

## **ENSAYO**

### **REQUISITOS Y SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO EN LA ESFERA PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL EFECTO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE**

SUMARIO: 1. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO. 2. SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO EN LA ESFERA PENAL. 3. ESPECIAL REFERENCIA AL EFECTO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE

**DRA MARILU SANCHEZ OBLITAS, FISCAL DE APOYO AL DESPACHO DE LA FISCALIA PROVINCIAL ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS**

#### **1. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO**

Por consentimiento ha de entenderse el "acuerdo de dos voluntades", y por tanto supone la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente y simultánea o sucesivamente.

El consentimiento es un acto jurídico y, como tal, ha de reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para que pueda producir los efectos previstos.

Según el artículo 1261 del Código Civil español, los requisitos esenciales del consentimiento son: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa y forma suficiente. Tales criterios son también de aplicación al consentimiento eficaz en el ámbito jurídico penal, con base en la unidad fundamental del ordenamiento jurídico, la dependencia de las ramas del ordenamiento respecto del derecho civil, y la concepción de la antijuridicidad como oposición de una conducta al ordenamiento en general, lo que determina que una conducta justificada lo sea también desde la perspectiva de todo el ordenamiento.

Esto, no impide, que la "ratio iuris" de unos y otros preceptos pueda dotar a la misma institución, el consentimiento del sujeto pasivo, de un contenido diverso, en el ámbito, no sólo del derecho penal en relación con las demás ramas jurídicas, sino incluso en unos y otros sectores de la misma rama, lo que sólo una adecuada interpretación teleológica y sistemática del precepto correspondiente podrá poner de manifiesto en cada caso:

**Capacidad:** Es la aptitud de las personas para realizar actos con trascendencia jurídica. La capacidad para excluir la responsabilidad penal del hecho de otro no está expresamente regulada en el C.P. y por ello debe establecerse de acuerdo con puntos de vista generales; el Código civil establece la validez de determinados actos jurídicos por parte del menor capaz de discernimiento.

En los casos de incapacidad para prestar un consentimiento con conocimiento y voluntad suficientes, debe considerarse válido el consentimiento prestado por el representante legal del menor o incapaz, a menos que la ley lo excluya expresamente. Debe presumirse la capacidad en los mayores de dieciocho años. La capacidad termina con la vida.

**Titularidad:** El que consiente ha de ser titular del bien jurídico o derecho del que dispone con su acto. Ello supone diferenciar aquellos supuestos en que el ofendido es el verdadero titular del bien jurídico invadido por el sujeto activo, de aquellos en que, bajo una falsa apariencia de tal, el verdadero titular del bien jurídico protegido es la colectividad.

**Libertad:** El consentimiento supone la consecuencia de dos libres voluntades sobre un mismo objeto. No habrá libertad cuando el consentimiento se haya prestado por alguno de los vicios de la voluntad a los que se refiere el artículo el Código Civil. y que desde la perspectiva del Código Penal son circunstancias que eliminan la acción o la hacen irresponsable; el error esencial, la violencia física; la intimidación y el engaño.

La violencia física coincide con la fuerza irresistible a que se refiere el artículo 20.6 del C.P, y la intimidación, con el obrar impulsado por miedo a sufrir un mal, a que alude el artículo 20.7 C.P..

Su utilización para arrancar el consentimiento del sujeto pasivo podría dar lugar a la existencia de un nuevo delito (coacciones o amenazas). Constituyen engaño las "maquinaciones" a que se refiere el C.P. en diversas ocasiones, encaminadas a obtener una disposición de la voluntad sobre la base de un conocimiento erróneo de la realidad. El error es esencial cuando recae sobre la sustancia del objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el acto. Para que no exista error, el sujeto pasivo tiene que ser suficientemente informado por el sujeto activo sobre la naturaleza y alcance del acto para el que se solicita el consentimiento.

La información constituye un deber del facultativo, en el caso de actos de disposición sobre el propio cuerpo, habrá de comprender los peligros para la salud y la vida, las probabilidades de éxito, la previsible duración del tratamiento, y la significación jurídica y moral del hecho desde el punto de vista de la sociedad. La libre voluntad del hombre, al consentimiento en los actos de disposición de su cuerpo, no siempre es evidente; pues muchas veces es dudoso que las decisiones de un enfermo oprimido por el dolor, de un hombre angustiado por la miseria, puedan considerarse libres; pero negar, en estos casos, la capacidad de decisión al individuo y transferirla a la sociedad significa la conversión del hombre en objeto y una alienación intolerable.

