

Algunas cuestiones de Derecho Médico en España en los albores del siglo XXI

Sergio Romeo Malanda*

RESUMEN

El autor analiza en este trabajo algunas de las principales novedades relativas al derecho médico en España en el último año. Así, se analizan los aspectos más esenciales de la nueva ley sobre derechos de los pacientes, aprobada en el mes de noviembre de 2002 y que aún no ha entrado en vigor. También se hace una especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 18 de julio de 2002, que analiza la problemática surgida por la muerte de menor de edad Testigo de Jehová que se negó a someterse a una transfusión sanguínea. Además, se hace un repaso de la jurisprudencia más reciente en relación con dos temas de gran actualidad en España, como son la responsabilidad derivada del consejo genético y el espinoso asunto de las listas de espera hospitalarias.

ABSTRACT

The author analyzes, in this paper, some of the main novelties related to medical law in Spain in the past year. Thus, the most essential aspects are analyzed over the new law of the rights of patients, approved in November of 2002 and which still has not come into effect. Furthermore, a special reference is made to the Spanish Constitutional Tribunal's sentence, on July 18th, 2002, which analyzes the controversy arising from the death of an underage Jehovah's Witness who refused to be submitted to a blood transfusion. In addition to that, this paper reviews the most recent jurisprudence in relation to two issues of major current events in Spain, such as the responsibility derived from the genetic council and the thorny ordeal of hospitals waiting lists.

* Investigador de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU.

PALABRAS CLAVE

Derecho de información sanitaria

Consentimiento informado

Testamento vital

Minoría de edad

Transfusión de sangre

Aborto

Diagnósticos genéticos

Responsabilidad medica

Listas de espera

INTRODUCCIÓN

La aprobación, por el parlamento español, de la Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/ 2002, de 14 de noviembre, en adelante Ley de Derechos de los Pacientes “LDP”) ha supuesto una modificación de algunas de las principales cuestiones de Derecho médico en España. La reforma de la Ley General de Sanidad (LGS), de 25 de abril de 1986, era una exigencia que venía siendo manifestada desde hace mucho tiempo por la doctrina y que se convirtió en un asunto de primera necesidad tras la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, en adelante CDHB), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2002. Las aparentes contradicciones en algunos puntos y las novedades recogidas en este último texto legal con respecto a la LGS hacían imprescindible una reforma del ordenamiento jurídico previo al CDHB para adecuarlo al mismo. Los trabajos realizados en este sentido han conducido finalmente a la reciente aprobación de la mencionada LDR que regula, entre otros aspectos, el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad en el ámbito médico, las distintas cuestiones referentes a la autonomía del paciente, las voluntades anticipadas (aquí denominadas instrucciones previas), o la historia clínica.

Por otro lado, en la mencionada Ley se hace referencia al espinoso asunto del alcance del consentimiento de los menores de edad en el ámbito sanitario. Esta regulación aparece poco tiempo después de una trascendental sentencia del Tribunal Constitucional español sobre dicha cuestión. Se trata, en concreto, de la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa de un menor de edad, testigo de Jehová, a someterse a una transfusión sanguínea, cuya importancia merece un análisis particular.

Igualmente, haremos referencia a otras dos cuestiones, de relevancia actual, debido a recientes pronunciamientos de nuestros tribunales en relación con las mismas. Se trata de la responsabilidad derivada de la realización de diagnósticos genéticos prenatales y de la responsabilidad derivada de las listas de espera hospitalarias.

1. LA NUEVA LDP: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y NOVEDADES CON RESPECTO A LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

A) Aspectos generales

La LDP ha venido a completar, por un lado, las previsiones que la LGS enunció como principios generales, y, por el otro, a recoger alguna de las disposiciones del CDHB que no se contenían en el mencionado texto légal que eran contrarias al mismo.

Se trata de una Ley básica, lo cual reduce la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya habían regulado la materia, al mismo tiempo que asegura, a todos los ciudadanos del Estado, las mismas garantías, especialmente en el terreno de la información y la documentación clínicas, lo que debe ser valorado de forma positiva, evitando, así, un sinnúmero de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia como ésta. En consecuencia, las autonomías podrán desarrollar aquellos ámbitos que señala la norma básica y completar de acuerdo con ella, los que no tengan una regulación específica, pero no podrán legislar en contra de la legislación del Estado, que se impone en todo el territorio para garantizar la igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su residencia.

En cualquier caso, debe señalarse que esta ley no es aplicable directamente a todos los ámbitos de la biomedicina sino que, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, las normas de esta Ley, relativas a la información asistencial, la información para el ejercicio de la libertad de elección de médico y de centro, el consentimiento informado del paciente y la documentación clínica, serán de aplicación supletoria en aquellos casos en los que exista una regulación especial al respecto.

A continuación nos referiremos a algunos de los principales aspectos de esta normativa.

B) Derecho de Información¹

1. La nueva LDP señala, en su artículo 2.3, que el paciente tiene derecho a decidir libremente entre las distintas opciones clínicas disponibles *“después de recibir la información adecuada”*. Esto significa que debe aportarse únicamente aquella información que sea relevante para prestar un consentimiento libre y consciente, por parte del interesado: características y naturaleza de la intervención, fines que se persiguen con ella, efectos inmediatos de segura aparición, efectos colaterales o secundarios probables o posibles, consecuencias que tendrá para la forma de vida del paciente, riesgos de la misma, posibles alternativas a la intervención, etc.² Esta información deberá prestarse en términos comprensibles para el paciente: o para las terceras personas que accedan a la misma (bien porque deban consentir su lugar, bien porque el paciente lo ha permitido de manera expresa o tácita), lo que significa que deberá adaptarse a su nivel intelectual y cultural respectivo, evitando en lo posible el recurso al lenguaje técnico (cfr. arts. 4.2 y 5.1 y 2 LDP).

Según viene manteniendo la doctrina, la información se transmitirá, como regla general, de forma verbal, de lo cual habrá que dejar constancia en la historia clínica, debiendo comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Así se establece también el artículo 8.2 LDR según el cual, el consentimiento prestado por el paciente será verbal, con carácter general, si bien deberá prestarse por escrito, en los supuestos legalmente

previstos. De este modo, debería bastar la transmisión de información de forma verbal cuando el paciente pueda consentir también oralmente, y será necesaria la acreditación por escrito de la información para los casos en los que la Ley establece que el consentimiento deba ser prestado por este mismo medio³, pues si se consiente por escrito, deberá quedar también acreditado qué es lo que se está consintiendo, que será lo que el médico ha informado al paciente. En cualquier caso, habrá que estar en cada caso concreto para tomar la decisión más conveniente.

Hay que tener, no obstante, presente que cuando la información se recoja por escrito, ello no es sinónimo de exhaustividad, pues debe entenderse que esa información esencial ha sido completada verbalmente por el médico⁴.

2. En el artículo 4 LDR se recoge el derecho a la información asistencial, en términos similares a los establecidos en el artículo 10.2 CDHB. En este sentido, reconoce el derecho de los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. Además, reconoce igualmente, como parte integrante de este derecho, el derecho a que se respete la voluntad del paciente de no ser informado. De este modo, se recoge expresamente el denominado “derecho a no saber”.

Ahora bien, haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 10.3 CDHB, según el cual “*de modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2*”, el art. 5.4 LDP establece que el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, esto es, cuando el médico considere, basándose en datos objetivos, que el conocimiento por parte del paciente, de su propia situación, pueda perjudicar su salud de manera grave. Así pues, puede darse una situación en la que el daño que se prevé que cause la información a la persona sea de tal envergadura que claramente ellos justifique la retención de la información. Es el denominado “privilegio terapéutico” o “excepción terapéutica”, lo cual únicamente está justificado en circunstancias muy excepcionales⁵. En el caso de que se tome esta decisión, el médico deberá dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica, y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (art. 5.4 in fine), tal y como venía sugiriendo la doctrina⁶.

9.1 LDP señala que “*la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso*”. Así pues, puede obtenerse información que sea considerada de tal importancia para la persona afectada que el médico se crea en la obligación de informar al individuo aunque este se haya desentendido de los resultados de los análisis o haya mostrado su voluntad de no conocerlos (por ejemplo, se detecta una enfermedad grave pero que tiene tratamiento). Esta posibilidad está igualmente permitida por el artículo 10.3 CDHB. En los demás casos, esto es, las excepciones a favor de terceros y la colectividad no tienen su fundamento en el mencionado precepto, sino en el artículo 26 del mismo texto legal, que faculta al Estado a restringir, por Ley, el ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidas en el Convenio (por tanto, y en combinación con el segundo apartado de este mismo precepto, los derechos reconocidos en el artículo 10.2 CDHB y, en consecuencia, en su homólogo 4.1 LDP), cuando se trate de la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

De esta forma pueden apreciarse fácilmente las importantes restricciones con que cuenta el derecho a la información del paciente en la nueva legislación sanitaria española.

C) Características, del Consentimiento

La cuestión de la oralidad vuelve a ponerse de manifiesto, como ya hemos apuntado anteriormente, en el momento de prestar el consentimiento por parte del paciente. A diferencia de la LGS, que exigía el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención (art. 6), obligación totalmente inviable en la práctica⁷, el nuevo artículo 8.2 LDP establece que el consentimiento será verbal, por regla general, si bien, éste será prestado por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

A pesar del principio general de la necesidad del consentimiento, la nueva LDP, como ya establecía también la LGS, prevé una serie de excepciones a la autonomía del paciente. En concreto, el artículo 9.2 LDP se refiere al riesgo para la salud pública, a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y al riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, siempre que no sea posible conseguir su autorización, artículo redactado de forma más clara que su precedente en la LGS. Además, y en consonancia con el artículo 6 CDHB, se hace referencia expresa al supuesto de los incapaces y menores de edad (art. 9.3 LDP).

Por otro lado, se sigue manteniendo, como no podía ser de otro modo, la capacidad del paciente, recogida en el artículo 9 LGS, y ahora en el artículo 21 LDR de negarse a la intervención, en cuyo caso deberá firmar el alta voluntaria.

