquimbo (Chile), 275-298.
- SCHLEHOFER, Horst (2020), “§ 40. Einwilligung”, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts: Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil, I*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst / ESER, Albin / (2019), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. C. H. Beck Verlag, München.
- SCHROTH, Ulrich (2007), „Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation, en: Roxin/Schroth (eds.), en: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart.
- SEVILLA LÓPEZ, Sebastián / VAQUERO CACHO, Manuel / MENAL MUÑOZ, Patricia / JIMÉNEZ MERCHÁN, Rafael, “Incisiones y vías de abordaje quirúrgicas”, en: *Archivos de Bronconeumología*, 2011, 47 (Supl 8), Elsevier España S. L. Barcelona, 21-25.
- SOMMER, Ulrich (2006), *Arztstrafrecht. Skript zum Fachanwaltskurs Medizinrecht 2006 KAV*. <http://www.dr-sommer.de/publikationen-archiv/>, Köln.
- STRATENWERTH, Günter (2000), *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4. Aufl., Heymann Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München.
- TAG, Brigitte (2000), *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis. Eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.
- TARDIEU, Antoine / SALLÉE, Camille / DION, Ludivine / PIVER, Pascal / LAVOUÉ, Vincent / GAUTHIER, Tristan (2019), „Uterus transplantation in transgenders: Will it happen one day?“, en: *Journal of Gynecology Obstetrics and Human Reproduction*, Vol. 48, Issue 1, January 2019, 5-6.
- ULSENHEIMER, Klaus (2002), “§ 138, Die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Heilbehandlung (ärztlicher Eigenmacht)”, en: Laufs, Adolf /Uhlenbruck, Wilhelm (eds.), *Handbuch des Arztrechts*. 33. Auflage., Beck, München.
- VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea (en prensa), *Problemas de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud en especialidades médicas: Psiquiatría, Cirugía Estética, Ortopedia y/o Traumatología. Supuestos prácticos*. Monografía en prensa.
- VICANDI MARTÍNEZ, Aranzazu (2017). *El error médico en la cirugía estética. La respuesta jurisprudencial del Derecho a la casuística en la Medicina voluntaria*, Dykinson, S. L., Madrid.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2003), *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*. Thomson. Aranzadi. Navarra,
- VV. AA. (2012), *Diccionario de términos médicos*. Real Academia Nacional de Medicina. Editorial Médica Panamericana. Madrid.
- WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael (2019), *Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 43 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- ZAHN, Nina (2012), *Medizinische, juristische und ethische Aspekte der terminalen Sedierung*, Lit Verlag Dr. W. Hopf, Berlin.
- ZIPF, Heinz (1979), “Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB)”, en: Arthur Kaufmann (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, 577-590.
- ZIPF, Heinz (1988), “Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del transplante de órganos,” en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Avances de la medicina y Derecho penal*, PPU, Barcelona, 72-165.