**Objeto:** Es el bien, derecho o interés protegido por la norma, del que aparece como titular y sobre el cual tiene poder de disposición el sujeto pasivo. Los bienes tienen que ser de naturaleza disponible por su titular para que el consentimiento resulte eficaz.

La disponibilidad o indisponibilidad no es siempre una cuestión que decida la ley positiva, sino que viene determinada por los principios generales del ordenamiento, inspirado por criterios de derecho natural o de ética social.

Entre los bienes indispensables ocupa el primer rango la vida humana, pues es inherente a cualquier ética social la necesidad de defender a toda costa lo que constituye el núcleo esencial de la condición de ser hombre, y que es a la vez el soporte indispensable de cualquiera otros derechos.

Por eso existe simultáneamente un interés individual y un interés social en la conservación de la vida humana, sin que ninguno de los dos pueda prevalecer con exclusividad sobre el otro.

**Causa:** Es el fin o motivo de un acto, aquello que se quiere conseguir con la realización del acto y que resulta ajeno al acto en sí mismo. Su trascendencia es diversa en los diversos supuestos.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado lícitos determinados actos de disposición del propio cuerpo, trasplantes realizados gratuitamente, por razones puramente

altruistas, y por el contrario, ilícitos los actos realizados con ánimo de lucro. Así el artículo 428 del C.P. español, por ejemplo, declara que no exime de responsabilidad penal el consentimiento obtenido mediante precio o recompensa.

**Forma:** El consentimiento ha de manifestarse externamente, siendo indiferente la forma, siempre que aquél pueda ser conocido por los demás y que la voluntad manifestada coincida con la voluntad interna del sujeto.

En principio, ha de ser expreso, escrito o de palabra. La voluntad del titular ha de ser comunicada a su destinatario. La facultad de consentir es personal y no admite delegación o representación, salvo los casos de representación legal legítimos conforme al ordenamiento general.

Hay casos en que deberá admitirse el consentimiento presunto, sobre la base de que "el supuesto lesionado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, habría, desde su punto vista personal, consentido en la acción" (Mezger).

**Tiempo:** El consentimiento debe concurrir en el momento de la realización de la acción típica y ser conocido por el autor de ésta para desplegar toda su eficacia. El consentimiento es siempre libremente revocable y no crea ningún derecho adquirido.

No cabe la convalidación o ratificación "a posteriori" por la víctima de un hecho antijurídico en el momento de su realización, pues la dispensa de los presupuestos de punibilidad no es de disposición particular, al ser los preceptos penales de derecho público.

Sólo en los delitos perseguibles a instancia de parte la ley permite la extinción de la responsabilidad criminal por el perdón del ofendido, o subordina en su caso el nacimiento y desarrollo del proceso a la querrela de la víctima, que funciona como una condición objetiva de perseguibilidad.

## 2. SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO EN LA ESFERA PENAL

En la esfera jurídico-penal, el consentimiento de la víctima, sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido por la norma, tiene una larga tradición como causa de exclusión de responsabilidad de quien lesiona dicho bien jurídico, aunque su alcance es diverso, según las diferentes funciones que tal consentimiento puede desempeñar en relación con la estructura del delito o con las consecuencias del mismo.

Martínez Calcerrada hace la siguiente clasificación:

El consentimiento es elemento del tipo de delito en aquellas infracciones construidas precisamente sobre la base del consentimiento entre el autor y la víctima (homicidio-suicidio, aborto consentido).

En estos supuestos, desde luego que el consentimiento no puede eximir de responsabilidad al sujeto activo del delito, precisamente porque es un elemento esencial de este último y contribuye a su perfección. Ahora bien, la ausencia de consentimiento daría lugar a la existencia de un delito diferente, de mayor gravedad, porque sería mayor la antijuridicidad del hecho cometido.

El consentimiento es causa de atipicidad (inexistencia de acción punible) en aquellos delitos cuya estructura requiere el disenso o la falta de consentimiento del sujeto activo (allanamiento de morada, violación, hurto, etc...). En estos casos, el consentimiento elimina

el presupuesto básico de aplicación de la norma penal y la conducta resulta intrascendente para esta rama del ordenamiento.

El consentimiento del sujeto pasivo es causa de justificación del hecho cuando el deber de respetar los bienes jurídicamente protegidos está fundado en el interés del titular de los mismos en su conservación, y, al darse la conformidad de aquél en la destrucción, modificación, o puesta en peligro del bien jurídico, desaparece la oposición que fundamenta la antijuridicidad del hecho típico (principio de la ausencia de interés).