Finalmente, debemos hacer referencia al artículo 8.5 LDR precepto que no tiene un equivalente en la LGS pero sí en el CDHB, en concreto en su artículo 5.III, y que se refiere a la facultad del paciente de revocar libremente su consentimiento en cualquier momento. En efecto, la posibilidad de la revocación del consentimiento ya otorgado no es sino una consecuencia obligada del principio de autonomía ampliamente reconocido al paciente, y con mayor motivo si se trata de rectificar o modificar la decisión ya tomada.

Ahora bien, de forma incomprensible, la voluntad de revocación debe ser emitida, a tenor de la redacción del mencionado precepto, en todo caso, por escrito, lo cual no tiene mucho sentido en aquellos casos en los que la información se transmitió oralmente y el consentimiento se prestó del mismo modo⁸. Cuestión distinta es que sí tenga que quedar registrada por escrito el alta voluntaria derivada de dicha negativa, en los casos en los que proceda.

D) Voluntades anticipadas

Otra de las cuestiones novedosas de la LDP es la relativa a las voluntades anticipadas, cuestión regulada en el artículo 11 bajo el nombre de “instrucciones previas”, y que trae causa directa del artículo 9 CDHB, referido a los “deseos expresados anteriormente”. Según el apartado primero del mencionado artículo 11 LDR “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en el que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas

personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. De esta forma, el paciente no sólo ha podido emitir su voluntad en relación con la práctica o no de un tratamiento médico determinado, sino que ha podido emitir una voluntad relativa, por ejemplo, a la donación de órganos. Su fundamento es prácticamente el mismo que el del consentimiento informado pues, al fin y al cabo, no deja de ser sino la plasmación de la voluntad del paciente en los casos en los cuales deba someterse a una intervención sin que goce de una capacidad suficiente para otorgar un consentimiento válido; por esta razón no debe excluirse la posibilidad de responsabilidad patrimonial cuando se haya desatendido una instrucción previa o se haya hecho una indebida interpretación⁹.

Además, cuando se habla de circunstancias en las que no se sea capaz de expresar su voluntad personalmente, no debe pensarse única y exclusivamente en supuesto de inconsciencia o de enfermedad terminal, sino también, por ejemplo, en aquellos casos en los que una persona, por la razón que sea, no es capaz ya de emitir un consentimiento válido (enfermedad mental, demencia senil etc.).¹⁰

Según el artículo 11.2 *in fine*, las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito, pudiendo ser revocadas libremente y en cualquier momento dejando constancia de ello igualmente por escrito (art. 11.4 LDP). También en este caso es criticable la decisión del legislador de que tanto la instrucción previa como la revocación consten por escrito, pues debe admitirse que la expresión de la voluntad, así como, en su caso, el cambio de opinión consten a través de otros medios tan o más seguros que el escrito (pensemos, por ejemplo, en una grabación de vídeo o de voz), o, incluso, que terceras personas puedan conocer mejor, y de primera mano, la voluntad real del paciente en los momentos, anteriores a la intervención, pues no debe desconocerse que es frecuente que el enfermo vaya cambiando de opinión o criterio a lo largo de su vida, y especialmente a medida que su enfermedad evoluciona.

Además, a fin procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, el artículo 11. 1 *in fine* señala que “el otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario”. Esta persona podrá ayudar al médico a suplir las carencias del documento al tiempo de hacerlo efectivo¹¹.

Por lo que respecta a la forma, ésta corresponde fijarla a las Comunidades Autónomas, si bien la ley prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo del Registro Nacional de Instrucciones Previas a fin de asegurar su eficacia en todo el territorio nacional (art. 11.5 LDP). Las leyes autonómicas existentes hasta el momento coinciden prácticamente sin excepciones en permitir la opción entre dos formas de otorgamiento; la primera, ante notario sin necesidad de testigos; la segunda, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad.

Dada la conveniencia de consignación de las instrucciones por escrito debe entenderse que en el caso de formalización mediante la intervención de testigos debe existir también un documento escrito (a ser posible manuscrito por quien realiza las instrucciones) y firmado por éste y por los tres testigos. Esta forma es mucho más flexible y tal vez sea la forma más cercana al entorno clínico y a los momentos decisivos en la vida del paciente, sobre todo a la hora de saber cuál ha sido la última determinación del mismo a los efectos de tenerla como una revocación de anteriores otorgamientos¹². Por esta razón, la constancia de estos documentos en el Registro Nacional de Instrucciones Previas no puede ser requisito necesario para la validez de las mismas.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.3 LDR no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico (por ejemplo, los casos de cooperación al suicidio previstos en el art. 143.4 del Código penal “CP”)¹³, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas; cuestión obvia, por otro lado, esta última, pues es claro que si no hay una correspondencia entre el supuesto de hecho previsto por el sujeto y la situación real, no existe ninguna instrucción previa al respecto. Se trata, en definitiva, de prohibir la *analogía contra vita*. Ahora bien, no debe obviarse la posibilidad de problemas de interpretación de la voluntad del paciente y su adecuación a la situación actual, lo cual puede llevar igualmente a supuestos de responsabilidad.

La inaplicación de las instrucciones previas contrarias a la *lex artis* se justifica debido a la posibilidad de que tales deseos se hayan expresado mucho tiempo antes de la intervención y la ciencia haya avanzado desde entonces¹⁴.

En efecto, puede existir un desfase entre la voluntad plasmada en el documento y las posibilidades que pueda ofrecer la medicina debido a que en el momento en el que se realizaron las instrucciones previas no existieran o no se hubiera tenido noticia de las posibilidades de la ciencia médica para afrontar la patología o dolencia. En tal caso estaría justificado que no se respetara la voluntad del paciente, si bien no cabe duda de que se trata de una decisión delicada.¹⁵

E) La historia clínica

Por primera vez se regula de una forma específica en España la historia clínica. A esta cuestión se refiere el Capítulo V LDR La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los métodos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente.

La falta de una legislación uniforme sobre la materia en el ámbito estatal ha propiciado la proliferación de normativas autonómicas que han venido construyendo un sistema de documentación clínica con criterios no siempre homogéneos. Con la aprobación definitiva de la LDR España cuenta ya con una legislación básica sobre esta materia, lo cual debe conllevar la adecuación legislativa de la normativa autonómica existente al respecto a esta nueva regulación básica. De esta forma, la regulación jurídica de la historia clínica a partir de este momento se configura en torno a tres instrumentos: la Ley básica estatal, el desarrollo reglamentario autonómico, y los protocolos pormenorizados en los hospitales.

La historia clínica tiene como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. En el art. 15. 2 LDP se recoge el contenido mínimo de esta.

2. MINORÍA DE EDAD Y CONSENTIMIENTO MÉDICO

A) Principio general: valor jurídico del consentimiento prestado por el menor maduro

1) No ha existido en la legislación española una regulación expresa del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad en el ámbito sanitario. Por ello ha sido necesario acudir a diferentes

disposiciones, contenidas en variados textos legales, para establecer un régimen general sobre dicha cuestión.

Especialmente relevante a este respecto es el artículo 162.II.1 Cc, según el cual “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

Así pues, la prestación del necesario consentimiento para someterse a cualquier tipo de acto médico corresponde exclusivamente al menor de edad si reúne las condiciones de madurez suficientes, pues no cabe duda alguna que la salud, la vida o la integridad personal entran en el campo de los derechos de la personalidad y éstos no son transferibles ni representables.

Tampoco la LGS es de gran ayuda en este ámbito, pues no hace ningún tipo de referencia expresa a la minoría de edad. Esta ley simplemente reconoce en su art. 10. 5, como ya se dijo, el derecho de los pacientes a la información y como consecuencia de esa información, en el apartado 6 se recoge el derecho “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: (...) b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas”.

Ahora bien, la LGS no establece en este punto un régimen distinto y prevalente sobre el del Ce, por especialidad o posterioridad, sino que recoge una regla que ha de ser completada con lo establecido en el mismo. Así pues, ¿Cuándo no estará el paciente capacitado para tomar decisiones? Pues interpretando este precepto conforme al citado art. 162.11.1º no lo estará cuándo se trate de un menor de edad al que le falte la capacidad natural de juicio para comprender la naturaleza del acto sobre el que consiente, o de un enfermo o deficiente mental, o, en definitiva, de cualquier paciente que se encuentre inconsciente por enfermedad, accidente, etc.

2) Sin embargo, la nueva LDP sí que hace mención expresa a la cuestión de la minoría de edad en su regulación (art. 9.3.c)), aunque lo hace de una forma tangencial, siendo ésta susceptible de serias críticas.

Interpretando el mencionado precepto a *sensu contrario*, el paciente menor de edad que sea capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podrá consentir ésta por sí mismo. Ahora bien, cuando no sea así, se otorgará el “consentimiento por representación”. A este respecto, debe valorarse positivamente, sin embargo, que la persona competente para otorgar el consentimiento en tales casos sea el representante legal del menor y no cualesquiera familiares o personas allegadas como decía el art. 10.6.b) LGS.