Esta situación requiere que se trate de bienes o derechos de titularidad individual, respecto a los cuales el titular tenga disponibilidad por el ordenamiento. El consentimiento del particular ofendido carecerá de trascendencia cuando el verdadero titular del bien jurídico sea la colectividad, o cuando el ordenamiento prohíba a los titulares disponer del objeto o renunciar a su derecho por razones de moralidad o de orden público, o establezca limitaciones para su disposición con base en un interés público esencial.

El consentimiento puede ser también, no causa de justificación autónoma, sino elemento integrante de otra causa de justificación, cuando el derecho exige la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo para estimar la legitimidad del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo a que se refiere el artículo 20.8 Código Penal, de especial relevancia en la valoración jurídica del tratamiento médico-quirúrgico o de las lesiones deportivas.

La voluntad del sujeto pasivo puede ser también penalmente relevante en los llamados "delitos perseguibles a instancia de parte", en los cuales la ley exige denuncia o querrela del ofendido para que el delito pueda ser judicialmente perseguido. Se requiere denuncia del agraviado o de su representante legal, entre otros, en los delitos contra la libertad sexual, en las calumnias e injurias.

En los delitos perseguibles a instancia de parte, el perdón del ofendido o de su representante legal, en ocasiones, extingue la acción penal para perseguir el delito o la pena que el condenado hubiese comenzado a cumplir. Se exceptúan los delitos de violación, agresiones sexuales y rapto, en que el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase. La voluntad del sujeto pasivo puede ser también relevante, en los delitos perseguibles a instancia de parte, para la concesión por el tribunal de la remisión condicional de la pena.

En resumen se puede decir que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido por la norma puede desempeñar diversas funciones en el ámbito del derecho penal: elemento del tipo, causa de atipicidad, causa de justificación, elemento integrante de la causa de justificación de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Para que el consentimiento sea válido tiene que cumplir con los siguientes requisitos: capacidad, titularidad, libertad, objeto cierto, causa lícita y forma adecuada.

Muy escuetamente y con carácter general, se puede señalar que en el ámbito de los actos contra la vida, el consentimiento no puede tener eficacia justificante, porque la vida es un bien jurídico no disponible por el titular.

### 3. ESPECIAL REFERENCIA AL EFECTO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE

El tema aquí enunciado es polémico y suscita diversas posturas. Así, el jurista español Juan Emilio Vila Mayo en un ensayo sobre el tema se plantea si procede o no la autorización judicial para que el médico practique o deje de practicar una transfusión de

sangre, que aparece clínicamente vital, a quien profesa creencias religiosas contrarias a ella.

Considera este autor que si no se hace la transfusión la cuestión se inicia en el alcance normativo del delito de participación en el suicidio, previsto en el artículo 409 del C.P. español, el cual, dispone: "El que preste auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor". Este artículo se elabora sobre la base de que el sujeto pasivo, por la razón que sea, quiere morir (diferencia, sustancial con el homicidio, aunque la pena sea también de reclusión menor. De esta equiparación punitiva se ha deducido la irrelevancia absoluta del consentimiento en relación con el comportamiento de terceros).

Lo cierto es que la decisión de morir es impune, lo que se castiga es la participación intelectual en la formación o ejecución material de tal voluntad suicida. La participación suscita la cuestión de si será sólo de acción o admite también la omisión, convirtiéndose así en un tipo de comisión por omisión.

La doctrina mantiene diversas posturas; Muñoz Conde admite la omisión en el camino, dejar coger la soga, pero no después, no quitar la soga. Para Gimbernat, si el sujeto activo está en posición de garante, padre cónyuge, guardador de hecho, sí, si no omisión de socorro. S

Silva Sánchez entiende que la voluntad de morir cancela la posición de garante, incluso en la omisión de socorro. Vilá Mayo considera que ha de estarse al significado semántico de las conductas que se describen el artículo 409 del C.P. (español) Prestar auxilio vale tanto como ayudar, asistir o contribuir a una cosa: prestar auxilio ejecutivo supera el apoyo al logro, que en su dominio esencial pertenece al suicida, para comportar, poner en obra alguna cosa, radicando aquí el dominio del episodio suicida no en el que se suicida sino en el partícipe; inducir requiere hacer nacer en el sujeto receptor la voluntad de actuar. Todas ellas son conductas de hacer que exigen un comportamiento de acción; no se trata de verbos resultativos que posibiliten la comisión por omisión.