Por lo que respecta a la determinación de la madurez del menor, ésta no depende de la edad del mismo, sino únicamente de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento, así como del alcance y consecuencias de su decisión. En este sentido, la LDP hace una doble consideración en lo que a la edad del menor se refiere: a) por una parte establece que la opinión del menor debe ser escuchada si tiene doce años cumplidos (edad lógica pues el ordenamiento jurídico civil ya concede al menor de esa edad capacidad natural para realizar cierto tipo de actos” por ejemplo, para consentir la adopción”; además, una disposición similar se encuentra en la legis-

lación sobre ensayos clínicos); b) por otro lado señala que en el caso de menores *“emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el “consentimiento por representación”*. Con ello quiere realmente decirse que existe una presunción general de madurez suficiente para prestar un consentimiento válido a los menores emancipados¹⁶ (la emancipación puede conseguirse, en determinados casos, con catorce años) y, en todo caso, a los mayores de dieciséis años (se establece, pues, una analogía con la mayoría de edad en este ámbito), sin perjuicio, por supuesto, de que en cada caso concreto pueda demostrarse que un menor de dieciséis años es lo suficientemente maduro para entender las consecuencias del acto, médico concreto al que va a ser sometido;

Además, la madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos, pues hay algunos que por su complejidad necesitarán de un mayor discernimiento de la persona que otros, que en principio cualquiera puede entender. Será el médico que atiende al paciente menor en cada caso concreto quien deberá determinar si éste reúne las condiciones de madurez para aceptar su decisión o, por el contrario, si deberá pedir el consentimiento de sus representantes legales. Esta última afirmación, que ha sido ampliamente admitida por la doctrina, adquiere con la LDP un fundamento legal a tenor de lo dispuesto en el artículo 9. 3. a), según el cual la capacidad de un individuo para tomar decisiones queda a criterio del médico responsable de la asistencia.

Finalmente, debe criticarse igualmente la última parte del art. 9.3. c), según el cual, *“en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”*. Si nos encontramos ante un menor maduro, esa condición debe suponer el respeto de su decisión, independientemente del grado de riesgo de la intervención, debiendo informarse a los representantes legales (y no a los padres, como dice el precepto, pues no tiene por qué coincidir en todo caso la figura del representante legal con la del progenitor), únicamente cuando el menor lo autorice o cuando el médico entienda que éste no tiene una capacidad real para tomar la decisión médica de que se trate. Pero la cuestión es más grave aún, pues, de acuerdo con este precepto, no sólo se rompe el principio de confidencialidad sino que se incluye a los representantes legales del menor en el proceso de deliberación y toma de decisión. Esto implica una limitación a todas luces inaceptable del principio general de validez del consentimiento prestado por el menor de edad maduro cuando se trate de someterse a una intervención médica beneficiosa para su salud, aunque se trate de una intervención de grave riesgo.

Este precepto se explica menos aún si cabe en relación con los menores emancipados o con los mayores de dieciséis años. Al menos, cuando no se trate de este grupo de menores, la decisión del médico, tras escuchar a los padres, puede consistir en cambiar su opinión acerca de la madurez del menor para entender realmente los riesgos de la intervención a la que va a ser sometido, lo cual supondrá su no consideración como interlocutor válido a los efectos de tomar la decisión oportuna para someterse o no a dicha intervención. Ahora bien, respecto al grupo de menores referido, el art. 9. 3. c) es claro y tajante al afirmar que respecto de ellos *“no cabe prestar el consentimiento por representación”*, pero la opinión de los representantes legales será, no obstante **tenida en cuenta**. ¿Tenida en cuenta para qué? Si una vez informado, el menor emancipado o con dieciséis años cumplidos acepta someterse a dicha intervención, nada podrá decidir el médico contra dicha opción, por muy en contra que estén los representantes legales de aquél, ya que *ex lege* ninguna capacidad de decisión tienen al respecto.

Cuestión distinta es que el médico dude de la capacidad real de un menor perteneciente a este grupo. En tal caso sí está justificada la consulta a los representantes legales del mismo y, en su caso, la necesidad de que sean éstos los que presten el consentimiento para llevar a cabo la intervención médica correspondiente (o decidan no realizarla). Pero no por tratarse de un menor, sino en virtud de la letra a) de este mismo art. 9. 3 LDR al tratarse de un paciente (independientemente de la edad) que no es capaz de tomar decisiones. Debe diferenciarse, en consecuencia, *inmadurez* (menores sin suficiente capacidad de juicio para entender los pros, y los contras de la intervención médica a la que van a ser sometidos) de *incapacidad* (cualquier persona, en principio madura, que parias circunstancias especiales del caso no se encuentra en condiciones de emitir un consentimiento válido).

B) Conflictos de intereses. Especial referencia a la negativa de un menor de edad a someterse a una transfusión de sangre por motivos religiosos

1. Los conflictos que pueden producirse en este ámbito son diversos. Cuando la voluntad de los padres y del hijo menor de edad no emancipado concurra en un mismo sentido no se planteará, en principio, ningún problema, salvo que la decisión adoptada vaya claramente en contra de la salud del menor, en cuyo caso el médico deberá tomar algún tipo de decisión al respecto: o acepta la decisión, o actúa por sí mismo amparado en un estado de necesidad, o acude al juez para que éste decida y ampare su actuación. Este mismo problema se plantea cuando es el menor, en principio maduro, quien se niega a someterse aun tratamiento médico determinado aunque sus padres estén en contra de esa decisión. Pero el conflicto de intereses también puede surgir en el caso contrario, es decir, que el hijo quiera someterse aun tratamiento y que sus padres se opongan a ello,

No me detendré sobre cada uno de los posible conflictos que pueden producirse en la práctica, pues sobre ello ya me he ocupado por extenso en otro lugar¹⁷. Sí me referiré brevemente, sin embargo, al caso de la negativa de un menor de edad maduro que se niega a someterse a una intervención vital, deteniéndome especialmente en la cuestión de la negativa de tos testigos de Jehová a aceptar transfusiones sanguíneas.

2. Así pues, cuando el propio menor maduro (más aún si se trata, de acuerdo con la nueva regulación, de un menor emancipado o mayor de dieciséis años) se niega a someterse a una intervención necesaria para su salud o para su vida, se produce, en tal situación, un conflicto entre los artículos 102.11.1º CC y 10.3c) a *sensu contrario* LDP, que reconocen el derecho de los menores con suficiente juicio a decidir válidamente sobre las intervenciones físicas sobre su persona, y el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1 /1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que dice que “*en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”, siendo menor de edad la persona de edad inferior a. los dieciocho años (arts. 12 CE, 315 CC y 1 LOPJM).

En consecuencia, debemos entender que ante los dos intereses en conflicto: el poder de auto-disposición del menor sobre su cuerpo y la vida debe primar, de acuerdo con la legislación actual (no sólo civil, sino también penal), este segundo, con lo cual podrá autorizarse que la intervención se lleve a cabo negando eficacia al consentimiento prestado por el menor. Y es que, tal y como señala el profesor Romeo. Casabona, el pleno ejercicio de cualquier derecho fundamental ha de ser

compatible con el mantenimiento del que es el sustrato y condición imprescindible de todos ellos, es decir, la vida misma, respecto a la cual están facultados para intervenir los poderes públicos, si bien, una vez llegados a la mayoría de edad, el efecto tutelar del ordenamiento jurídico debe ceder a la plena autonomía del interesado. Así pues, en las condiciones actuales el interés superior del menor, entre otros, ha de ser el de preservar su vida para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad¹⁸. Así pues, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos no es suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto “como el ahora contemplado” que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (STC de 18 de julio de 2002, F.J. 10).

Esta postura viene apoyada por lo dispuesto en el art 155 CP referente al consentimiento en las lesiones, y el cuyo párrafo segundo se establece que “no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz¹⁹”. Hay que tener presentes dos elementos: 1o) que las lesiones pueden producirse tanto por una acción como por una omisión²⁰; 2o) El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales es la *integridad personal*, entendida en sus proyecciones de integridad física o corporal y de salud física y mental²¹. De lo dicho se desprende que no se acepta como válida la postura del menor contraria a someterse a un tratamiento médico o el consentimiento para que se realice cualquier tipo de acto— si con ello se le produce un perjuicio para su integridad física o para su salud, de tal modo que el médico que no actúe con una finalidad protectora de la misma —aunque sea por la voluntad del paciente menor— no perderá en ningún momento su posición de garante, y podrá ser condenado penalmente como responsable de las lesiones producidas por su inactividad o, incluso, de la muerte del menor si ésta llega a producirse. Además, el Código penal recoge en el art. 156 tres supuestos específicos en los que el menor no podrá prestar su consentimiento aunque reúna las condiciones de madurez exigidas: son los referidos a los trasplantes de órganos, la esterilización y la cirugía transexual, para cuya práctica el sujeto deberá ser mayor de edad. Es claro que si los menores no pueden consentir en estos actos, con mayor razón no podrán hacerlo en aquellos casos en que se ponga o pueda ponerse en peligro su salud o su vida.

Cuestión distinta es que haya llegado el momento de cambiar de mentalidad en relación con la protección que el ordenamiento jurídico debe prestar a los menores de edad con suficiente capacidad de juicio (o incluso pensar en reducir la edad en la que se alcance la capacidad de obrar plena), en el sentido que se les reconozca una capacidad de actuación similar a la prevista para los mayores de edad, más aún si se trata del ejercicio de los derechos personalísimos, dándoles la oportunidad de decidir sobre su salud e, incluso, sobre su vida, en los términos que venimos comentando. Ahora bien, esta posibilidad, que nos parece razonable y que propugna un sector de la doctrina²², no nos parece, sin embargo, que sea asumible de *lege lata*, teniendo en cuenta la legislación existente, tanto civil como fundamentalmente penal (art. 155), debiendo, en su caso, procederse a una reforma de todos los sectores del ordenamiento jurídico relativo a la minoría de edad a partir de este nuevo planteamiento, pues no tendría ningún sentido que se acepte que un menor de edad maduro pueda consentir en relación con su vida, pero no pueda, por ejemplo, contratar libremente.

3. Lo anteriormente expuesto puede verse gráficamente en el caso de los testigos de Jehová y en la negativa de un menor de edad perteneciente a dicha confesión religiosa a someterse a una

transfusión sanguínea por cuestiones religiosas. No nos referimos al supuesto de aquellos padres que se niegan a que su hijo reciba una transfusión de sangre necesaria para salvaguardar su salud o su vida sino al supuesto de que sea el propio menor quien se niega a ser transfundido ciertamente este caso no difiere del supuesto general de la negatividad del menor a someterse a tratamiento médico indicado para la protección de su salud, pero aquí al tradicional conflicto entre la libertad de autodisposición del menor maduro de su cuerpo y la protección de su salud se añade otro interés jurídicamente protegido, el respeto a la libertad religiosa del menor.