En consecuencia para Vilá Mayo, el médico que omite la transfusión de sangre no puede ser partícipe en un suicidio, tampoco un homicidio, por comisión por omisión, ya que el homicidio, no contempla el consentimiento del sujeto pasivo, al tiempo que el consentimiento negativo del paciente quebraría la posición de garante del médico, toda vez que el comportamiento que éste asume en orden a aplicar al enfermo los actuales conocimientos de la ciencia médica requiere el concierto de la voluntad, expresa o presunta, de quien los precisa y, en consecuencia, la negación a la transfusión sanguínea dejaría al facultativo fuera del ámbito normativo al faltar, al nivel que este tipo exige, la previa asunción del deber de controlar el peligro para la vida, valiéndose de la transfusión. La posible tipicidad queda así relegada a la omisión de socorro.

Al respecto, el Tribunal Supremo español en la sentencia de 27 de Marzo de 1990, referida a un supuesto de Testigos de Jehová, mantiene la siguiente postura: la paciente inconsciente, gravemente herida, precisó de una transfusión sanguínea. El médico del hospital se la practicó; mientras se la practicaban, apareció un tercero que invocando la condición de Testigo de Jehová de la paciente le quitó el catéter, oponiéndose a que se lo colocaran de nuevo; como consecuencia de ello la paciente falleció. La Audiencia condenó al que interfirió por imprudencia temeraria. El ministerio fiscal recurrió en casación, alegando falta de aplicación del artículo 407 del C.P. El T.S. entendió que existió un homicidio con dolo eventual, ya que el sujeto activo contó y se conformó con el resultado muerte y no se detuvo en una simple creación de peligro. Niega toda validez al consentimiento cuando afecta a la vida ya que ésta es un bien indispensable. Rechaza que el Testigo de Jehová tenga lucidez para poder pronunciarse al respecto; "porque el

dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que dan, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner el riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones transcendentales que surgen de una particular exégesis de los textos sagrados, pueden conducir y de hecho conducen, a un ofuscación de raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto...", que llevó al T.S. a aplicar la atenuante 9.8 del Código Penal. Tampoco cabe error de prohibición, "ya que por la vía de la simple reflexión era posible colegir que la acción realizada estaba en abierta oposición a las normas ético-sociales".

Para Vilá Mayo, según los postulados que sienta esta sentencia sería posible que el médico que se negara a practicar una transfusión de sangre a un paciente, en el que concurren motivos religiosos, incurrirá en delito de homicidio por comisión por omisión.

En cambio el mismo Tribunal, en su sentencia de 17 de Julio de 1990, reconoce el valor de la autodeterminación "... no es de excluir una atenuación de la ilicitud cuando el delito en cuestión protege bienes jurídicos plurales, y entre estos bienes aparece uno respecto del cual el consentimiento puede ser eficaz presentándose esta situación en el caso de homicidio culposo, toda vez que la norma no sólo protege la vida, sino también la autodeterminación del titular de la misma, y desde este punto de vista no tiene la misma relevancia jurídico-penal que el autor haya obrado contra o sin la conformidad de la víctima o lo haya hecho sobre la base del consentimiento de ésta, en cuyo caso, si bien es clara la vulneración del bien jurídico vida, no lo es menos que la autodeterminación de la víctima, como consecuencia del consentimiento no se ha visto lesionada...".

Ello lleva al Tribunal Supremo a aplicar la atenuante 9.10. Esta sentencia no se refiere a nada relacionado con una transfusión sanguínea o tratamiento médico quirúrgico indispensable para salvar una vida, sino a un caso en el que la víctima retó a otra persona, que alardeada de buena puntería, a que acertara a disparar a la botella mientras bebía, cuando el sujeto activo disparó la víctima efectuaba un movimiento con el cuerpo siendo alcanzado en el hemitórax lo que le ocasionó la muerte. La Audiencia condenó por imprudencia temeraria y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 27 de Junio de 1990 resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el auto de la Audiencia de Madrid en el que se autorizaba la alimentación forzosa del recluso en huelga de hambre, tan pronto su vida esté en peligro. El Tribunal Constitucional dice que la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe, pero no en un derecho subjetivo que deba movilizar al Estado. El derecho a morir no existe, pero la decisión en este sentido no está prohibida. Es un acto de voluntad que sólo afecta al que lo toma, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esta voluntad, pero no se puede pedir que el Estado colabore en ello cuando se trata de personas a las que debe de garantizar la vida e integridad. Ello es así porque el artículo 15 de la Constitución Española no garantiza el derecho a la propia muerte. Consecuentemente el T.C. denegó el amparo. La sentencia tuvo dos votos particulares basados en entender que la sentencia dictada vulneraba el derecho a la libertad, más aún si la decisión se basa en distinguir a los ciudadanos normales de los presos, y reclama sólo para éstos la alimentación forzosa.