Así pues, si nos encontramos ante un menor inmaduro y ante la negativa de los padres o de los representantes legales a autorizarla transfusión, el médico podrá, o bien practicarla si existe un grave peligro para la vida del menor, o bien acudir al juez para que éste lo autorice, si tal urgencia no existe. En tal sentido, la STS de 27 de junio de 1997, tras garantizar la libertad del adulto capaz para negarse a someterse a un tratamiento médico señala que cuando la persona que requiere el tratamiento para salvarla vida o evitaran daño irreparable es un menor. En este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres”.

Pero a esta misma conclusión debemos llegar si el menor reúne las condiciones de madurez suficientes (incluso si se trata de un menor mayor de dieciséis años o de un menor emancipado), pues la libertad de autodisposición sobre el propio cuerpo y la libertad religiosa deben ceder, no tanto por cuestiones éticas sino en virtud de la legislación vigente, como ha podido comprobarse anteriormente, en favor de la protección de su vida, al menos hasta que se llegue a la mayoría de edad, llegado ese momento la persona tendrá plena libertad para decidir sobre su persona.

Un supuesto de estas características se planteó en la práctica en España hace no muchos años y ha vuelto a ponerse de actualidad en el año 2002 debido a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre dicho caso. Se trataba de un menor –de trece años de edad– que, informado por los médicos sobre la realización de una transfusión sanguínea se opuso a ella por ser contraria a sus creencias religiosas, los padres; que también profesaban dicha religión, fueron requeridos por los médicos para que convencieran a su hijo de que aceptara dicho tratamiento, petición a la que no accedieron. Los médicos, en consecuencia, no realizaron la transfusión, a pesar de contar con autorización judicial, acatada por los padres, y cuando aquélla finalmente se practicó después de varios días, ya por orden Judicial, fue ineficaz. En este caso, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, que fue absolutoria, y condenó a los padres a dos años y seis meses de prisión por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión (Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1996 y del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 27 de junio de 1997).

Posteriormente, con fecha de 18 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este mismo asunto resolviendo un recurso de amparo presentado por los padres del menor, condenados por homicidio por la muerte de su hijo contra la referida sentencia del Tribunal Supremo. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional analiza si el derecho a la libertad ideológica de los padres les exime de la obligación, exigida por el Tribunal Supremo en la sentencia condenatoria de convencer a su hijo para que se someta a la transfusión sanguínea. Pues bien, para el mencionado órgano jurisdiccional esta obligación no entra dentro de los deberes de los

padres si ello es contrario a sus convicciones religiosas, en los siguientes terminos: da expresada exigencia a los padres de una actuación disuasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa, yendo más allá del deber que le será exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias". Por ello concluye que la actuación de los progenitores se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, otorgando el amparo solicitado y anulando la sentencia condenatoria del tribunal Supremo.

Esta solución con la que estamos de acuerdo, ya fue mantenida con ocasión de la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo por el profesor ROMEO CASABONA. Es Ciertamente, como pone de manifiesto este autor, que la intervención del juez, autorizando la transfusión para el caso de que fuera imprescindible, no elimina en este caso la posición de garante de los padres²³. La 'sustitución de éstos por aquél no suponía para ellos la privación de la patria potestad (lo cual también hubiera sido posible), sino tan sólo subsanar el incumplimiento por ellos de uno de los deberes que de ella emanan, esto es, proteger su vida y su salud, lo cual debe plasmarse en una actuación positiva encaminada a tal fin (que no puede quedarse única y exclusivamente en acudir a un centro hospitalario si luego se ponen objeciones al tratamiento ofertado²⁴), independientemente de que, finalmente, se consiga o no la mejora de la salud del hijo menor de edad.

Por otro lado, el enfrentamiento entre sus propias creencias religiosas y la vida del menor, de la que ellos, como decimos, eran garantes, debía resolverse a favor de esta última, pues ni el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia ni el estado de necesidad podían resolver el conflicto de intereses en su beneficio, al tener menor valor para el ordenamiento jurídico la propia convicción religiosa que la vida ajena²⁵. En consecuencia, los padres incurrieron efectivamente en el tipo de delito de homicidio doloso (dolo eventual) de comisión por omisión, siendo que el hecho era antijurídico por no concurrir una causa de justificación,

Será pues al analizar la culpabilidad donde habrá que valorar si ésta puede quedar excluida por aplicación del principio de no exigibilidad de obediencia al Derecho, y es aquí donde acertadamente a nuestro juicio resuelven tanto el profesor Romeo Casabona, como la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, que no es exigible tal obediencia, puesto que aun manteniendo la posición de garante y existiendo la obligación de persuadir a su hijo, no se les puede exigir, sin embargo, que vayan más allá de la autorización que debían haber otorgado inicialmente, incluso en contra de sus propias convicciones religiosas. "La no obstrucción de la decisión judicial, la no intromisión en las actuaciones médicas y la petición no ya de infringir su credo sino de ir más allá, de hacer renegar de algún modo a su propio hijo de la religión en la que le habían educado, abundan en la no exigibilidad de obediencia al Derecho, al producirse un nuevo y más profundo enfrentamiento con sus creencias más firmes y legítimas²⁶". Se trata, pues, de un supuesto de inexigibilidad²⁷.

Cuestión distinta, en la cual no podemos detenemos ahora, es la posible responsabilidad penal de los médicos que atendieron al menor, pues también en ellos existía una posición de garante en relación con la vida y la salud de éste²⁸, no existiendo en ese caso ninguna causa de no exigibilidad²⁹.

C) Consencuencias de la nueva IDP en relación con el aborto de las menores de edad

Según el artículo 9.4 LDP *“la interrupción voluntaria del embarazo (...) se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”*.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que en la actualidad la interrupción del embarazo sólo está autorizada en los supuestos contemplados en el art. 417 bis del anterior Código Penal, artículo vigente todavía, y para que su realización esté amparada por la ley se exigen unos requisitos generales y comunes a las diferentes indicaciones; que se practique por un médico o bajo su dirección, que se lleve a cabo en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado, y que se cuente con el consentimiento expreso e informado de la mujer embarazada.

Hasta ahora, la doctrina ha venido entendiendo, de forma mayoritaria, que la mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, puede solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores, en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tiene madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo³⁰, lo que presupone la comprensión de que no sólo se trata de una intervención en su cuerpo, sino también la destrucción de la vida del feto³¹. Así pues, el consentimiento de la menor suficientemente madura sería determinante frente a la voluntad de sus padres o representantes legales.

Ahora bien, al no existir una regulación específica sobre la capacidad para consentir en materia de aborto, cobra especial relevancia la remisión a *“lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad”*, según señala el art. 9.4 LDR De esta forma, quien tiene que otorgar el consentimiento y, por consiguiente, quien decide en caso de menores de edad son los padres o el representante legal de la menor³².

Así pues, con la entrada en vigor de esta Ley deberá prevalecer la opinión de aquellos autores que venían manteniendo que la capacidad requerida para consentir el aborto en los casos permitidos ex art. 417 bis CP de 1973 se adquiere al alcanzarlos dieciocho años de edad³³.

En consecuencia, todo aborto realizado aceptando el consentimiento de una menor de edad no puede acogerse a las causas de justificación del artículo 417 bis del antiguo Código penal pues no se da uno de sus requisitos, esto es, el consentimiento (válido) de la mujer embarazada, sin perjuicio de que puede acudir, en su caso, a la causa de justificación genérica de estado de necesidad³⁴.

Como ha puesto de manifiesto LEMA AÑÓN esta regulación *“representa una solución inadmisibles y al tiempo significa una regresión con respecto a las prácticas habituales, a la opinión de la doctrina jurídica mayoritaria y a la práctica jurisprudencia”*³⁵, pues no tiene ningún sentido que en un aspecto que es, si cabe, más personal que la mayoría de las intervenciones sujetas a consentimiento, se prescindiera del criterio general de atención a la madurez de la menor para optar por un criterio claramente formalista como es el de la mayoría de edad civil.

En definitiva, en el caso de una menor de edad, su consentimiento será inválido e ineficaz y será indispensable la autorización de los representantes legales, siempre en función del deber que tienen de velar por el bienestar de la mujer que se encuentra bajo su patria potestad o tutela y no en virtud de sus propio intereses o ideologías. Así pues, si la decisión adoptada por los

padres –favorable o contraria al aborto– es fruto de un comportamiento abusivo por parte de los representantes legales –por ejemplo, deniegan la autorización y el aborto es necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la menor–, lo oportuno será acudir a la autoridad judicial para que ésta decida en el mejor interés de la gestante.

Cuestión diferente y de más compleja solución se planteará cuando los padres o tutores de la menor embarazada pretenden la práctica de la interrupción del embarazo pero ésta se niega a ello. Si bien es cierto que la situación de minoría de edad, de acuerdo con esta regulación, legitima a los padres o tutores para tomar las medidas que consideren oportunas, la importancia del acto obliga a que la opinión de la menor haya de ser tomada en cuenta, tanto si es madura como si no lo es, pero especialmente en el primero de los casos, así como los perjuicios psíquicos que podrían derivarse para la gestante de un aborto contra su voluntad.

Sin embargo, no puede bastar la negativa de la menor a la práctica del aborto para seguir adelante con el embarazo, pues puede ocurrir que no se encuentre realmente preparada –física o psíquicamente– para poner término a la gestación. En definitiva, si la negativa al aborto proviene de una mujer menor de edad habrá que distinguir, en nuestra opinión, dos supuestos: a) si el aborto tiene finalidad terapéutica debe admitirse su realización incluso contra la voluntad de la menor si, de no interrumpirse el embarazo, peligrase gravemente la salud –física o psíquica– o la vida de la madre; b) si, por el contrario, el aborto se basa en razones meramente eugenésicas o en la indicación ética entendemos que no puede ser obligada a abortar por principio³⁶. En cualquier caso, si este conflicto de voluntades llega a plantearse, la decisión final debería corresponder a la autoridad judicial, que resolverá en cada caso concreto atendiendo al mayor interés de la menor, debiendo ser la opinión de la mujer gestante en todo caso respetada cuando se trate de una menor madura, existiendo en tal caso una especie de veto frente a la voluntad de los padres favorable a la interrupción del embarazo.

3. DIAGNÓSTICOS GENÉTICOS ATENATALES Y RESPONSABILIDAD

1. Otro de los supuestos que cabe analizar es bastante novedoso en el ámbito jurídico español, y no de fácil solución. Nos referimos en concreto a los *daños derivados de tener un hijo o de nacer con una enfermedad genética* cuando las técnicas diagnósticas actuales y el conocimiento de las leyes de la herencia genética permiten conocer durante la fase embrionaria si se va a nacer con dicha enfermedad (diagnóstico prenatal); al menos cuando se trata de enfermedades monogénicas o cromosomopatías. Se produce, en tales casos, una imposibilidad de la mujer de recurrir al aborto, cuando ello sea posible, lo cual ocasiona una serie de daños derivados de tal hecho.

De Ángel Yagüez señala los siguientes casos de diagnóstico antenatal³⁷ que pueden dar lugar a responsabilidad del médico³⁸: a) aquél en que el médico realiza defectuosamente el diagnóstico preconcepcivo, no percatándose del riesgo de enfermedad congénita en la criatura que la pareja puede concebir y de hecho concibe, resultando que el feto sufre la dolencia; b) el caso en que el médico se equivoca en la forma del diagnóstico practicado sobre el embrión preimplantatorio o sobre la mujer embarazada (no descubriendo la enfermedad congénita del feto), produciéndose con ello la transferencia del preembrión al útero materno, cuando ello estaba desaconsejado (cfr. art. 12.1 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida “LTRA”),

o la consecuencia de que la mujer no dispone ya de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legal establecido. Se trata en este caso de los denominados *falsos negativos*³⁹; c) cuando sin haber existido error de diagnóstico, el médico no comunica éste de forma debida a los padres; y d) cuando el médico no aconseja sobre la conveniencia de llevar a cabo el diagnóstico de que se trate. En tal caso, el “error no consiste en la defectuosa realización del diagnóstico, sino en no haber dado lugar a él cuando ello estaba indicado.

En realidad, esta cuestión es más amplia de lo que aquí se ha expuesto, pues estas mismas consideraciones son igualmente válidas si el daño que sufre el hijo no tiene un componente genético sino que se trata de enfermedades congénitas causadas por cualesquiera otras razones, por ejemplo, una enfermedad padecida por la madre durante el embarazo que no tuvo el tratamiento indicado para el feto o una incorrecta información sobre los hábitos de la embarazada durante el período de gestación por parte del médico, entre otros.

Estas hipótesis han dado lugar a las llamadas acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*. La primera consiste en una demanda interpuesta por los padres del hijo enfermo contra el médico, mientras que en el segundo caso es el hijo quien entabla la acción, quien lo hará normalmente a través de sus representantes legales, si bien en nombre suyo. Por otro lado, la experiencia ha demostrado la compatibilidad del ejercicio de ambas acciones conjuntamente en el mismo procedimiento.

En las acciones de *wrongful birth*, los padres de demandantes reclaman la indemnización del daño consistente en el quebranto moral y económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad congénita cuando ello podía haberse evitado. Por su parte, en las acciones de *wrongful life*, el hijo demandante solicita la condena del médico para que le indemnice de los daños consistentes en: a) el hecho mismo de nacer; y b) los daños económicos que acarrea su vida enferma.

Para poder exigir responsabilidad civil es necesaria una actuación causante de un daño cierto, propio, actual y evaluable económicamente y una relación de causalidad entre ambos, teniendo en cuenta que la misma requiere la creación de un *riesgo jurídicamente relevante a efectos de responsabilidad*⁴⁰.

En relación con el daño, principal punto de desencuentro en relación con la responsabilidad médica derivada del consejo genético, se ha alegado que pudiera serlo el *hecho mismo de nacer*. A excepción de decisiones aisladas de los tribunales, tanto estadounidenses como franceses⁴¹, tanto estos como la doctrina, de forma prácticamente unánime⁴², argumentando que existe una “*imposibilidad lógica de comparar la vida con la no existencia*” y, que la “vida, incluso afectada más o menos por una seria limitación física, es más preciosa que la *no vida*”⁴³. Además, como también ha sido advertido por algún autor, admitir como daño el hecho mismo del nacimiento implica que existe un derecho subjetivo a no nacer, derecho que no puede corresponder al nacido, lo cual carecería de todo sentido pues en ningún caso podría ejercitarlo. En todo caso correspondería al feto pero, como dijimos más arriba, el feto no es titular de derechos subjetivos e, incluso, en caso de existir, habría una imposibilidad física de ejercitarlo pues nadie puede saber cuál es su voluntad. Se trata, en definitiva, como dice Emaldi Orion, de una “*imposibilidad categórica*”⁴⁴.

Tampoco puede aceptarse que el daño producido sea la imposibilidad de, ejercer un supuesto *derecho a abortar*⁴⁵. La muestra más evidente de que no existe tal derecho es que, pese a las divergencias doctrinales presente a este respecto, ningún autor ha defendido que la falta de penalidad en los supuestos de aborto no punible se deba a la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (en este Caso, el derecho al aborto), vista en el art: 20.7 CP, sino que, por él contrario, éstos se vienen entendiendo como supuestos de estado de necesidad en los que se ponderan los distintos intereses en juego la vida del *nosciturus*, por un lado, con otros intereses diversos de la madre, por el otro su vida y su salud, en unos casos, y si dignidad, libre desarrollo de la personalidad y libertad en los restantes), ponderación de la que resulta que la vida del *nosciturus* constituye un interés menor⁴⁶. Por otro lado, además, se basa en el principio de no exigibilidad de otra conducta a la madre, esto es soportar las cargas de diverso carácter que suponía llevar adelante el embarazo y tener un hijo no deseado como consecuencia de la violación sufrida o del ser aquél portador de graves anomalías físicas o psíquicas; en estos dos casos aquel conflicto se resuelve en favor de la madre basándose en el criterio de no exigibilidad de otro comportamiento⁴⁷. Pero es que, además, de llegar a admitirse el referido derecho a abortar, ello daría lugar a situaciones inaceptables en el campo de la responsabilidad Civil, .pues únicamente cabría indemnización en aquellos casos en los que se dieran los requisitos exigidos en el art. 417 bis) del Antiguo Código Penal, aún vigente, para abortar, como, por ejemplo, que las taras físicas o psíquicas no sean graves. En caso contrario no existiría tal derecho y, en consecuencia, no habría lugar a indemnización alguna. No cabría afirmar, en este caso, que, puesto que existía una imposibilidad de abortar, la incorrecta información ofrecida era indiferente, pues aunque ésta hubiera sido la correcta y se hubiese ofrecido dentro de las veintidós primeras semanas del embarazo, el aborto no habría podido practicarse y la lesión habría sido, en consecuencia, inevitable. Una afirmación de este tipo, desconoce que, si bien, efectivamente el aborto no se habría podido llevar a cabo, sí que habrían sido posibles otro tipo de medidas terapéuticas⁴⁸, bien en el feto, tanto genéticas como no genéticas, bien en la madre, por medio de una alimentación adecuada o a través de la ingestión de determinados medicamentos, que habrían evitado, o podrían haberlo hecho, las lesiones que padece el niño⁴⁹. Además ,de fijarse el daño indemnizable en la imposibilidad del ejercicio del derecho a abortar, esta indemnización estaría supeditada al hecho de que la mujer estaría dispuesta a someterse al aborto.⁵⁰

Por todo ello, parece mucho más sensata la opinión de quien entiende que el daño que se ha producido en tales casos es en realidad la “*pérdida de una oportunidad*” de haber tomado una decisión para evitar el daño⁵¹, que bien podría haber sido el aborto (lo más habitual), o bien cualquier otro tratamiento indicado para superar la enfermedad diagnosticada. Además, en cuanto que el daño es la pérdida de una oportunidad, no es necesario probar que se habría practicado la interrupción del embarazo⁵², pues también quien se hubiera negado a ello ha perdido realmente una oportunidad para tomar la decisión que habría entendido más oportuna con respecto a la salud de su hijo de haber tenido toda la información en forma y tiempo adecuados⁵³.

Junto a este daño, de difícil cuantificación económica, y que podría incluirse dentro de los daños morales, hay que señalar también el *daño económico* derivado del hijo enfermo: cuidados médicos del hijo y de otras personas, muebles o prendas especiales, educación también especial, etc., esto es, los gastos y desembolsos que constituyen un plus respecto de los que acarrea un hijo no enfermo⁵⁴.

Tampoco debe obviarse el *daño moral* que para los padres entraña la contemplación del hijo doliente y las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionarla enfermedad⁵⁵.

Dicho esto, el principal problema que se plantea, en el que no puedo detenerme, será determinar si dicho daño, demostrada la relación de causalidad, es imputable objetivamente al sujeto que ha realizado la conducta dañosa. A este respecto debe tenerse presente el régimen de responsabilidad establecido, esto es, si nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva o por culpa. Así pues, habrá que diferenciar entre los daños producidos en el seno de la Administración sanitaria, o por centros o sujetos que actúan en el ámbito privado. La aplicación de un sistema u otro se ha simplificado con la reforma de la ley 29/1998 de 13 de julio de la jurisdicción Contencioso Administrativa y con la reforma de la Ley 30/, 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pues ahora la responsabilidad objetiva se aplicará siempre cuando el daño se haya producido en el ámbito público y la responsabilidad por culpa cuando nos movamos en el ámbito privado (además, claro está, de la responsabilidad penal).