Vilá Mayo, hace referencia, en su ensayo sobre la autorización judicial para efectuar o no efectuar una transfusión sanguínea, al denominado proyecto alternativo de la Ley Reguladora de la ayuda a morir que elaboró un colectivo de juristas y médicos alemanes y que se inspira en los siguientes puntos:

La vida debe ser protegida, pero nadie puede ser obligado a vivir .  
Los fundamentos de la regulación legal son la voluntad y la situación.  
La ayuda "en" la muerte es prevalente a la ayuda "a" morir.  
Reconoce el principio "in dubio pro vida".

El suicidio, libre y responsable, debe ser respetado.

El homicidio consentido o a petición es punible, salvo excepciones. En lo que se refiere al no impedimento del suicidio, los autores tienen presente que la resolución a morir no es patológica; es un ejercicio de libertad que ha de reconocerse siempre que sea responsable, libre y seria.

Se acepta la validez de la autodeterminación, validez que reclama la anulación del injusto que pasa por la eliminación de la posición de garante. Según esta postura no podrían ponerse obstáculos a quién ha resuelto negarse a una transfusión sanguínea, siempre y cuando exista clara constancia de que se trata de un decisión que hunde de raíz en el ejercicio de la libertad, incompatible con toda visión mágica, lo cual sólo puede asegurarse exigiendo que quien la adopta esté asesorado por un médico o un psicólogo, en orden a informarle de la trascendencia de la decisión que adopta, al tiempo que ha constatarse toda ausencia de causa patológica. Constatados con rigor tales extremos, ha de reconocerse la autodeterminación como factor excluyente del injusto.

Por último Vilá Mayo argumenta que constatada positivamente la lucidez y libre decisión del paciente que se niega a la transfusión sanguínea en el momento presente si tiene posibilidades o en un momento anterior, proyectado en el futuro, sin que sea admisible que la pérdida de conciencia anule la validez de lo antes dispuesto alegando que no se sabe cuál sería ahora su voluntad, ya sea por motivos religiosos o de otra índole, ha de ser respetada. Dicho respeto elimina el injusto y por tanto, la tipicidad de su omisión. En tanto tales extremos no consten, ha de estarse por la vida.

En cualquier caso, no hay que olvidar que someter a una persona a una transfusión de sangre a la fuerza significa hacerle objeto de los tratos inhumanos y degradantes que prohíbe la Constitución, y resultaría evidentemente contrario a la dignidad de la persona humana, pues la posibilidad de decidir el propio destino entre dos alternativas, aunque una de ellas tenga muchísimas más posibilidades de éxito que la otra, es un acto que afecta a la libertad más íntima de autodeterminación, una decisión personalísima que no se basa en criterios sociológicos, sino que pertenece al reducto inalienable de la propia personalidad.

Pero quizá lo más difícil sea averiguar si efectivamente la decisión de la persona que se niega a recibir una transfusión de sangre es auténticamente libre, pues la voluntad de una persona puede variar radicalmente cuando se encuentra enfermo y en peligro, y por tanto su decisión puede no ser igual a la que toma cuando se encuentra en condiciones de salud normales. Por eso es de gran importancia la información que el facultativo de a su paciente que habrá de referirse a los peligros que para la salud y la vida puede conllevar su decisión. Pero en muchas ocasiones este asesoramiento no es posible dadas las circunstancias de urgencia en que se plantea el problema.

## BIBLIOGRAFÍA

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. "DERECHO MÉDICO". Volumen I. Derecho Médico General y Especial.

VIAL MAYO, Juan Emilio. "CONSIDERACIONES EN ORDEN A LA AUTORIZACIÓN PARA EFECTUAR O NO EFECTUAR UNA TRANSFUSIÓN SANGUÍNEA A QUIEN LA RECHAZA POR MOTIVOS RELIGIOSOS: UNA CUESTIÓN QUE PUEDE SUSCITARSE EN EL JUZGADO DE GUARDIA". En: Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados "Francisco de Vitoria" de Junio de 1991.

Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1990 y de 27 de Julio de 1990.

Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de Junio de 1990, 19 de Julio de 1990 y 17 de Enero de 1991.