2. Sobre esta cuestión se han pronunciado ya los tribunales españoles, si bien es cierto que no existe un gran número de resoluciones y las que hay llegan a conclusiones muy dispares y, como veremos, poco afortunadas. Por citar únicamente las más relevantes, me referiré tan sólo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual se ha pronunciado sobre esta cuestión en tres ocasiones, llegando a distintas soluciones, si bien tampoco puede decirse que los supuestos de hecho sean totalmente coincidentes. No analizaré en profundidad lo dicho por cada una de estas resoluciones sino que solamente me referiré a la, a mi juicio, principal cuestión, esto es, a la determinación del daño causado y a la relación de causalidad, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto al respecto⁵⁶.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de junio de 1997 declaró haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1992, condenando al médico demandado y solidariamente al Servicio Valenciano de Salud a abonar a la actora la cantidad de cincuenta millones de pesetas mas los intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial hasta su completó pago: Por el contrario, la STS de 4 de febrero de 1999 llega a la solución Contraria y absuelve a los demandados, si bien no puede decirse que exista una coincidencia absoluta en los casos enjuiciados. Independientemente de esta cuestión, ambas sentencias llegan a la solución de cada caso aplicando argumentos incorrectos, desde mi punto de vista.

En efecto, no es admisible, como ya he señalado más arriba, establecer Como daño causado la imposibilidad de ejercer el derecho (subjetivo) de la madre al aborto y el consecuente nacimiento de un niño enfermo tal y como señala la STS de 6 de junio de 1997. Pero tampoco puede sustentarse en la inexistencia de una relación de causalidad entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de un niño afectado por malformaciones o deformidades (lo cual supone reconocer siquiera indirectamente que el daño no existe al no reconocerse la existencia de un derecho al aborto), alegando igualmente el hecho de que es una simple hipótesis decir que en el caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo, como dice el Tribunal Supremo en la segunda sentencia referida.

El daño en ambos casos no tiene nada que ver con el supuesto, derecho a abortar o con la existencia de un niño enfermo, sino, tal y como dijimos, con el hecho de que la falta de información impide a la madre tomar la decisión que estime más adecuada, que podrá ser (y lo será en la gran mayoría de los casos) la interrupción del embarazo, pero puede ser otra cualquiera de entre las indicadas en el caso concreto. Así pues, es claro en tal caso que la relación de causalidad no debe observarse entre la actuación médica (en relación con el diagnóstico no realizado o realizado incorrectamente) y el nacimiento del niño, sino entre la actuación médica y la imposibilidad de la madre de adoptar la decisión más adecuada. En definitiva, como dice el profesor de Ángel Yágüez, el daño consiste en que la madre no ha podido ejercitar su “facultad de autodeterminación”⁵⁷.

Para poder hablar de la existencia de una línea jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo sobre una determinada materia es necesario que existan, al menos, dos sentencias que lleguen a la misma conclusión, lo cual no ha existido hasta que dicho tribunal ha dictado la tercera sentencia relativa a la cuestión analizada. Se trata de la STS de 7 de junio, de 2002, en la cual el alto tribunal ha revocado una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona que condenó a un ginecólogo por no informar a los futuros padres de la existencia de pruebas para detectar anomalías en el feto. De esta forma se llega a una solución bastante coincidente con la de la STS de 4 de febrero de 1999, señalando, en el mismo sentido de su predecesora, que evitar malformaciones en el feto no está al alcance de la ciencia médica, incluso en el caso de que él médico hubiera realizado el diagnóstico prenatal.

Así pues, el Tribunal Supremo vuelve a fundar su decisión en la inexistencia de un daño indemnizable, pues descartado el nacimiento de un niño con una determinada enfermedad como un daño, y la inexistencia del derecho a abortar, no existe daño alguno imputable a la actuación del médico (calificada como culpable expresamente por el tribunal). Se desconoce de nuevo, por tanto, que el daño producido es la imposibilidad de la mujer gestante de tomar una decisión, de entre todas las posibles, en relación con su futuro hijo.

En conclusión, independientemente de que la *ratio decidendi* en los tres casos referidos sea o no la misma⁵⁸, lo que sí queda claro, a nuestro juicio, es la errónea identificación del daño realmente producido, lo cual conlleva la incorrecta apreciación de la relación de causalidad, y que supone, de mantenerse esta tendencia, la inadmisibles impunidad de las actuaciones que rodean el llamado consejo genético.

4. RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DE LAS LISTAS DE ESPERA HOSPITALARIAS

Finalmente, desde hace no mucho tiempo se está planteando en España como supuesto de responsabilidad por omisión de tratamiento aquellos casos en los que el paciente no es siquiera atendido, bien por una decisión unilateral del médico lo, que podría dar lugar a una responsabilidad penal por omisión del deber de socorro sanitario, bien por requerimientos propios del funcionamiento de los servicios sanitarios, lo cual nos lleva a) espinoso asunto de las listas de espera.

Las listas de espera son una forma de racionar la distribución de recursos disponibles en la asistencia sanitaria. Ahora bien, no cabe duda alguna de que también son un grave problema cuando aumenta el número de personas que se encuentran en ellas y los tiempos de espera se prolongan.

El daño a la salud causado a una persona que se encuentra en lista de espera puede producirse, bien porque se produjo un retraso en el diagnóstico de la afección que ha hecho imposible con

posterioridad un correcto tratamiento⁵⁹, bien porque diagnosticada correctamente la dolencia, el tratamiento no se inicia a tiempo. También podría ocurrir que exista un error en el diagnóstico, el cual determine una incorrecta incardinación del paciente en una lista de espera, y como consecuencia de ello, un retraso terapéutico que produce el resultado lesivo o mortal⁶⁰.

Se ha planteado también la cuestión de si la Administración puede alegar el hecho de que el paciente se encuentre en una *lista de espera* hospitalaria como causa de justificación, o lo que es lo mismo, si el paciente tiene la obligación de soportar todos los daños que se le produzcan mientras se encuentre en esa situación de espera.

Esta cuestión ha sido ya objeto de algunos pronunciamientos por parte de los tribunales españoles. Es cierto que muchas veces, cuando un paciente sufre daños por no ser atendido inmediatamente y tener que aguardar durante un tiempo en una lista de espera, éstos daños no serán, en realidad, consecuencia de la lista de espera en sí sino de un error de diagnóstico del médico que le atendió inicialmente, cuando dicho médico consideró que el problema de salud del paciente, por su escasa gravedad, podría esperar⁶¹. Ése no es el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) de 31 de mayo de 2000, referente a una indemnización por fallecimiento de un paciente antes de ser operado⁶² que nos ocupa, y de ahí su especial interés. Lo que se ventila en los autos no es el error de diagnóstico, sino si la muerte de un enfermo en lista de espera y por causa de su padecimiento constituye un daño antijurídico y si concurre o no el deber jurídico de soportarlo.

Señala el Fundamento Jurídico 4º “que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de esperad precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la re; baja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación (...)”. Por el contrario, “el daño que sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjera empeoramiento o deterioro de la salud que lleve a ser cuelas irreversibles o que sin llegar á anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”. Entiende la Sala a la vista del presupuesto fáctico que “el daño sufrido por los demandantes es antijurídico, es decir, no había el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, pues si bien es asumible que haya lista de espera por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de daños irreparables”.

En este caso, la Audiencia Nacional aplica una doctrina ya consolidada en la jurisdicción contencioso-administrativa: la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento del servicio. Los magistrados condenan por un funcionamiento normal que ha producido un daño antijurídico. En consecuencia, el médico no tendrá responsabilidad alguna si se ajusta al protocolo establecido, sino que será la administración la que se enfrenta con el mayor problema, pues deberá establecer con gran rigor la clasificación de los pacientes en las lista de espera.

Más recientemente se han producido resoluciones judiciales en un sentido similar, destacándose, por fin, un pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo a este respecto.

Así por ejemplo, la sentencia, de 22 de febrero de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resuelve una acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración Sanitaria

como responsable del retraso en la práctica de una investigación quirúrgica con resultado de pérdida en la visión de un ojo. A este respecto, señala el tribunal que “ha quedado patente un defectuoso funcionamiento del Servicio Público, pues un paciente que requería una rápida intervención quirúrgica no atendido al efecto sino transcurrido un plazo tras el cual su posibilidad de recuperación era nulo siendo ya inútil la intervención (...) El retraso privó al paciente de su posibilidad de recuperación en mayor o menor medida, y esta frustración es lo que constituye el resultado del defectuoso funcionamiento del servicio público, situación que no puede ser irrelevante desde el punto de vista del Derecho”.

Finalmente, debemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 3 de abril de 2002, que, con argumentos similares, declara haber lugar a la indemnización hasta cubrir los daños sufridos y conseguir la reparación integral de los mismos una vez constatado el daño ocasionado por el retraso habido en la intervención quirúrgica en cuanto agrava la lesión sufrida, sin que pueda imputarse al paciente dicha demora. En el F. J. 3 se dice, remitiéndose al informe realizado por la inspectora-médico, que “si bien no se pueden conocer con exactitud las consecuencias de la citada demora, no obstante, considera que el tipo de patología que presentaba el paciente aconsejaba que la aplicación del tratamiento fuera lo más precoz posible”.

Así pues, a las entidades gestoras de los servicios sanitarios les quedan tres opciones: a) recortar las listas de espera de modo que no se produzcan daños; b) prever una dotación presupuestaria anual para indemnizar a estos pacientes (o a sus familiares) que, pese a estar bien clasificados, experimentan una degeneración repentina en su patología que acaba en una lesión grave o en la muerte; o c) prever igualmente una dotación presupuestaria para cubrir los gastos médicos y hospitalarios de los pacientes en lista de espera que se decidan a acudir a la sanidad privada en busca de tratamiento para su dolencia. En este sentido podemos citar la sentencia de 15 de mayo de, 1999 de la Audiencia Nacional, que estima el recurso formulado por un paciente afectado por retinopatía diabética y la consecuente indemnización por la tardanza de la Administración en realizar una operación prescrita de urgencia y destinada a paliar y retrasar los efectos degenerativos de la patología. El paciente, cansado de esperar y consciente del riesgo de quedar sin visión, acudió a la sanidad privada, hecho que la sala considera justificado. Resulta asimismo interesante la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1999, relativa a un paciente que sufre una lesión cerebral que no admite lista de espera. Por esta razón acude a una clínica privada en la que se efectúa una intervención con carácter de urgencia, obteniendo luego el reintegro de gastos.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO CORDERO, Isidoro. “Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica”, Actualidad penal, nº 26, Barcelona, 1997.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad”, en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 4, 1996,
- DE LORENZO, Ricardo y MONTERO, Javier. “El consentimiento informado en responsabilidad legal del profesional sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid; 2000.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber. El consejo genético y sus implicaciones jurídicas. Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia e de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao, Granada, 2001.
- GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad médica y consentimiento informado. Civitas, Madrid, 2001.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar. “Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos”, en Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria: Organización, imputación y causalidad, Civitas, Madrid, 2000.

Notas

- ¹ Sobre esta cuestión se ha ocupado recientemente en relación con esta Ley, Xabier Abel Lluch, “El derecho de información sanitaria”, diario La Ley, 16 de enero de 2003, pp. 1-6.
- ² Según el art. 10.1 LDP, “El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a. Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b. Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c. Los riesgos probables en conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d. Las contraindicaciones”. En cualquier caso, sobre este precepto hay que tener en cuenta dos consideraciones: en primer lugar, que únicamente se refiere a aquellas intervenciones en las cuales el consentimiento deba ser prestado por escrito (por lo cual, la información sobre dichos aspectos constar igualmente por escrito junto al consentimiento); y por otro lado, que se trata, tal y como se indica en el propio artículo, de una información básica, la cual deberá ser completada (al menos verbalmente) con otro tipo de información que sea igualmente relevante para el caso concreto.
- ³ En este mismo sentido, Abel Lluch, “El derecho de información sanitaria” Op. cit., p. 3.
- ⁴ Carlos María Romeo Casabona, “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente; aspectos jurídicos”, en Problemas prácticos del consentimiento informado, Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2002, p. 99.
- ⁵ Isidoro Blanco Cordero, “Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica”, Actualidad Penal, nº 26 (1997), pp. 591 y ss; Romeo Casabona, “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos”, cit, p. 95; Julio César Galán Cortés, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Civitas, Madrid, 2001, pp. 194 y ss.
- ⁶ Por todos, Ricardo de Lorenzo y Montero/Javier Sánchez Caro, “El consentimiento informado”, en Ricardo de Lorenzo y Montero (coord.), Responsabilidad legal del profesional sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2000, p. 80.
- ⁷ Cfr. Pilar Nicolás Jiménez, “Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos”, en Juan Ignacio Echano Basaldúa (coord.). Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao 2002, pp. 1194 y ss.
- ⁸ Con anterioridad a la aprobación de esta ley. Romeo Casabona, “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos”, cit., p. 101, decía lo siguiente: “La revocación puede producirse en cualquier momento, sin formalidades especiales (aunque es aconsejable que quede constancia de la misma por escrito, si también por ese medio se registró en su momento el consentimiento otorgado)”.

- ⁹ En este mismo sentido, José Luis Requero Ibañez, “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”. *La Ley*. 20 de junio de 2002, p. 2.
- ¹⁰ Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, cit., p. 310.
- ¹¹ Vid. Requero Ibañez, “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, cit., p. 4.
- ¹² Requero Ibañez, “El testamento vital y las voluntades anticipadas; aproximación al ordenamiento español”, cit., p. 3.
- ¹³ En cuyo caso, como pone de manifiesto Javier Plaza Penadés, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 100, “ello no debe suponer, como puede observarse, la nulidad absoluta del documento (fe cual podría darse por graves defectos no subsanados de forma), sino la nulidad relativa del documento, valiendo el resto de disposiciones, a no ser que la única cláusula o contenido de esa voluntad anticipada fuese ilícito, lo que determinaría la nulidad del mismo, en el sentido de imposibilidad de que dicha voluntad pueda desarrollarse”.
- ¹⁴ Para Nicolás García Rivas, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *Revista Penal*, n° 11 (2003), p. 20, se trata de una mención redundante “ya que no sería correcta ninguna práctica médica contraria a las normas jurídicas positivas”.
- ¹⁵ De la misma opinión, Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, cit., p. 311; Requero Ibañez, “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, cit., p. 4.
- ¹⁶ Esta solución ya venía siendo propuesta por la doctrina. Así, Romeo Malanda, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (I)”, cit., p. 3; Romeo Casabona, “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos”, cit., p. 88.
- ¹⁷ Sergio Romeo Malanda, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (I y II)”, *La Ley*, 16 y 17 de noviembre de 2000.
- ¹⁸ Carlos María Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, p. 33\$. De la misma opinión, Pilar Gómez Pavón, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 4.
- ¹⁹ Cuando el Código Penal habla de los menores de edad debemos entender que se refiere a los menores de dieciocho años independientemente de si éstos están emancipados o no. Así, Carlos María Romeo Casabona, “El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico penales”, *La Ley*, 1987 (3), pp. 804 y ss.; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general II teoría jurídica del delito* 6a. edición, Tecnos, Madrid, pp. 339 y ss.; José Antonio Seoane Rodríguez, *La esterilización: derecho español y derecho comparado*, Universidade da Coruña-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 148 y ss.
- ²⁰ Vid. sobre este aspecto, Jesús María Silva Sánchez, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en Santiago Mir Puig, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 125-147.
- ²¹ Carlos María Romeo Casabona, “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, en José Cerezo Mir/Rodrigo Fabio Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos María Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 925 y ss.
- ²² Vid. María José Santos Morón, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC 154/2002 de 18 de julio”. *La Ley*, 12 de diciembre de 2002, pp. 1-6.
- ²³ Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, cit., p. 334. En el mismo sentido, Josep María TAMARIT Sumalla, “Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 15 de enero de 1998, p. 3. En contra, Fátima Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Gomares, Granada, 2001, pp. 398 y ss., para quien, en el caso analizado no existiría posición de garante de los padres.
- ²⁴ Cuestión distinta es que, estando los padres de acuerdo con el tratamiento y aceptando la transfusión de sangre el hijo se oponga a ello. La responsabilidad sobre los efectos perjudiciales para la salud de aquél caerán, en su caso, sobre los médicos que traten al menor si no hacen todo lo posible para salvarle la vida. Los padres poco más pueden hacer en dicha situación, sin embargo en este caso los padres no sólo no asumen el tratamiento ofrecido, sino que, al mostrarse en desacuerdo con el mismo (aunque no se opusieran a este) se llevan al hijo del hospital en dos casos. Este hecho refuerza la existencia de una posición de garante de los padres que debieron decidir en distintos momentos y lugares sobre la transfusión.
- ²⁵ Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, cit., p. 340.

- ²⁶ Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), cit., p. 341, Según la referida STC, “la expresada exigencia a los padres de una actuación disuasoria o que fuese permisiva de la transfusión (...) contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa, yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor”. Por su parte, TAMARIT Sumalla, “Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte”, cit., p. 4, tan sólo aprecia una disminución de la culpabilidad, en concreto de la exigibilidad de conducta adecuada a la norma, llegando a la misma solución del Tribunal Supremo.
- ²⁷ Por las razones más arriba expuestas, no puede aceptarse de lege lata, aunque sea una tesis deseable de lege ferenda, la opinión de Santos Morón, “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, cit, pp. 4 y s., resumida, en palabras de la autora, de la siguiente manera: “Si el menor tiene suficiente capacidad para decidir por sí mismo, como ocurrió en el caso de la sentencia comentada, tanto sus padres como el médico que lo trate deben respetar su voluntad, Es únicamente en tal hipótesis cuando no cabe exigir a los padres que autoricen el tratamiento rechazado por el menor o convengan a éste para que lo acepte. Pero no porque con ello puedan verse contrariadas, en su caso, sus creencias religiosas, como sostuvo en el supuesto de autos la sentencia del TC comentada, sino porque cuando el hijo tiene el suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad los titulares de la patria potestad no están facultados para intervenir en ese ámbito”.
- ²⁸ Lo cual no sucede si la persona que se niega a la transfusión es mayor de edad y se encuentra en plenas facultades mentales. Así, flores Mendoza, la objeción de conciencia en derecho penal, cit., pp. 378 y s.
- ²⁹ Así también, Romeo Casabona, “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negatividad de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), cit, p. 343.
- ³⁰ Luis ARROYO Zapatero, “Los menores de edad y los incapaces antes el aborto y la esterilización” estudios penales y criminológicos XL 1988, p. 14 ROMEO CASABONA, el Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, cit pp 33 y ss. ROMEO MIRANDA “el valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (II), cit. p. I; Manuel Jesús Dolz Lago, “menores embarazadas y aborto quien decide?”. Actualidad Penal, nº 29, 1996, p. 548. En este mismo se ha pronunciado en el documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia, coordinado por María Casado, Barcelona, 2002, pp 14 y s. como se recoge en este documento, “sería un contrasentido atribuir eficacia al consentimiento de los menores a los tratamientos médicos y no hacerlo en este supuesto en el que el conflicto de intereses es más evidente y en el que se requiere proteger especialmente el Superior interés de la menor. De no hacerlo así, la legislación teóricamente protectora del menor, en cuanto les reconoce capacidad para ejercitar sus derechos, se vacía de contenido”.
- ³¹ ROMEO CASABONA, EL Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, cit., p. 337.
- ³² Así lo entienden también Carlos Lema Anón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, Jueces para la Democracia, nº 43 (2002), p. 35, y Josep Corbella, “Una nueva norma que perfecciona el sistema sanitario y el concepto de consentimiento informado”, Diario Médico, 3 de enero de 2003, p. 9.
- ³³ Alfonso Serrano Gómez (con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo), derecho Penal. Parte Especial, 7a. edición Dykinson Madrid, 2002, p. 88; Carlos María Landecho Velasco/Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español. Parte Especial, 2 edición Tecnos Madrid, 1996, p. 66; José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, “La minoría madura”, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE medicina, Madrid, 1998, p. 89; Miguel Bajo Fernández, Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 120; Juan José González Rus. en Manuel Cobo del Rosal (dir.). Curso de Derecho penal. Parte Especial, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 125; Juan Carlos Carbonell. Mateu/José Luis González Cussac, en Vives Antón/Boix Reig/Orts Berenguer/Carbonell Maten/González Cussac, Derecho Penal. Parte Especial, 3a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 113
- ³⁴ Así, Carbonell Mateu/González Cussac, Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 113.
- ³⁵ Lema Anón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, cit., p. 35 (en cursiva en el original).
- ³⁶ Cfr. María José Santos Morón, Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pp. 172 y ss; Arroyo Zapatero, “ los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización” cit, p. 16.
- ³⁷ Por diagnóstico prenatal se entiende, por contraposición a postnatal, el realizado antes del nacimiento del hijo en sus distintas modalidades: preconcepcional, es decir, el dirigido a informar a una pareja –casada o no– o una persona sola antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético o

hereditario; el preimplantatorio que es realizado en embriones obtenidos in vitro antes de proceder a su transferencia a la mujer; y prenatal, que nos proporciona información sobre defectos congénitos del feto. Vid., a este respecto, Carlos María ROMEO CASABONA, *Del Gen al derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 184 y ss., y Aitziber Emaldi Orión, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, cátedra Interuniversitaria fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 89 y ss.

- ³⁸ Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (I)" *Revista de derecho y genoma humano* n° 4 (1999)109; el mismo, "La segunda sentencia dictada por la Sala primera del tribunal supremo en un caso wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de Junio de 1997 sobre el mismo problema?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 10 (1999), pp. 119 y ss.
- ³⁹ Emaldi Orion, *el consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, cit. pp. 232 y ss.
- ⁴⁰ Más ampliamente sobre esta cuestión, Sergio Romeo Malanda, "Contravención de lo dispuesto en el Convenio)Capitulo VII)", en Carlos Mana Romeo Casabona (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002.
- ⁴¹ Debemos recordar el caso Perruche. El Tribunal Supremo francés concedió una indemnización a Nicolás Perruche, nacido el 13 de enero de 1983 con graves deficiencias físicas y psíquicas a causa de una enfermedad padecida por su madre durante el periodo de gestación, las cuales no fueron diagnosticadas por los médicos. En este caso, el Tribunal reconoció el derecho de Nicolás a no haber nacido en tales condiciones (*El Correo*, 18 de noviembre de 2000). Como consecuencia de esta resolución judicial, el Parlamento francés aprobó el día 11 de enero 2002 una ley en la que se establece de forma expresa que "nadie puede reclamar por haber sido perjudicado simplemente por haber nacido" (*El Correo*, 12 de enero de 2002). Vid. asimismo. Luís Martínez-Calcerrada y Gómez, "Problemática sobre el informe "Perruche"", *Diario La Ley*, 13 de enero de 2003, pp. 1-4.
- ⁴² En el seno de nuestra doctrina, se muestra favorable a considerar indemnizable el "daño de procreación" Nekane Ruiz Larrea, "El daño de procreación": ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?", *La Ley*, 1998 (1), pp. 2039-2046.
- ⁴³ Un análisis de las decisiones de los tribunales sobre esta cuestión en el contexto estadounidense puede verse en de Ángel Yágüez, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (I)", cit., pp. 112 y ss.
- ⁴⁴ Emaldi Cirió, *el consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, cit. p. 243.
- ⁴⁵ De la misma opinión, de Ángel Yágüez, "La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999)¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de Junio de 1997 sobre el mismo problema". cit. p. 143; Luis González Morán, "Bioética y responsabilidad", en Juan Méjica (Coord.). *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*, Colex. Madrid, 2000, pp. 113 y ss.; José Enrique Bustos Pueche, "Un caso de voluntarismo judicial: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997", *ley*, 1387 (5). pp. 1699 y s.
- ⁴⁶ Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit. p. 318; Juan Carlos Carbonell Mateu/ José Luis González Cussac, "Aborto", en AA.W, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 112; José Manuel Valle Muñiz/Gonzalo Quintero Olivares, "Del aborto", en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2a edición, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 722.
- ⁴⁷ Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit. p. 319; Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14a edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 30.
- ⁴⁸ Así lo advierte también Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., 1994, p. 406.
- ⁴⁹ En este sentido. Romeo Casabona, *Del Gen al Derecho*, cit., pp. 189 y ss., señala la finalidades a las que puede servir principalmente el diagnóstico prenatal: "a) tranquilizar a los padres con antecedentes de alto riesgo de que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna; b) permitir el tratamiento (génico, quirúrgico, medicamentoso) del feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente, o terapia fetal; c) indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto (p. ej., una cesárea); d) determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto, o para más adelante (Medicina predictivo-preventiva); e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la ley, en aquellos países que han adoptado el sistema de las indicaciones o el de los plazos o una combinación de ambos; f) decidir al aborto como método de selección del sexo, si está permitido por la ley, g) asumir el hijo que probablemente presentará anomalías, o preparar los trámites legales para su adopción por terceros o su ingreso en una institución para niños abandonados". Más ampliamente sobre esta cuestión, Emaldi Cirió, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, cit., pp. 119 y ss.
- ⁵⁰ Según Ricardo Ángel Yágüez, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (II)", *Revista de Derecho y genoma Humano*, n° 5 (1996), p. 150, "si una mujer, en las circunstancias propias del caso, declara en su demanda que si hubiera conocido la enfermedad de su criatura hubiese abortado, su manifestación al respecto es suficiente, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen

inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico acertado sobre la dolencia”. Sin embargo, para Gema Díez-Picazo Gimenez, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La Ley*, 1998 (3), p. 1707, es necesario que “se probara con un alto índice de probabilidad que la gestante hubiera interrumpido su embarazo”.

- ⁵¹ Así, Díez-Picazo Giménez, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, cit., pp. 1706 y ss. De la misma opinión, Carlos María Romeo Casabona, “Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles”, en *Información y documentación clínica*, Vol. I, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, p. 330, según el cual “el daño existe ya desde el momento en el que el o los consultantes se han visto privados de tomar las decisiones oportunas”.
- ⁵² En este sentido, Ricardo de Ángel Yagüez, *La tercera sentencia del tribunal supremo sobre casos de wrongful birth*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 17 (2002), quien plantea, no sin reticencias, que en todo caso “lo único que cabría aceptar (...) sería la prueba contraria, la que viniese a acreditar de forma indubitada que la intención de la madre habría sido en cualquier caso la de no abortar”.
- ⁵³ Por esta razón, no podemos estar de acuerdo con González Moran, “Bioética y responsabilidad”, cit., p. 115, cuando dice que “defender que el daño es la privación del derecho a optar es sostener de modo más o menos indirecto que el daño es el nacimiento”, pues, como se ha dicho, la opción u oportunidad que se pierde no es únicamente la de abortar, sino también la de haber adoptado cualesquiera otros métodos terapéuticos para tratar la enfermedad que sufre el hijo. Pero incluso si la decisión que se hubiera tomado habría sido la de abortar, ello no significa que la vida con enfermedades no es digna de ser vivida y que el nacimiento en tales circunstancias supone un daño que nade ser a toda costa evitado, sino simplemente que la mujer, en ejercicio responsable de su libertad, no desea soportar la carga que supone tener un hijo con graves anomalías, lo cual afectaría también a su vida personal, tal y como establece la STC 53/1985, de 11 de abril, en su fundamento Jurídico 11, letra c). Y es que, como dice Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del sigloXX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1998, pp. 272 y ss., “no cabe negar que en ocasiones cuando los padres recurren al aborto para evitar tener un hijo tarado (o cuando solicitan el diagnóstico y asesoramiento al respecto), lo hacen desde la consideración de los intereses de la criatura. Pero innegable parece también que, cuando el legislador permite el aborto en tales supuestos, no lo hace para dar a la madre o a los padres la posibilidad de proteger los que a su juicio sean los intereses del futuro ser, sino exclusivamente sus propios intereses”.
- ⁵⁴ De Ángel Yagüez, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (II)”, cit., pp. 153 y ss.; Romeo Casabona, “Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles”, cit., p. 331.
- ⁵⁵ De Ángel Yagüez, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (11)”, cit., p. 154; Romeo Casabona, “Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles”, cit., p. 331.
- ⁵⁶ Para un análisis más detenido de estas sentencias, vid. de Ángel Yagüez, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de Junio de 1997 sobre el mismo problema?”, cit., *passim*; el mismo, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, cit., *passim*.
- ⁵⁷ De Ángel Yagüez, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, cit.
- ⁵⁸ Como pretende demostrar, no sin dificultades, y, en todo caso, con escasa relevancia práctica, el profesor de Ángel Yagüez, en el trabajo citado en la nota anterior.
- ⁵⁹ A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta), de 13 de junio de 2001, denegó la indemnización solicitada por los familiares de un paciente fallecido a causa de una cardiopatía isquémica mientras se encontraba en lista de espera para someterse a un diagnóstico, aunque señaló que si estuviese esperando para operarse sí procedería indemnizar, porque el paciente tiene la obligación de soportar determinados perjuicios de la espera, pero no el mal que trata de evitar la intervención.
- ⁶⁰ Sobre la responsabilidad médica derivada de daños producidos por listas de espera, pueden verse los trabajos de José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, “Responsabilidad y listas de espera”, y Juan Carlos Fernández de Aguiar, “Responsabilidad y listas de espera”, ambos en VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE Medicina, Madrid, 2001, pp. 303-322 y 323-334, respectivamente.
- ⁶¹ Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, p. 275.
- ⁶² Hace referencia a esta sentencia, con más información, Martínez-Pereda Rodríguez, “Responsabilidad y listas de espera”, cit., pp. 318 y ss.